

**GUILHERME EUGÊNIO MAFASSIOLI CORRÊA**

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL:  
O PAPEL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA A  
INCLUSÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação  
*Stricto Sensu* em Desenvolvimento, Área de  
Concentração: Gestão e Cidadania, da Universidade  
Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do  
Sul - UNIJUÍ, como requisito para obtenção do  
título de Mestre

Orientador: Professor Doutor João Martins Bertaso

Ijuí (RS)

2006

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

## FOLHA APROVAÇÃO

Ao meu filho, pela alegria; minha esposa,  
pela paciência e colaboração, e minha mãe, pelo  
incentivo.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor João Martins Bertaso, pelo apoio e acompanhamento na elaboração desta pesquisa.

Aos demais professores, pelo conhecimento adquirido e à UNIJUÍ por possibilitar o aprimoramento.

## RESUMO

Ao longo do tempo, como forma de restringir ou evitar os abusos estatais, tomaram corpo as noções de direitos fundamentais. A evolução natural da sociedade impôs que esses direitos tomassem lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos, constitucionalizados nos Estados Democráticos de Direitos, e vistos sob a ótica da dignidade da pessoa humana, que adquiriu *status* de norma jurídica, podendo ser valorada por si ou como base de concretização de outros direitos fundamentais e princípios constitucionais. Atualmente, com o chamado pós-positivismo, a normatividade dos princípios possibilita que as normas identificadoras dos direitos fundamentais possam ser utilizadas cotidianamente na jurisdição. Novos métodos de interpretação das normas constitucionais surgem como complementares aos clássicos e auxiliam na transposição dessas normas da previsão constitucional para o cotidiano da vida das pessoas. Citam-se a ponderação e o mínimo existencial, além do princípio da proporcionalidade, em que os conflitos são solucionados através da identificação dos valores inseridos nas normas incidentes no caso concreto e da sua preponderância. Como consequência, cria-se um ambiente onde a dignidade da pessoa humana pode ter o seu respeito prestigiado por decisões judiciais, tornando o Poder Judiciário importante meio de inclusão social e de efetivação da cidadania.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Pós-positivismo. Princípios. Normatividade. Ponderação. Mínimo existencial. Aplicabilidade.

## **ABSTRACT**

All along the time, as a way to limit or avoid the state misuses the concepts of the fundamental rights were reinforced. The natural evolution of the society enforced that these rights would take a prominent place by the orders of the court sources, being constitutional in the Democratic States of Rights, and seen under the sight of the human dignity, that acquired status of the court criterion, with the possibility of being worth by itself or as the fulfillment base of other fundamental rights and constitutional principles. Nowadays, with the post positivism, the act to accept and adopt rules of the principles makes possible that the identifying rules of the fundamental rights may be used frequently in the power that the judges have before the law. New methods of interpretation of the constitutional rules arise as supplement to the classic ones and help in their changing. It is possible to quote the act of pondering and the minimum of existence beyond the principle of proportion, so that the conflicts are solved through the identification of the values added in the happening rules in the concrete case and in its superiority. As a consequence, an ambience is raised where the dignity of the human being is able to have his own respect prestige by court decisions, making the Power of the Court an important way of social inclusion and the carrying out of the citizenship.

Key words: Fundamental rights. Human dignity. Post positivism. Principles. The act of accept and adopt rules. Reflection – ponder. Minimum existence. Applicable.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-TEÓRICA A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	12
1.1 Direitos fundamentais: aspectos históricos e conceituais .....	12
1.2 A evolução dos Direitos Fundamentais .....	19
1.3 A proteção internacional dos Direitos Humanos .....	27
1.4 Classificação e função dos Direitos Fundamentais.....	31
1.5 A Constituição Federal de 1988 e a noção histórica da dignidade da pessoa humana .....	35
2 A VISÃO PÓS-POSITIVISTA DO DIREITO E A NOVA ORDEM DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	44
2.1 Concepção atual .....	44
2.2 Distinção entre regras e princípios.....	50
2.3 Os princípios como elementos normativos .....	55
2.4 Paradigma clássico de interpretação constitucional.....	60
2.5 Novas tendências interpretativas: a ponderação e o mínimo existencial.....	64
3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	79
3.1 O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.....	79
3.2 A igualdade entre os homens .....	85
3.3 A dignidade da pessoa humana como limite à autonomia da vontade e respeito aos direitos fundamentais.....	89
3.4 A ponderação judicial nas decisões concretas e o direito a uma existência material mínima .....	91
3.5 O papel do Juiz na minimização das desigualdades com objetivo de inclusão social e efetivação da cidadania.....	98
CONCLUSÃO .....	108
REFERÊNCIAS.....	112
BIBLIOGRAFIA .....	115

## INTRODUÇÃO

Vivemos um momento em que o constitucionalismo está se afluando como norte de atuação do Estado Democrático de Direito. A importância crescente da valorização das normas constitucionais impõe a reformulação de vários conceitos e critérios que até há pouco tempo eram tidos como fixos e como definitivamente estabelecidos. A densidade normativa dos dispositivos constitucionais é, cada vez mais, visualizada pelos estudiosos do tema, e a sua realização ocorre em grande escala por causa da importância adquirida pelos princípios contidos nas Constituições, que dão concretude e possibilidade de aplicação das regras constitucionais.

Toda essa nova forma de perceber a Constituição ocorre por força do que vem sendo denominado de pós-positivismo, através do qual a força normativa dos princípios determina toda a sorte de alteração da interpretação e da aplicação das normas constitucionais. Passado o apogeu do jusnaturalismo e do positivismo, busca o pós-positivismo resgatar valores deixados de lado na visão de direito no pensamento antecessor, como ética e, principalmente, justiça. Ou seja, propõe-se, em última análise, a utilização das normas constitucionais fora do papel – ou como simples programas de Estado e de governo – distribuindo aos cidadãos a ela vinculados toda a gama de direitos nela previstos, adotando postura decisiva na diminuição das desigualdades e no aumento da inclusão social.

A Constituição Federal pátria, de 1988, está envolvida nesse quadro exposto anteriormente. Com nítida preocupação em estabelecer, proporcionar e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, em todas as gerações identificadas desses direitos, a nossa Carta Magna dá suporte a que seja aplicada segundo a nova forma de interpretação constitucional.

Com a previsão de ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana aparece também como basilar de toda essa interpretação. Segundo o Direito Constitucional vigente, a dignidade da pessoa humana pode servir como pano de fundo de toda e qualquer interpretação a que se for dar às normas constitucionais. Em relação aos direitos fundamentais é a mesma situação. Em evidência, então, o papel decisivo do estudo desse princípio como forma de, por si ou através dele, implantarem-se, na vida cotidiana das pessoas, as previsões existentes na Constituição Federal, com o fim de, como dito acima, buscar a inclusão social e estabelecer níveis satisfatórios de exercício de cidadania.

Para isso, necessário compreender a doutrina acerca dos direitos fundamentais, na parte relativa ao tema proposto, tendo em vista a amplitude dessa matéria. Para tanto, é importante a verificação do seu surgimento e do seu amadurecimento até os dias atuais. E, em que medida há a incidência e a participação da dignidade da pessoa humana, com as bases teóricas que a fundamentam e efetivam na interpretação constitucional.

Sobre essa interpretação, importante verificar de que forma vem ocorrendo. Algumas teorias, como a da ponderação e do mínimo existencial, dão uma visão ampla da chave-mestra de toda essa alteração, que está calcada na prevalência dos princípios na interpretação constitucional, dentre eles o da proporcionalidade, que ajuda na sustentação da valorização

principlológica, sendo o de maior destaque o da dignidade da pessoa humana, por ser norteadora de todos os demais.

A aplicação segura e democrática da dignidade da pessoa humana através dessas teorias certamente possibilitará o atingimento das finalidades propostas pelo sistema, efetivando, no maior grau possível, as normas de cunho constitucional. Tudo isso por intermédio da atividade jurisdicional, através de bem fundamentadas decisões judiciais, que estejam coerentes com a doutrina existente sobre o tema, ao invés de serem apenas reflexos vagos da subjetividade do julgador.

Esse é o cerne do trabalho aqui desenvolvido, com o qual se tentará colaborar na discussão sobre o tema. Para isso, pelo método indutivo, no primeiro capítulo, o estudo será centrado nos direitos fundamentais, notadamente nos seus aspectos históricos e conceituais, evolução e classificação, como forma de dar uma visão da sua compreensão em si mesmo. A partir daí, a proteção internacional, demonstrando ser mundial (porém com preponderância no mundo acidental) a preocupação da valorização e da efetivação dos direitos fundamentais. Finaliza-se o capítulo com a verificação da doutrina e da dogmática acerca dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, já visualizando a dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, enfoca-se o estudo na visão pós-positivista do direito e na nova ordem interpretativa das normas constitucionais. Parte-se da concepção do que se entende por pós-positivismo. Depois, a interligação desse paradigma com as bases interpretativas que a caracterizam, fazendo-se a distinção entre regras e princípios, esses últimos como elementos normativos e em que medida são assim considerados. Visualiza-se, após, o paradigma clássico de interpretação constitucional para finalizar o capítulo, diferenciando-o das novas tendências

interpretativas, enfatizando a ponderação e o mínimo existencial.

No último capítulo, toda a doutrina até então estudada é utilizada com o fim de examinar o princípio da dignidade da pessoa humana como forma de efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, propiciar diminuição das desigualdades sociais e aumentar a inclusão social, alavancando o exercício da cidadania. Para isso, iniciou-se pelo conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Em um segundo momento, a sua relação com a igualdade entre os homens e a dignidade da pessoa humana como limite à autonomia da vontade e como respeito aos Direitos Fundamentais. Após, a utilização das novas formas interpretativas no cotidiano das decisões judiciais, com destaque para as estudadas no segundo capítulo. Por fim, o papel do Juiz na minimização das desigualdades com objetivo de inclusão social e de efetivação da cidadania.

Com o trabalho, pretende-se contribuir com o debate sobre o tema, estimular que a questão constitucional seja vista como forma efetiva de transformação social, e que o Poder Judiciário, por seus julgadores, identifique o papel que lhe cabe e abrace-o com responsabilidade e com sabedoria.

# **1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-TEÓRICA A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

## **1.1 Direitos fundamentais: aspectos históricos e conceituais**

Ao longo do tempo, desde o surgimento do homem – e a descoberta de sinais a isso relativo – a humanidade tem passado por vários estágios de desenvolvimento. O tratamento interpessoal foi sendo modificado na medida em que se desenvolvia o mundo em si. Da mesma forma, a relação entre governantes e governados foi sofrendo transformações proporcionais às necessidades e às possibilidades para a época.

Em todo esse período, o homem biológico foi encarado de diversas formas na sua relação com a sociedade. Vários estágios foram sendo ultrapassados até se chegar ao que hoje se entende por direitos humanos.

Sem a pretensão de discorrer completa e detalhadamente sobre o tema – até porque não é o foco principal do trabalho – vale apontar rapidamente os fatos e os períodos que mais reconhecidamente influenciaram a evolução da matéria referente aos direitos humanos. Apesar de algumas referências que serão citadas de fatos ocorridos antes da constitucionalização dos direitos fundamentais, constitucionalização esta que aconteceu de

forma mais acentuada com as revoluções liberais, francesa e americana, será a partir desse período que se concentrarão as referências.

Antes, porém, é obrigatório fazer algumas distinções conceituais e terminológicas apontadas pela doutrina acerca desse tema. Como entendimento geral, percebe-se que o mais aceito é que os chamados direitos do homem são aqueles válidos para todos os homens em todos os locais e tempos. Já os direitos fundamentais são voltados para o homem, mas são incluídos em uma ordem jurídica concreta, com limitação espaço-temporal.

Para Sarlet (2004, p. 35-36),

o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

O mesmo autor resume a distinção da seguinte forma:

cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões ‘direitos do homem’ (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), ‘direitos humanos’ (positivados na esfera do direito internacional) e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). (SARLET, 2004, p. 36).

Essa parece ser a terminologia mais apropriada, ao menos didaticamente, pois estabelece distinções evidentes entre as expressões sem, contudo, deixar de inseri-las no mesmo tema. Por isso, entende-se ser essa a mais correta. No entanto, apesar da excelência do autor citado e das distinções acima mencionadas, as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais” serão, no presente trabalho, utilizadas como

sinônimos. Busca-se, com isso, evitar que se perca o sentido geral do texto em virtude da precisão terminológica, principalmente em relação a citações que eventualmente sejam feitas. Leva-se em consideração, para isso, que não há uniformidade na doutrina acerca do correto emprego dos termos citados e, por consequência, os autores diferem entre si nas suas utilizações.

A posição adotada não despreza a necessidade de certo rigor terminológico, nem entende que isso não importe para o aprimoramento da ciência jurídica. Apenas busca-se evitar que essa precisão possa turvar o sentido geral das idéias que se quiser transmitir, o que é mais importante no presente estudo. Porém, entende-se ser a distinção feita por Sarlet – citada acima – a mais adequada ao tema.

Retornando à evolução histórica desses direitos, verifica-se que, na antiguidade, havia poucas noções de direitos fundamentais. Como lembra Canotilho (2002, p. 380-381, grifo do autor), “Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o *estatuto da escravidão* como algo natural.”

Mais adiante, figuram como instrumentos de incorporação de direitos fundamentais, embora timidamente, as cartas de franquias medievais, sendo a principal a *Magna Carta*, de 1215, que estabelecia aberturas para a verificação da existência dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2002). Cita-se o seu art. 39, que traz a noção de “homem livre”<sup>1</sup>. Na própria liberdade de crença religiosa pode se notar o afloramento dos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Diz o referido artigo que “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.

Outro elemento de destaque referente à *Magna Carta* de 1215, apontado por Comparato (2004, p. 77), é que ela “deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”. Prossegue o autor, dizendo que: “Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados” (2004, p. 78). Percebe-se por esta passagem traços do estado de direito em que vivemos hoje. Evidencia-se, também, a preocupação da não submissão original das pessoas frente ao seu comandante, que cada vez mais, ao longo da história, perde o caráter de absoluto detentor do Estado comandado e de seus integrantes.

Em 1679, também na Inglaterra, a Lei do *Habeas-Corpus* cria mecanismos para evitar que prisões arbitrárias ocorram ou perdurem por longo espaço de tempo. O instituto referente ao *Habeas-Corpus* já existia na Inglaterra, e o surgimento dessa lei estabeleceu regras processuais que fortaleceram a sua efetividade. Comparato (2004, p. 87) ressalta que “o habeas-corpus passou a ser utilizado não só em caso de prisão efetiva, mas também em caso de ameaça de simples constrangimento à liberdade individual de ir e vir”. No seu texto, a preocupação com a dignidade da pessoa humana aparece, mesmo que não tenha referência expressa, na passagem onde diz que “[...] em razão do que vários súditos de Sua Majestade ficam detidos em cárcere por longo tempo, quando podiam obter fiança, o que lhes cria grandes ônus e vexames, [...]”. A intenção de evitar ônus e vexames denota a percepção que já se tinha com os danos sofridos por uma pessoa em face da limitação da sua liberdade, o que se traduz perfeitamente na preservação da sua condição atual de sujeito de direitos, notadamente a liberdade, refletindo na sua dignidade enquanto ser humano.

Com a Revolução Americana (1776), a Revolução Francesa (1789) e as respectivas declarações universais de direitos, parte-se para a constitucionalização dos direitos do homem, ou seja, os direitos tidos como essenciais para o ser humano. Os direitos à vida, à dignidade, à liberdade, entre outros, passam a fazer parte de documentos escritos em cuja importância está a de refletir a vontade e as intenções do povo para o qual eles são dirigidos. Surge o que atualmente vemos como Constituição. Paralelamente, a tripartição dos poderes é considerada como a melhor forma de organização política.

Na sociedade norte-americana aparecem, como traços fortes, a igualdade jurídica entre os homens livres e, em decorrência, a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular (COMPARATO, 2004).

Segundo Comparato (2004, p. 103),

A importância histórica da declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.

As Declarações de Direitos norte-americanas tiveram forte influência na consagração dos direitos humanos, mas isso ficou evidente principalmente em relação aos direitos individuais. Porém, elas tiveram também a importância de tornar constitucional a garantia aos direitos fundamentais, além de estabelecer os princípios da Supremacia da Constituição sobre as leis e da garantia judicial dos direitos humanos.

O próprio sistema representativo modificou-se com o surgimento da Constituição Americana e da Revolução Francesa. Comparato (2004, p. 141) afirma que:

A instituição da representação política moderna, muito diversa do sistema representativo que se praticava na Idade Média, foi obra da Constituição americana e da Revolução Francesa. Na representação antiga, representados eram os estamentos ou grupos sociais, concretamente identificados. Na representação moderna, diferentemente, representada é sempre uma coletividade global, seja ela nação ou o povo, considerada como um todo homogêneo, sem divisões internas. Os representantes são eleitos pelos votos dos indivíduos componentes dessa coletividade, sempre iguais entre si; não por uma assembléia do grupo ou estamento representado, onde os votos podem ser de peso diverso.

Como destaque para o fato da diferenciação entre as pessoas, ainda no século XVIII, vale apontar que a Declaração de Direitos de 1789 é chamada *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*. A distinção entre os direitos do homem e os do cidadão seria que estes são tidos como direitos pertencentes ao indivíduo como ser social, vivendo em sociedade, ao passo que os direitos do homem são vistos como direitos do homem em si.

Já no século XX, após as duas grandes guerras, surge a Organização das Nações Unidas – ONU. Encarregada de proporcionar a paz no planeta, a ONU alavanca a noção de respeito aos seres humanos e a seus direitos. Cria-se a Comissão de Direitos Humanos, com a finalidade de promoção e de proteção da dignidade humana. A idéia é de que, “sem o respeito aos direitos humanos, a convivência pacífica das nações tornava-se impossível.” (COMPARATO, 2004, p. 210).

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos eleva-se como um documento de extrema importância na fixação de respeito aos direitos humanos. Mesmo sendo uma recomendação aos membros da Assembléia Geral das Nações Unidas, a sua importância resulta do entendimento doutrinário atual de que os direitos humanos possuem vigência independentemente da forma como previstos. Comparato (2004, p. 224) ensina que: “Reconhece-se hoje, em toda a parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis, tratados internacionais, exatamente porque se está diante de

exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.”

A Declaração Universal dos Direitos Humanos possui nítida preocupação com a garantia e a preservação da dignidade humana. Em várias passagens do texto faz referência a elas. A dignidade humana é visada através do acolhimento de direitos humanos, notadamente os de cunho individual, sendo mais evidentes os da liberdade e da igualdade.

Os direitos sociais também aparecem. Exemplificativamente, pode-se citar o artigo XX<sup>2</sup> sobre a liberdade de reunião e de associação, e o artigo XXII<sup>3</sup> que trata do direito à seguridade social. Mesmo sendo direitos sociais de cunho coletivo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos os prevê sob o enfoque de disponibilidade individual.

Integrando, ainda, este breve panorama acerca do surgimento e do fortalecimento dos direitos humanos no decorrer dos tempos – sendo aqui citados apenas os principais acontecimentos – não se pode deixar de considerar que o século XX marcou um avanço tecnológico jamais visto em tão curto espaço de tempo, principalmente no seu final, mais especificamente nas três últimas décadas. Em decorrência, direitos humanos até então inertes começaram a ser afetados diretamente, exigindo rápida resposta social e das entidades responsáveis pela sua manutenção. É o caso da Declaração Universal sobre o Genoma Humano, aprovado pela UNESCO em 1997, citado por Comparato (2004).

---

<sup>2</sup> Artigo XX: “1. Todo homem tem o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.”

<sup>3</sup> Artigo XXII: “Todo homem, como membro da sociedade, tem o direito à seguridade social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao seu livre desenvolvimento de sua personalidade.”

Ressalta-se, também, a preocupação mundial sobre a preservação do meio ambiente, que vem aumentando cada vez mais nos últimos anos. O avanço tecnológico acima referido trouxe, com ele, um aumento vertiginoso na utilização dos recursos naturais. A emissão de gases é apontada como causadora do aumento da temperatura no globo terrestre e nas correntes marítimas que, por sua vez, propiciam a ocorrência de catástrofes ambientais<sup>4</sup>. Para remediar tais ocorrências, os agentes internacionais têm procurado estabelecer acordos e protocolos no sentido de minimizar os efeitos da alta produção da vida moderna na natureza<sup>5</sup>.

Esses, pode-se dizer, foram os principais acontecimentos e documentos que contribuíram com a evolução dos direitos humanos e com a sua passagem de direitos do homem para direitos fundamentais, segundo a terminologia adotada por Sarlet (2004), ou seja, adquiriram *status* de norma constitucional.

## **1.2 A evolução dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais foram evoluindo no decorrer do tempo acompanhando os fatos e as transformações acontecidas na história. As necessidades que surgiam e as possibilidades de solução foram indicando o rumo de estabelecimento de outros direitos fundamentais. Paralelamente, aos fatos históricos mencionados no capítulo anterior afloraram direitos fundamentais pertencentes aos seres humanos individual ou coletivamente.

---

<sup>4</sup> Cita-se como exemplo do tipo de catástrofe que se está falando a passagem do furacão Katrina pelo sul dos Estados Unidos da América em meados de 2005, por força do qual a cidade de New Orleans ficou inundada em grande parte da sua área, desabrigando milhares de americanos, que tiveram que abandonar suas casas.

<sup>5</sup> Outro exemplo que pode ser mencionado é o protocolo de Kyoto, assinado por vários países com o intuito de diminuição da emissão de gases no planeta. Por ironia, os Estados Unidos da América negaram-se a assinar este protocolo.

Outro fator determinante na evolução dos direitos fundamentais foi a revolução tecnológica. Foi ela que alterou o cenário econômico e produtivo no mundo, notadamente nos últimos dois séculos. Como consequência, a previsão de outros direitos fundamentais tornou-se apropriada.

Inicialmente, buscou-se a proteção dos direitos mais básicos do ser humano, como a liberdade e a igualdade, apontados como dois dos principais direitos individuais. Isso ocorreu ao longo de muito tempo, em que o absolutismo era dominante, e esses direitos surgiram como forma de proteção do cidadão contra o Estado. O seu apogeu foi no século XVIII, basicamente através das revoluções americana e francesa.

Mais tarde, no final do século XIX e início do século XX, tomaram forma os direitos sociais, chamados de direitos de prestação, pois, por eles, há a exigência por parte do cidadão de uma ação estatal.

Da metade para o final do século XX, percebendo que o mundo adquiriu uma interação maior, notadamente propiciada pelos meios de comunicação, e que isso começou a gerar problemas universais, independentemente do seu causador direto, surgiu a necessidade de se garantirem direitos fundamentais referentes a toda a coletividade mundial. É o caso da proteção ao meio ambiente.

Várias classificações podem ser adotadas relativas aos direitos fundamentais. Dependendo delas, os direitos fundamentais podem ser divididos em três, quatro ou até cinco gerações, o que vai depender do grau de especificidade que se utilizar. A doutrina mais tradicional, no entanto, costuma apontar três gerações de direitos fundamentais: a primeira,

referente aos direitos de liberdade basicamente referidos nas revoluções francesa e americana; a segunda, relativa aos direitos sociais; e a terceira, aos direitos dos povos (CANOTILHO, 2002).

Os direitos fundamentais de primeira geração acarretam um efeito negativo por parte do Estado, que é o de abstenção. A atuação do Estado restringe-se ao respeito a esse direito, no sentido de não violentá-lo e não impedir o seu exercício por parte do cidadão.

Os direitos sociais, da segunda geração, surgidos basicamente com o aparecimento do *Welfare State*, impõem uma atitude positiva por parte do Estado, de prestação ao cidadão das condições necessárias para a sua implementação. Dizem respeito ao direito à saúde, à educação, à moradia, entre outros. Uma discussão importantíssima, aqui, é sobre a viabilidade de exigência, por parte dos cidadãos, da sua implementação e, sendo a implementação possível, por qual veículo, o que será analisado posteriormente.

Para Bedin (2002, p. 173-174), “Essa segunda geração de direitos surgiu, pois, com a agudização dos conflitos de classe na relação capital/trabalho, por obra dos movimentos reivindicatórios dos trabalhadores a partir da metade do século XIX. São chamados direitos de crédito, do indivíduo em relação à coletividade e ao Estado.”

Canotilho (2002, p. 474-475, grifo do autor), ao referir-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, ligados ao que se convencionou chamar de segunda geração dos direitos fundamentais, apontou para duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira entende que os “direitos sociais são como autênticos *direitos subjetivos* inerentes ao espaço existencial do cidadão”. A segunda, objetiva, impõe a sua modelação por duas imposições,

quais sejam, legiferantes, voltadas ao legislador, no sentido de criar condições materiais e institucionais de exercício desses direitos e de fornecimento de prestações aos cidadãos.

Sobre estes, Sarlet (2004, p. 201) refere que:

Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais.

No entanto, cabe frisar, por ora, que os direitos acima mencionados, tanto os da primeira quanto os da segunda geração, são vinculativos do Estado nas mais diversas formas de atuação, inclusive a legislativa. A existência dos direitos fundamentais impõe o seu respeito ao legislador no momento da elaboração das leis. Daí, mais uma vez, a importância da constitucionalização dos direitos fundamentais, com o que o controle jurisdicional da atuação estatal se torna possível.

A terceira geração dos direitos fundamentais, surgida a partir da década de 60 do século passado, é relativa aos direitos da coletividade humana como um todo, como o direito de autodeterminação, ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente saudável e sustentável, à comunicação, à paz, entre outros. O rol desses direitos é aqui exemplificativo.

Para Sarlet (2004, p. 57),

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

A característica maior desses direitos é o envolvimento de toda a humanidade para o seu implemento. Sobre o meio ambiente, por exemplo, criou-se, em 1997, o protocolo de Kyoto, que passou a vigorar a partir de 18 de fevereiro de 2002, pelo qual os seus signatários comprometiam-se em diminuir a emissão de gases poluentes ao meio ambiente com o transcorrer dos anos. Os direitos da terceira geração podem ser chamados de direitos da coletividade.

Na Constituição Federal de 1988, observando os artigos 5º e 7º, percebe-se claramente a abrangência dos direitos fundamentais das duas primeiras gerações. Um estudo do texto citado demonstra que se pode chegar a essa conclusão. Os da terceira e quarta geração, como diz Sarlet (2004, p. 79), “há que ter maior cautela”. Exemplificativamente, a sua inclusão pode ser verificada no inciso XXXII do art. 5º, relativo à proteção do consumidor e no capítulo da Constituição que trata da proteção ao meio ambiente.

Canotilho (2002, p. 386) adverte, por outro lado, que a separação dos direitos fundamentais em gerações não seria totalmente correta, pois são eles “de todas as gerações”. Daí que alguns autores não falam mais de gerações de direitos e, sim, de dimensão de direitos fundamentais.

Sarlet (2004, p. 53) refere que a discussão gira em torno apenas da questão terminológica, “havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos”. O autor optou pelo termo dimensão por estar de acordo com a mais moderna doutrina, e também pelo fato de que o termo “gerações” pode dar a impressão de que uma geração substitui a outra – já que se fala em três, ou quatro, gerações – o que é incorreto, uma vez que, ao longo do tempo, os direitos fundamentais foram se

complementando uns aos outros, em um “permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.” (SARLET, 2004, p. 53).

Aqui já surge a noção de unidade do ordenamento jurídico que, segundo Bobbio (1999) está baseada na estrutura hierárquica em que estão dispostas as normas, umas mais inferiores e outras mais superiores.

Esse é o contexto em que vivemos hoje. Talvez, a evolução imediata no tocante aos direitos fundamentais ocorra no seu aspecto interpretativo. Como será visto no transcorrer do trabalho, a constitucionalização dos direitos fundamentais possibilita a sua aplicação de forma mais ampla e mais concreta. A aplicabilidade das normas de direitos fundamentais tem sido incessantemente buscada pelos estudiosos do direito, como forma de transferir à sociedade os benefícios e as responsabilidades previstas pelos seus representantes na elaboração da Constituição Federal, como manifestação do poder constituinte originário. Impensável uma sociedade na qual as escolhas legislativas, na elaboração da Constituição Federal – emanção do poder constituinte originário – não possuam efetividade e nem se tornem eficazes na vida cotidiana dos cidadãos.

Da mesma forma pensa-se em relação à busca pela efetivação do estado democrático de direito previsto na Constituição Federal. Motta (2003, p. 83) sustenta que “Com efeito, a concretização dos direitos fundamentais, por meio da interpretação jurídica, especialmente da Interpretação Constitucional, abre um caminho importante para a construção de um Estado Democrático de Direito.”

A existência dos direitos fundamentais contrapõe-se à noção de autoritarismo. É da essência desses direitos a democracia, até porque um dos motivos principais do seu surgimento foi a limitação do poder dos governantes. Para isso, a subordinação ao Direito foi uma necessidade, condicionando a atuação estatal às previsões legais e não à vontade do soberano.

A constitucionalização dos direitos fundamentais foi basilar para o estabelecimento desse Estado Democrático de Direito. Segundo Bastos (1998, p. 21), “uma Constituição não representa uma simples positivação do poder. É também uma positivação de valores jurídicos”. Tendo por base que esses valores jurídicos são oriundos da vontade do povo pertencente ao Estado referente à Constituição, devem possuir efetividade integral.

Especificamente sobre a relação da dignidade da pessoa humana com as dimensões dos direitos fundamentais, no tocante à atuação estatal, Sarlet (2002, p. 112) refere que “percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos”. Ainda: “Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.”

Como evolução dos direitos fundamentais, notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana, Sarlet (2004, p. 109) salienta que:

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzido. Apenas neste século e, ressalvada uma ou outra exceção, tão-somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da

dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Por aí inicia a percepção de que a dignidade da pessoa humana, tida na Constituição Federal pátria como fundamento da República, relaciona-se com todos os direitos fundamentais de todas as gerações, exigindo essa compreensão do intérprete que for aplicá-lo, o que será melhor analisado adiante, principalmente no terceiro capítulo.

Ainda dentro desse item, importante fazer uma observação referente à ideologia envolvida no tema dos direitos humanos, que servirá como esclarecimento para todo o trabalho. Refere-se ao fato de que inicialmente os direitos humanos faziam parte do discurso e da ideologia liberal. Eram considerados pelos socialistas como pertencentes à burguesia liberal e, por isso, desprezados. Ao longo do tempo, percebeu-se que a importância dos direitos humanos transcende qualquer ideologia.

Assim, mesmo sabendo que há essa discussão, não será objeto de maiores detalhamentos e tomada de posição neste trabalho, considerando-se esses direitos como pertencentes à humanidade na sua forma pura, destituída de ideologia.

O que se pretende é consolidar os direitos fundamentais com o poder normativo constitucional, inclusive sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. Exemplificativamente, no que tange à importância da matéria, pode-se citar o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que diz que toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa não possui uma Constituição.

Esse é o sentido que se quer dar aos direitos fundamentais neste estudo. Posteriormente, será importante para fixar as idéias de aplicabilidade da dignidade da pessoa humana no cotidiano das relações interpessoais, consideradas coletiva ou individualmente, através das decisões judiciais.

### **1.3 A proteção internacional dos Direitos Humanos**

A noção de internacionalização dos direitos fundamentais surgiu, mesmo que timidamente, no pensamento da antiguidade clássica. No pensamento sofístico e no estóico, a igualdade dos homens começou a ser vista como algo existente em todo o universo. Visualizou-se “a idéia de *universalização ou planetarização* dos direitos do homem.” (CANOTILHO, 2002, p. 381, grifo do autor).

Corrêa (2002, p. 171-172, grifo do autor) contribui com a matéria, entre outros enfoques, com a historicidade dos direitos humanos. No âmbito da sua internacionalização, o autor refere que:

Também a internacionalização dos direitos humanos – sua inclusão na agenda do Direito Internacional sob a perspectiva do homem como cidadão do mundo – pode ser concretamente situada na história. Sua regulação internacional surgiu após a segunda guerra mundial (a partir da criação da ONU) como consequência da onda nazi-fascista. Institucionalizaram-se diversos organismos internacionais como instrumentos de defesa dos direitos humanos, em complementação à *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948: em 1966 a Assembléia Geral das Nações Unidas aprova o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, o *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos* e o *Protocolo Facultativo* ao último.

Com o surgimento de outros atores internacionais além dos Estados – organizações não-governamentais, empresas transnacionais e organizações internacionais, por exemplo – o âmbito de proteção dos direitos fundamentais na esfera internacional, mesmo individuais,

tornou-se necessário. Várias entidades internacionais os prevêm, como a Convenção Européia dos Direitos do Homem (CANOTILHO, 2002, p. 516).

Ressaltando a importância adquirida pelo Direito Constitucional e, mais especificamente, pelos direitos fundamentais, Sarlet (2004, p. 27) refere que:

Particularmente, é no campo dos direitos fundamentais (ou humanos) que esta universalização se manifesta ainda com maior intensidade, seja em virtude da relevância que a matéria alcançou no âmbito do direito internacional, de modo especial, de cunho convencional (e, por sua vez, dos reflexos na ordem interna), seja em virtude de forte influência do direito constitucional positivo, da doutrina e jurisprudência de uns Estados sobre os outros.

A importância de se verificar a dimensão da internacionalização dos direitos fundamentais está em que, segundo Sarlet (2004, p. 38),

a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente -, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional.

A própria noção de globalização, por qualquer dos aspectos em que é visualizada, exige a implementação, em âmbito internacional, de direitos fundamentais. Pode ser vista, inclusive, como decorrência e como necessidade da chamada terceira geração dos direitos fundamentais.

Sem a pretensão de estabelecer qualquer doutrina acerca dos benefícios e malefícios da globalização, e sem querer estabelecer a qual ideologia e qual poder econômico está vinculada a globalização que vivemos atualmente, inegáveis alguns dos seus aspectos. O primeiro deles é que há uma ilusão de que, através da globalização, todos os povos do mundo

serão beneficiados pelos avanços tecnológicos e pelas descobertas científicas que ocorrerem. Mesmo que sejam maravilhosas tais descobertas – e realmente são – não há como deixar de perceber que apenas pequena parcela da população é atingida. A esmagadora maioria ainda sofre com problemas simples<sup>6</sup>.

Essa observação pode ser transferida para várias áreas da vida, como a educação, a habitação, a saúde pública, e outros. No caso da saúde, ao mesmo tempo em que existem pessoas beneficiadas com tratamentos altamente tecnológicos, como a utilização de células tronco, ou próteses perfeitas de órgãos vitais do corpo humano, por exemplo, outras ainda morrem de doenças banais, cujo tratamento para a cura já foi descoberto há longa data. Isso para não falar nas altas taxas de mortalidade infantil nos países excluídos, chamados de terceiro mundo, notadamente nos bolsões de miséria concentrados, na maioria das vezes, nas periferias das grandes cidades. A mortalidade infantil, nestes casos, é consequência da falta de alimentação adequada e de saneamento básico, entre outras condições, primordiais para a sobrevivência humana. A realidade é que o modelo atual de globalização, ao invés de atenuar, distancia os mundos e, por consequência, as pessoas que estão nele inseridas<sup>7</sup>.

A preocupação em proteger os direitos fundamentais além dos limites da soberania de cada estado fez surgir vários documentos. Alguns deles, citados por Motta (2003), são o

---

<sup>6</sup> Interessante aqui mencionar uma crítica de Corrêa (2002, p. 184), para quem “A expropriação de caráter nacional, internacional, transnacional ou globalizado precisa ser justificada por um discurso que acoberte o verdadeiro significado de tais relações, e para isso, infelizmente, se presta a bandeira dos direitos humanos. Incluídos nas principais constituições do mundo, dão eles a entender que os países do Estado moderno estão profundamente interessados, num esforço comum e nobre, em plantar uma sociedade justa e igualitária, respeitadora e promotora da dignidade do homem, quando, na realidade, o domínio globalizado das grandes corporações que regem o mundo geram relações altamente desiguais e opressivas, mas devidamente legitimadas na estrutura sócio-política dos Estados-nações, impelidos estes a trocar sua soberania pela subserviência aos senhores do grande capital.”

<sup>7</sup> Fica aqui a reverência à excelência da obra “Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal”, do autor Milton Santos, em que aborda a questão da globalização com sabedoria ímpar. Nessa obra, o autor examina a globalização sob três enfoques: como nos fazem crer (globalização como fábula), como é (globalização como perversidade) e como pode ser (uma outra globalização).

projeto de Direitos do Homem, em Paris, em março de 1928, a Conferência Interamericana, no México, em 1954, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada durante a IV Conferência Pan-americana, celebrada em Bogotá, a Carta das Nações Unidas, de 1945, a constituição da UNESCO e os tratados de paz de fevereiro de 1947.

O autor entende que:

Com o encurtamento das distâncias e a intensificação das relações internacionais em todos os níveis, a garantia dos Direitos Humanos no âmbito internacional e uma proteção mais eficaz se tornaram imprescindíveis. Dessa forma, evitar-se-á que os Estados autoritários desconheçam ou violem esses direitos. (MOTTA, 2003, p. 117).

Cria-se, no entanto, uma perplexidade em torno do tema, na medida em que se observa, em diversos locais do mundo, nos dias atuais, o autoritarismo como forma de governo de determinados Estados. Naturalmente, os direitos do homem deixam de ser vistos como fundamentais nessas estruturas. A perplexidade aumenta ainda mais quando estados de beligerância e desrespeito aos direitos fundamentais são proporcionados justamente por quem os impulsionou ao longo dos tempos e que mais os preserva em seu espaço interno, que são os Estados Unidos da América<sup>8</sup>.

Mas, sobre os direitos fundamentais e, especificamente, sua proteção na ordem internacional, a indagação maior reside em como devolver a democracia a um país mediante a criação de guerra e imposição de força militar. Ainda, e mais importante, passando por cima de uma orientação da Organização das Nações Unidas, que se manifestou contrária à invasão americana no Iraque.

---

<sup>8</sup> No ano de 2004, sob a alegação de que encontraria armas nucleares, químicas e biológicas, de destruição em massa, os Estados Unidos da América invadiram o Iraque, prometendo também devolver a democracia ao povo.

Reconhecidamente enfraquecida se revela a noção de soberania estatal. Fica, aqui, para reflexão – até porque foge do foco deste trabalho – o fato de uma nação isoladamente se elevar à condição de detentora de legitimidade mundial para impor ou permitir que os demais estados estruturem-se segundo a sua ótica de correção. Essa situação demonstra a necessidade de se buscar efetiva proteção internacional dos direitos humanos, porém através de meios que, ao contrário de os desrespeitar, preservem-nos.

#### **1.4 Classificação e função dos Direitos Fundamentais**

A doutrina costuma classificar os direitos fundamentais segundo vários aspectos e critérios. Para este estudo, que busca, em última análise, contribuir com a aplicação mais efetiva e concreta dos direitos fundamentais pela ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previsto no capítulo I, da Constituição Federal de 1988, entende-se que a classificação e a função devem acompanhar a evolução desses direitos, já mencionada. De uma maneira geral, nota-se que não há rigorosamente discordância da doutrina entre as suas classificações.

Canotilho (2002) costuma ver os direitos fundamentais em dois grandes grupos: o grupo dos direitos, liberdades e garantias e o grupo dos direitos econômicos, sociais e culturais. O jurista português discorre sobre o que chama de direitos, liberdades e garantias no sentido de verificar o seu conceito e as suas implicações. Como traço determinante dos direitos, liberdades e garantias, o autor aponta o seu poder de aplicabilidade direta e o fato de possuírem essencialmente a função de defesa.

Para o autor,

Basta existir um direito determinado constitucionalmente, com a conseqüente imposição aos destinatários passivos de um dever de abstenção (proibição de agressão), para, *prima facie*, podermos falar em direitos, liberdades e garantias. Isso não significa que, para além desta dimensão negativa, não possa existir também uma dimensão positiva, eventualmente conducente ao reconhecimento de *direitos a prestações*. (CANOTILHO, 2002, p. 401, grifo do autor).

Ressalta, ainda, o autor que:

Se as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias são dotadas de aplicabilidade directa (o que não significa ser a mediação legislativa desnecessária ou irrelevante), então é porque os direitos por ela reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei. (CANOTILHO, 2002, p. 401).

Segundo Canotilho (2002, p. 396, grifo do autor),

As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*).

Percebe-se que os direitos, liberdades e garantias de Canotilho possuem ligação com os direitos determinantes de uma atitude de abstenção por parte do Estado. Pode-se dizer que estão ligados aos direitos fundamentais de primeira geração. Fundamental, aqui, é verificar a preocupação do autor com a aplicabilidade desses direitos, através da sua densidade normativa e dos meios processuais necessários.

Outra classificação que faz Canotilho (2002, p. 402-403) sobre direitos fundamentais é referente aos direitos económicos, sociais e culturais, em relação aos quais “muitos destes direitos consistem em direitos a prestações ou actividades do Estado, mas na categoria de direitos económicos, sociais e culturais a Constituição inclui alguns direitos de natureza

negativo-defensiva.”

Outro tema bastante importante diz respeito à necessidade ou não de previsão expressa para a existência de um direito fundamental. Mesmo que já se tenha debatido muito esse assunto, é necessária a menção neste trabalho, pois está diretamente ligado ao seu objeto central, na medida em que a dignidade da pessoa humana deve ser vista de forma ampla, em relação a todos os aspectos que cercam o ser humano. Soaria até absurda a conclusão de que aquilo que não estivesse expressamente previsto na Constituição Federal não poderia ser aplicado, mesmo que a dignidade da pessoa humana fosse abalada.

A possibilidade de serem abrangidos aqueles direitos fundamentais existentes, mas não concretamente positivados, é o que Canotilho (2002, p. 403) chama de “princípio da não identificação ou da cláusula aberta”. A identificação desses direitos ocorre pela verificação da existência de “dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*.” (2002, p. 403, grifo do autor). Para o autor, “A positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo.” (2002, p. 377).

Apesar disso, importante a colocação desses direitos na Constituição, gerando força normativa suficiente para acarretar, como consequência, a possibilidade de controle jurisdicional da sua constitucionalidade. Esse sistema aberto foi previsto na Constituição Federal de 1988, através do seu art. 5º, § 2º, que será adiante melhor examinado.

Necessário também um exame das funções dos direitos fundamentais, mesmo que superficialmente. Para Canotilho (2002, p. 407), “A primeira função dos direitos fundamen-

tais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e outros esquemas políticos coactivos)”. Outra função é a de prestação social, que significa “em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social).”

Há ainda a função de proteção perante terceiros e a função de não discriminação, também apontadas por Canotilho (2002). A primeira impõe ao Estado o dever de proteção dos indivíduos perante agressões de terceiros. A segunda está ligada ao princípio da igualdade, assegurando que todos os cidadãos sejam tratados igualitariamente pelo Estado. Ela abrange todos os direitos. Percebe-se claramente a vinculação estabelecida por Canotilho (2002) do Estado com os particulares no que se refere aos direitos fundamentais de todas as gerações.

Os direitos fundamentais podem sofrer restrições. Para a verificação de uma efetiva restrição, necessário o desenvolvimento de um método, um procedimento metódico, conforme Canotilho (2002, p. 448, grifo do autor), respondendo-se as

seguintes interrogações: (1) trata-se de efetiva restrição do *âmbito de proteção* de norma consagradora de um direito, liberdade e garantia?; (2) existe uma *autorização* constitucional para essa restrição?; (3) corresponde a restrição à necessidade de *salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*?; (4) a lei restritiva observou os requisitos expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroactividade, garantia do núcleo essencial?).

Por ser medida, em regra, excepcional, uma restrição a um direito fundamental deve ser aferido por variantes que indiquem a sua necessidade. Muito importante, ainda, é a congruência com os demais princípios constitucionais referentes a esses tipos de direitos, como a proporcionalidade, a abstração e a generalidade. No entanto, mesmo sendo irrenunciáveis os direitos fundamentais, a “limitação voluntária ao exercício” é “aceitável sob

certas condições” (CANOTILHO, 2002, p. 462). Deve-se atentar para “o direito fundamental concreto e o fim da renúncia”. Trata-se do “uso negativo” de um direito.

Nesse tópico da restrição dos direitos fundamentais, e, mais especificamente, na possibilidade de renúncia, muito importante é a questão da ponderação dos direitos, que será vista mais adiante. Fica, por ora, apenas o registro, ressaltando-se que a existência ou não de uma restrição motivada pela renúncia ou não do exercício de um direito fundamental poderá, dependendo das circunstâncias do caso concreto, ser valorada de diferentes formas e aceitações. O processo da ponderação poderá constituir-se em forte instrumento de auxílio nessa análise.

### **1.5 A Constituição Federal de 1988 e a noção histórica da dignidade da pessoa humana**

A Constituição Federal de 1988 surgiu em um clima de redemocratização do país. Após mais de duas décadas de regime autoritário, foram eleitos representantes para integrarem o Congresso Nacional e formarem a Assembléia Constituinte. Sob a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, esses direitos foram colocados após o preâmbulo e o Título I da Constituição Federal, “Dos Princípios Fundamentais”, demonstrando, desde já, “maior rigor lógico” com a posição de parâmetro hermenêutico dos direitos fundamentais (SARLET, 2004, p. 77).

Sarlet (2004, p. 89, grifo do autor) refere que:

Para R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 407, os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não-reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário...

Fica nítido o seu entendimento de que os direitos fundamentais devem efetivamente fazer parte do rol das matérias elencadas na categoria de cláusulas pétreas, como ocorre no direito constitucional pátrio.

O Título II da Constituição Federal, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, é constituído por cinco capítulos. O primeiro é relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos. O segundo aos direitos sociais. O terceiro, quarto e quinto referem-se, respectivamente, à nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Para o presente estudo, inviável seria a tentativa de esgotar a matéria referente aos dois temas que serão mencionados a seguir, sobre os parágrafos primeiro e segundo do art. 5º da Constituição Federal. Mas, uma visão panorâmica dos principais entendimentos acerca do seu significado e de sua abrangência é importante para a compreensão dos capítulos seguintes.

O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal diz que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Segundo Sarlet (2004, p. 77), referindo-se à Constituição Federal de 1988, sobre direitos fundamentais,

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo.

Prossegue o autor, dizendo que:

Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das ‘cláusulas pétreas’ (ou ‘garantias de eternidade’) do art. 60, § 4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado. (SARLET, 2004, p. 77).

O efeito dessa regra está na concretude que proporciona às normas definidoras de direitos fundamentais, notadamente as que exigem atuação positiva por parte do Estado. No art. 1º, III, da Constituição Federal aparece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. Como será mais profundamente abordado adiante, sendo um princípio desta relevância – considerado por alguns como um supra princípio – a dignidade da pessoa humana deve pautar toda e qualquer aplicação do texto constitucional e, mais especificamente, dos direitos fundamentais, sucumbindo apenas no confronto entre dois direitos fundamentais equivalentes, pelo princípio da proporcionalidade e outras teorias que serão mais tarde examinadas. Mas, mesmo com a utilização desses métodos, a sua fiel aplicação somente será caracterizada se o bem jurídico prestigiado, ao cabo da operação, for o da dignidade da pessoa humana, mediante a preservação, ao máximo possível, do seu núcleo existencial mínimo.

Em decorrência, a dignidade da pessoa humana está inserida no contexto disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, ou seja, também deve ser vista sob a ótica da aplicabilidade imediata. Tudo indica que qualquer situação em que estiver diretamente ligada a possibilidade de ofensa à dignidade humana, as normas que estabeleçam a sua proteção deverão ser aplicadas de forma imediata. A intensidade normativa será notável.

Nesse sentido, tomando por base que os direitos relativos à dignidade da pessoa humana são, portanto, direitos fundamentais, aplica-se a eles a sistemática própria, inclusive a aplicabilidade imediata consagrada no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, estando ou não nela escrito.

Deve-se advertir, no entanto, que importa o estabelecimento de limites à dignidade da pessoa humana, no sentido de que, dependendo da interpretação que se der para qualquer situação, aparecerá a noção de respeito à dignidade humana, podendo o raciocínio ser levado ao absurdo.

Para Sarlet (2002, p. 102),

Levando, contudo, em conta que – de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa – com algum esforço argumentativo, tudo o que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental.

Outro ponto de extrema importância na Constituição Federal de 1988 foi o disposto no art. 5º, § 2º, que prevê o reconhecimento, por parte do nosso direito, de outros direitos fundamentais não citados no seu texto. Segue a transcrição do parágrafo em destaque: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

No tocante à abrangência desse dispositivo legal, Sarlet (2004) entende que, apesar de estar topograficamente antes dos direitos sociais, a estes também se refere. A argumentação utilizada é categórica. O autor, dando as razões do seu posicionamento, diz que:

Em primeiro lugar, da expressão literal do art. 5º, § 2º, da CF, que menciona, de forma genérica, os ‘direitos e garantias expressos nesta Constituição’, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto. Em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais,

apesar de regrados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e, com particular relevo, na Constituição alemã de 1919 (Constituição de ‘Weimar’). Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas conseqüências jurídicas – ambos os ‘grupos’ de direitos se encontram revestidos pelo manto da ‘fundamentalidade’. Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo. (SARLET, 2004, p. 94-95).

O texto do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, ao não excluir outros direitos decorrentes de princípios adotados por ela, dos direitos e garantias expressos, inseriu na categoria de direitos fundamentais todos aqueles relativos à dignidade da pessoa humana. Consagrou, pois, esse princípio como fundamental na Constituição Federal, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, consoante o art. 1º, III, da Constituição Federal.

Segue Sarlet (2004, p. 100), referindo-se às normas consagradoras de direitos fundamentais:

já podemos sustentar a existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais, notadamente os direitos expressamente positivados (ou escritos), no sentido de expressamente positivados, e os direitos fundamentais não-escritos, aqui genericamente considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional). No que concerne ao primeiro grupo, não existem maiores dificuldades para identificar a existência de duas categorias distintas, quais sejam, a dos direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com *status* constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que igualmente foram expressamente positivados. Já no que concerne ao segundo grupo, podemos distinguir também duas categorias. A primeira constitui-se dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (aproximando-se da noção atribuída por J. A. da Silva), ao passo que a Segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, § 2º, da CF denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios.

A Constituição Federal diz, no art. 5º, § 2º, que não há prejuízo em relação a direitos previstos em tratados internacionais, excluindo outros instrumentos internacionais, como convenções e pactos, por exemplo. Sarlet (2004) defende uma interpretação extensiva do termo “tratados internacionais”, até porque a intenção do constituinte foi de ampliar o rol de direitos fundamentais, e não restringir esse rol, o que certamente ocorreria se a interpretação fosse literal. Exemplificativamente, ficariam fora do rol de direitos fundamentais os Pactos Internacionais da ONU, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA, de 1969, entre outros. É uma decorrência do princípio da não-tipicidade na esfera dos direitos fundamentais.

Para o autor,

existe certa unanimidade no seio da doutrina no sentido de que o termo ‘tratados internacionais’ engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação ao qual as convenções e os pactos (apenas para citar alguns dos mais importantes) são espécies, uma que, de acordo com o seu conteúdo concreto e sua finalidade, os tratados são rotulados diversamente, o que, aliás, decorre da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que considera ‘tratado’ um termo genérico. (SARLET, 2004, p. 135).

Sobre o *status* das regras de direitos fundamentais originados em tratados internacionais, Sarlet (2004, p. 140) refere que:

Na realidade parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam na Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais.

A importância desse dispositivo, no tocante ao trabalho em questão, é a consagração pela Constituição pátria do reconhecimento da existência de outros direitos fundamentais não

previstos nela, o respeito e, em conseqüência, a aplicabilidade adequados. A efetivação desses direitos é uma decorrência natural. Relaciona-se com o princípio da universalização dos direitos fundamentais.

Para Sarlet (2002, p. 97-98),

Aproxima-se desta noção – embora com ela evidentemente não se confunda – o assim denominado princípio da universalidade dos direitos fundamentais, que inobstante não consagrado expressamente pelo Constituinte de 1988 e a despeito da redação do *caput* do artigo 5º da nossa Carta Magna (atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país) a titularidade dos direitos fundamentais, reclama, todavia, uma exegese de cunho extensivo, justamente em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que pelo menos os direitos e garantias fundamentais diretamente fundados na dignidade da pessoa podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade, excepcionando-se, à evidência, aqueles direitos cuja titularidade depende de circunstâncias específicas e que, de regra, nem mesmo todos os nacionais de um determinado Estado podem exercer, como ocorre especialmente com os direitos políticos (ativos e passivos) ou mesmo com os direitos dos trabalhadores.

Como complementação do que se disse, importante é a menção de Mendes (2005, p. 239) sobre o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, na versão da Emenda Constitucional 45/2004<sup>9</sup>, para quem “Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais”. Tem-se, aqui, a constitucionalização formal das normas contidas em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Por fim, cabe mais uma citação de Sarlet (2002, p. 74, grifo do autor) sobre a colocação da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988:

---

<sup>9</sup> Segue o texto constitucional: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Num primeiro momento – convém frisá-lo -, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto – tal como sinalou Benda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.

Pouco acima se citou o princípio da proporcionalidade como uma das formas de solução de litígios onde colidirem dois ou mais direitos fundamentais igualmente protegidos pelo ordenamento. Cabe, portanto, a referência de que esse princípio está abrangido pela Constituição Federal de 1988.

Segundo Bonavides (2006, p. 435),

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito. [...]

Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.

E arremata o doutrinador, acima mencionado, referindo que:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição. (BONAVIDES, 2006, p. 436).

Muito ainda poderia ser dito sobre os direitos fundamentais, nos seus mais variados aspectos e relacionamentos. Dentro do direito, pode-se dizer que essa matéria constitui-se em

um universo próprio, não no sentido de ser independente e alheio à necessidade de ser submetido à interdisciplinariedade – o que na verdade é o oposto – mas no sentido de realçar a extensão do conteúdo e as incontáveis obras a seu respeito.

O que se busca aqui é relacionar os direitos fundamentais com o reconhecimento de densidade normativa suficiente que possibilite a sua aplicação, podendo ser catalisada mediante a imperiosa necessidade de resguardo da dignidade da pessoa humana, que é a finalidade maior do estudo e com que se quer efetivamente colaborar no desenvolvimento da matéria.

Nesse sentido, em momento algum se tem a pretensão de esgotar a matéria acerca dos direitos fundamentais. Quer-se apenas nortear o quê deles se entende que pode ser vislumbrado na hermenêutica que cerca a matéria e, ao final, interferir concretamente na sua aplicação.

## **2 A VISÃO PÓS-POSITIVISTA DO DIREITO E A NOVA ORDEM DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

### **2.1 Concepção atual**

O Direito Constitucional contemporâneo está vivendo uma transformação no que diz respeito ao modo como se coloca diante do mundo, da sociedade e dos outros ramos do Direito. Como fonte de direito, situado hierarquicamente no topo da pirâmide, baliza todo o ordenamento jurídico de uma nação. Por consequência, todos por ele atingidos sentem como as suas previsões os afetam, tanto no sentido positivo quanto negativo. Com uma normatividade crescente, tem servido de forte instrumento de irradiação de direitos por toda a sociedade, fazendo com que as normas escritas saiam do papel e surtam efeitos na realidade da vida dos cidadãos. Esse movimento, constituído de uma série de avanços no que se entende atualmente por Constituição e como interpretá-la, para que possa ser aplicada concretamente, está sendo denominado, mesmo que provisoriamente, de pós-positivismo. Algumas características o acompanham, e ele surge como substituto/evolução tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo. Por certo que a transposição das normas constitucionais do papel para o cotidiano das pessoas não ocorre por mágica, de uma hora para outra, mas o caminho, que ainda deve ser trilhado, está inicialmente delimitado, restando que interessados em desvendá-lo mantenham a caminhada.

Barroso e Barcellos (2003, p. 336, grifo dos autores) resumem bem a chegada ao pós-positivismo na filosofia jurídica:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. 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 constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Essa nova fase do Direito constitui-se em evolução das outras duas vertentes citadas. É a busca pela retomada do Direito segundo o senso de justiça, tão procurado nos dias atuais, sem esquecer do respeito e do apego às normas jurídicas escritas que compõem o nosso ordenamento. Para que essa visualização possa ficar mais nítida, necessária uma breve retomada do que compunha o direito segundo a perspectiva clássica. Barroso (2003, p. 12-13) apresenta uma síntese do Direito na perspectiva clássica. Para o autor,

Em síntese simplificada, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão da completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.

Aparentando tom de crítica a tais características, evidencia a necessidade de superá-las, em busca de efetividade na aplicação das normas jurídicas, notadamente de cunho constitucional. Sugere a necessidade de observar o direito como o instrumento para o qual foi criado ao longo dos tempos, que é o de ser mediador dos conflitos e litígios, buscando dar-lhes a solução adequada – ou a que mais se aproxime no caso concreto. Por certo,

imprescindível que se faça isso segundo a lógica e o momento atual, pautado pela globalização e o seu imediatismo e, referente aos conflitos jurídicos, marcados cada vez mais pela litigiosidade de massa ao invés da interpessoal, o que se pode exemplificar pela proteção crescente dos direitos do consumidor. Visando a essa sociedade é que deve se voltar o direito atual e, em decorrência, a interpretação e aplicação das suas normas.

Barroso (2003, p. 18), após fazer um exame acerca da redemocratização do Brasil, que ultrapassou tempos de ditadura e, conseqüentemente, desprestígio da legislação, disse que:

É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização e a emancipação.

O que se observa nesse trecho é a preocupação do autor com a necessidade atual de buscar no direito – através de mecanismos de interpretação – a possibilidade de efetivar o nosso sistema jurídico, com o fim de proporcionar à população maior inclusão social e liberdade.

O jusnaturalismo, cuja “idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo” (BARROSO, 2003, p. 19), está fundado na origem divina ou na natureza e razão humana, de cunho individualista. Pode ser apontado como influente nas revoluções liberais, destacando-se a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Possui, portanto, ligação com a primeira geração de direitos fundamentais comentada no primeiro capítulo.

Para Corrêa (2002, p. 34, grifo do autor),

Por jusnaturalismo se entende uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema de normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Segundo tal corrente de pensamento, existe um direito superior e anterior às normas positivas da sociedade, servindo de fundamento e inspiração para as normas concretas de regulamentação da convivência humana e seus sistemas de direito.

Posteriormente, com a valorização crescente do conhecimento científico, o positivismo jurídico distanciou as relações entre o direito e os valores inseridos nas normas jurídicas. Algumas características do positivismo jurídico, apontadas por Barroso (2003, p. 25), são as seguintes:

[...] (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

Após algum tempo de dominação como corrente jurídica, o positivismo jurídico sucumbiu, basicamente por não conseguir explicar como atrocidades eram praticadas em nome da lei, como ocorreu no nazismo e no fascismo, por exemplo, denotando a necessidade de vinculação do direito – e da legislação – com noções de valor e de ética na aplicação, proporcionando efetividade das normas contidas no ordenamento jurídico. Evoluiu-se, assim, para a fase atual, já comentada, sob um novo enfoque do direito, que é o chamado pós-positivista.

Também sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, há pertinência o exame sob o enfoque do pós-positivismo.

Para Sarmiento (2003, p. 252-253),

O paradigma pós-positivista hoje vigente, que investe na juridicidade dos princípios, paga um certo preço à segurança jurídica: a interpretação e aplicação do direito tornam-se mais dinâmicas, elásticas, ricas do ponto de vista axiológico, mas também – é verdade – menos seguras. Este, no entanto, não é um problema ligado apenas à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Trata-se de questão mais ampla, que atinge a todos os ramos do conhecimento jurídico, e nada justifica a criação de uma redoma em torno ao Direito Privado, para deixá-lo imune aos sopros renovadores do pós-positivismo.

Prossegue o autor, dizendo que:

Ademais, ainda que se possa falar em alguma perda de segurança decorrente da aplicação direta dos direitos fundamentais sobre relações privadas, cumpre não esquecer que a segurança não é o único valor almejado pelo Direito, e talvez nem mesmo seja o mais importante. Ao lado ou até acima dela está a Justiça. E não há dúvidas sobre o ganho, em termos de justiça substancial, que se pode obter através da aplicação direta às relações privadas dos direitos fundamentais – haja vista que estes são, ao lado da democracia, a verdadeira ‘reserva de justiça’ da ordem jurídica, na feliz expressão de Oscar Vilhena Vieira. (SARMENTO, 2003, p. 253).

Notável, ainda, a crescente importância do princípio da proporcionalidade, cuja aplicação inicial pertencia ao Direito Administrativo, mas que se transportou magnificamente para o Direito Constitucional. Bonavides (2006) refere que esse princípio é composto por três elementos. O primeiro relaciona-se com a pertinência ou aptidão, o segundo com a necessidade e o terceiro consiste na proporcionalidade mesma, em *stricto sensu*.

Para o autor,

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade. (BONAVIDES, 2006, p. 395).

A vinculação do princípio da proporcionalidade com a concepção atual, aqui tratada, reside no fato de que está sendo largamente utilizado a partir do final do século XX como método<sup>10</sup> interpretativo, mas que somente pode ser compreendido em conteúdo e alcance se considerado o advento de duas considerações de Estado de Direito,

Uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da *legalidade*, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da *constitucionalidade*, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. (BONAVIDES, 2006, p. 398, grifo do autor).

O enquadramento desse segundo Estado de Direito é um dos elementos característicos do chamado pós-positivismo de valorização e de efetivação dos direitos fundamentais pela normatização dos princípios na concretização das regras constitucionais. Objetiva-se combater excessos legislativos e evitar limitações dos direitos fundamentais pela via do controle judicial da constitucionalidade.

Percebe-se, portanto, que o pós-positivismo está em processo de transformação em um paradigma na forma e na interpretação do direito que atuará sobre todos os seus ramos, indiscriminadamente. Por prestigiar a normatividade principiológica, sobretudo constitucional, alcança todas as esferas sobre as quais o Direito tenha atuação, inclusive, como visto, as relações privadas. Adiante será examinada a forma pela qual ocorrerá essa atuação.

---

<sup>10</sup> As inovações interpretativas aqui tratadas serão consideradas formalmente como métodos de interpretação em ordenamentos de natureza principal, concretizadas materialmente através da valoração dos princípios.

## 2.2 Distinção entre regras e princípios

A diferenciação entre regras e princípios é um dos fundamentos da construção do pós-positivismo. Superado o entendimento de que os princípios diferenciavam-se das normas jurídicas, estando fora delas, o que se tem hoje, predominantemente, é que os princípios são espécie do gênero por elas constituído, apresentando, portanto, normatividade jurídica, como abaixo será melhor analisado.

Canotilho (2002) entende serem as regras e os princípios espécies do gênero norma jurídica. Diferenciam-se por vários critérios, como o grau de abstração, determinabilidade, caráter de fundamentalidade, proximidade da idéia de direito e natureza normogénica. Em linhas gerais, os princípios possuem um grau de abstração maior que as regras, que, se valerem, aplicam-se ao caso concreto ou não. Os princípios – além da função retórica-argumentativa (princípios hermenêuticos), podem ser tidos como verdadeiras normas de conduta.

Para o autor,

Os princípios são normas jurídicas impositivas de *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómia; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo-ou-nada), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (CANOTILHO, 2002, p. 1146-1147, grifo do autor).

Nessa mesma linha, Barcellos (2003) entende que tanto as regras como os princípios são normas, mas possuem estruturas diversas. Regras descrevem condutas sem se ocupar dos fins que elas procuram ocupar. Os princípios visam a um fim almejado, estabelecendo objetivos e estados ideais. Ainda, para a autora, as regras estabelecem desde logo os efeitos pretendidos, ao passo que os princípios indicam efeitos relativamente indeterminados, pois a sua definição depende de outras considerações. Ela também menciona o fato de que os princípios possuem um núcleo mínimo de sentido determinado e outra parte cuja determinação é mais ampla e imprecisa, como se fossem dois círculos concêntricos, um menor (núcleo mínimo) e outro maior. A parte nuclear do princípio pode funcionar como regra.

Barroso e Barcellos participam da discussão que envolve a diferenciação entre regras e princípios. Segundo os autores (2003, p. 337), “A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”, não havendo hierarquia entre elas em face do princípio da unidade da Constituição. Para Barroso e Barcellos (2003), as regras apresentam-se, normalmente, como relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Já os princípios contêm teor mais abstrato, não especificam condutas a serem seguidas e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. As regras aplicam-se pela subsunção, observando-se o fato e a incidência da regra jurídica. É o que se costuma denominar tudo ou nada. Ou a regra jurídica se enquadra na situação por ela prevista, ou não se aplica. Havendo conflito entre regras, uma exclui a outra, segundo os critérios da hierarquia – *lex superior derogat inferiorem*, da especialidade – *lex specialis derogat generalem*, ou cronológica – *lex posterior derogat priori*. Os princípios, por conterem valores e possuírem um grau elevado de abstração,

podem entrar em choque uns com os outros, sendo perfeitamente normal que determinada situação fática proporcione certa contrariedade entre eles. Por isso, sua aplicação deve se dar mediante *ponderação*, ou seja, à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Relatam os autores que, pela obra de Ronald Dworkin e Robert Alexy, percebe-se que “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 338).

Barcellos (2003), também ocupando as noções dos mesmos autores acima citados – Ronald Dworkin e Robert Alexy – de que às regras utiliza-se o modelo do “tudo ou nada” na sua aplicação, pela estrutura biunívoca, conclui que as regras não podem ser ponderadas, uma vez que elas aplicam-se ao caso concreto ou não, ao contrário dos princípios que podem valer em determinados casos sob diferentes intensidades. Mais adiante será feita uma observação detalhada, mas, por ora, fica o comentário de que já se entende, atualmente, que tanto as regras podem sofrer processo de ponderação quanto os princípios possuem um núcleo que, por funcionar como regra, não pode sofrer ponderação.

Outro fator, de ordem material, para distinguir regras e princípios, parte da dicotomia entre segurança jurídica e justiça para estabelecer a sua harmonia. Barcellos (2003, p. 79, grifo da autora) menciona que, “como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a *justiça* possa ser alcançada”. Na verdade, o que se busca é um sistema jurídico harmônico e equilibrado, composto por regras e princípios. As regras, por preverem

condutas, proporcionam a segurança jurídica, e os princípios, por conterem valores e finalidades, são responsáveis pela realização da justiça. Por óbvio, essa dicotomia de que a segurança é dada pelas regras e a justiça, pelos princípios não é absoluta nem estanque. Caso contrário, poder-se-ia chegar ao entendimento absurdo de que a aplicação das regras implica injustiça e dos princípios, insegurança, o que em nada é verdadeiro.

Canotilho (2002), para quem a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, entende haver a necessidade de coexistência de ambos, como forma de equilibrar o sistema, mantendo a noção de que a segurança jurídica é fornecida mais pelas regras e a realização da justiça – e interligação das normas – é proporcionada mais pelos princípios.

Refere o autor que:

Qualquer sistema jurídico carece de *regras* jurídicas: a constituição, por ex., deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não é maior de 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão só pode ter direito à vida. Contudo, o sistema jurídico necessita de *princípios* (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado do direito; são exigência de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. (CANOTILHO, 2002, p. 1148-1149, grifo do autor).

Para o autor, “a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica)” (CANOTILHO, 2002, p. 1159). O sistema interno de regras e princípios constitucionais, segundo ele, inicia pelos princípios estruturantes, que são densificados e concretizados pelos princípios constitucionais gerais e, depois, especiais. E, “Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais e especiais. A sua concretização é feita também por várias *regras constitucionais*, qualquer que seja a sua natureza” (2002, p. 1159-1161, grifo do autor).

Complementa Canotilho (2002, p. 1161, grifo do autor), ainda, que o sistema descrito não funciona apenas de cima para baixo (princípios abertos para os mais densos), nem de baixo para cima (concreto para o abstrato). É um sistema dinâmico, e “Todos esses princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da *concretização legislativa e jurisprudencial* (cfr. *Infra*).”

Por tudo isso, o autor chega à conclusão de que toda e qualquer norma constitucional possui densidade normativa. Inclusive, “Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das *normas constitucionais programáticas*.” (CANOTILHO, 2002, p. 1162, grifo do autor).

Canotilho (2002) concorda que há igualdade hierárquica formal entre regras e princípios na sua concretização, que deve vislumbrar sempre o princípio da unidade da Constituição. Porém, pelos esclarecimentos feitos acima, percebe-se haver diferenciação qualitativa entre as regras e os princípios.

Steinmetz (2001, p. 124-125, grifo do autor), sobre o tema, citando Alexy, refere que:

Alexy esposa a tese de que entre as normas-princípios e as normas-regras existe não só uma diferença gradual mas também qualitativa. Para ele, ‘el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes’. São mandatos de otimização que podem ser realizados em diferentes graus. Em contrapartida, ‘[...] las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible’. Esse critério permite, na visão de Alexy, a rigorosa e válida distinção entre princípios e regras.

Basicamente, esses são os entendimentos prevalentes no direito constitucional contemporâneo e que darão sustentação doutrinária e dogmática para a interpretação das

normas constitucionais e posterior aplicação/concretização sob o enfoque pós-positivista, que tem na normatividade dos princípios um dos seus pilares, o que será visto no item seguinte.

### 2.3 Os princípios como elementos normativos

A existência de princípios é de longa data, mas, sob a ótica do pós-positivismo, comentado acima, a diferença principal apontada por Barroso (2003, p. 29, grifo do autor) é que “Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra atual é o reconhecimento de sua *normatividade*.”

Canotilho (2002, p. 1168), por considerar existente a normatividade dos princípios – e já introduzindo o tema referente à ponderação entre eles – refere que:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativo da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso.

Em face da normatividade atribuída aos princípios na constitucionalidade contemporânea, não há como fugir – ao contrário, deve-se buscar aproximação – do fato de que a utilização dos princípios na resolução dos casos concretos é um imperativo atual nas decisões judiciais. Cada vez mais os litígios existentes na sociedade estão tomando carácter revelador de afronta a direitos fundamentais e, como se verá adiante, à própria dignidade dos envolvidos, pois tal princípio é nuclear e essencial em relação a esse tipo de direitos.

Confirmando a importância dos princípios no pós-positivismo, Espíndola (2002, p. 64) menciona que “Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito”. Refere que Paulo Bonavides entende que a teoria dos princípios jurídicos chega na fase pós-positivista com alguns resultados já consolidados, que são:

A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 64).

Para Espíndola (2002, p. 34, grifo do autor),

Atualmente, entende-se que os princípios estão inclusos tanto no conceito de *lei* quanto no de *princípios gerais de direito*, divisando-se, nessa forma, princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos *na* ordem jurídica, respectivamente (Eros Grau e Norberto Bobbio). Essa tendência tem sido chamada de pós-positivista. Seus postulados vão muito além: entendem os princípios como normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis *na* ordem jurídica; consideram as normas de direito como gênero, do qual os princípios e as regras são espécies jurídicas.

Confirmando o seu entendimento, embasado na doutrina atual, de que os princípios são dotados de normatividade, Espíndola (2002, p. 60-61) diz que:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalização mais abstrata. E esse caráter normativo não é predicado somente dos ‘princípios positivos de

Direito', mas também, como já acentuado, dos 'princípios gerais de Direito'. Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são enunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.

Espíndola (2002, p. 249) esclarece, ainda, que, ao lado dos princípios expressamente previstos no texto constitucional, há outros implícitos cuja normatividade é também reconhecida. Diz o autor citado que “Os princípios constitucionais implícitos, ao lado dos princípios constitucionais expressos, são normas constitucionais de existência e eficácia pacificamente reconhecidas”. Segundo o autor (2002, p. 251), “Os princípios constitucionais fundamentais não se esgotam no tít. I da Constituição vigente, mas estão estabelecidos ao longo do texto constitucional.”

A normatividade dos princípios pode ser aferida não só pelo seu efeito positivo, de dizer o Direito no caso concreto, como até aqui foi visto, mas também pelo seu efeito negativo. Significa que os princípios, agora especificamente constitucionais, vinculam todo o ordenamento jurídico e impõem a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, caso esteja com ele em conflito. Serve como verdadeiro parâmetro aferidor da constitucionalidade das leis infraconstitucionais, confirmando, mais uma vez, a normatividade existente. O fato de os princípios relacionados com os direitos fundamentais integrarem o rol das cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, parágrafo 4, IV, da Constituição Federal, indica a veracidade do que foi exposto acima.

Outras funções que podem ser atribuídas aos princípios são a de elemento fundamentador do sistema jurídico, no sentido de ser fundamental, basilar, do qual ele se levanta; a função interpretativa, no sentido de serem os princípios orientadores do sistema; e a função supletiva, integradora do ordenamento jurídico, contribuindo para a sua unidade.

Podem ser apontadas outras funções, mas essas se constituem nas principais, e das quais as outras podem derivar.

Todas essas funções referidas acima vão ao encontro da noção de Bobbio (1999, p. 115) sobre a completude do ordenamento jurídico, para quem “um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema”. A importância dessa referência será melhor compreendida adiante quando se tratar das novas tendências interpretativas das normas constitucionais e do papel do juiz na transposição do seu conteúdo para a vida das pessoas.

Por fim, ressaltando a importância adquirida pelos princípios no momento atual, Espíndola (2002, p. 285) diz que:

Os princípios jurídicos, como princípios constitucionais, têm a mais alta normatividade do sistema jurídico. Isto fez com que a antiquíssima postura que conferia aos princípios a mera posição subsidiária em face dos atos de integração da ordem jurídica fosse superada: ou seja, antes, os princípios gerais do direito eram apenas elementos de colmatação de lacunas do sistema jurídico, segundo o enunciado do art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil, e art. 126 do CPC.

Todavia, hoje constituem verdadeiros parâmetros de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico; fazem dos princípios normas premissoras de direitos; fazem dos princípios os principais sentidos hermenêuticos da ordem jurídica; resumem as estruturas básicas de justiça, que, estabelecidas na Constituição, pelos princípios constitucionais, ganham vigor e materialidade.

Dada a dimensão adquirida pelos princípios do direito contemporâneo, fica evidente a importância que a eles se atribui na interpretação constitucional. Em decorrência, pode-se dizer que, nos dias atuais, a tendência constitucional caminha no sentido de que todo o ordenamento jurídico seja interpretado a partir dos princípios a ele incidentes. Isso ocorre não só pela normatividade positiva descrita antes, como também pela integração, pela unidade que

os princípios proporcionam ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, além das normas constitucionais, a influência dos princípios irradia-se para toda a legislação infraconstitucional, devendo ser vista em conformidade com a Constituição Federal, isto é, com os princípios por ela prestigiados, tanto os explícitos, expressos, quanto os implícitos, que possuem igual normatividade.

Segundo Bonavides (2006, p. 517-518),

A interpretação das leis ‘conforme a Constituição’, se já não tomou foros de método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui, fora de toda a dúvida, um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais. Decorre em primeiro lugar da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais – de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional – e enfim do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta.

É um método de interpretação das normas infraconstitucionais em face da Constituição Federal.

Uma observação necessária de ser feita é a de que o significado dos princípios, seu conteúdo, possui mutabilidade de acordo com o meio onde atua e o momento em que atua. Possui, portanto, atualidade. Não quer isso dizer que os princípios geram ao sistema jurídico instabilidade e insegurança. Ao contrário, conferem ao ordenamento a possibilidade de constantemente agir conforme o momento histórico em que se vive. Por óbvio que, como dito acima, essa tendência de os princípios não serem estanques, como as regras jurídicas, prejudica em algum grau a segurança jurídica do ordenamento. Mas, se isso é verdade, e é, também impede que a legislação envelheça rapidamente.

## 2.4 Paradigma clássico de interpretação constitucional

Adiante são examinados novos métodos de interpretação constitucional, notadamente baseados na normatividade dos princípios, mas que não representam, pura e simplesmente, a substituição dos métodos clássicos tradicionalmente utilizados. Sabidamente, a interpretação das normas jurídicas, e aqui considerada a das normas constitucionais, dificilmente se faz por um método apenas. O que ocorre no mais das vezes é a interação dos diversos instrumentos de interpretação, para se chegar ao final com a solução adequada. Há, isto sim, uma prevalência de um método sobre os outros, dependendo do caso concreto que se está examinando. E isso ocorre também quando os casos difíceis exigem que se lance mão dos novos métodos. Certamente, serão levados em consideração os alicerces clássicos de interpretação para, somente após a constatação da sua insuficiência, buscar os mais modernos, como a ponderação, por exemplo.

A interpretação clássica, portanto, não é prescindível, e podem ser apontados como os principais métodos o gramatical, pelo qual se observa a literalidade e semântica da norma, o teleológico, em que se busca o fim pretendido pela norma, e o sistemático, que analisa o contexto em que está inserida a norma. Examinando este último método, percebe-se nitidamente o que se quis dizer até aqui, uma vez que um dos princípios norteadores da ponderação de direitos – método contemporâneo – é o da unidade da Constituição. Por ele, em síntese, os princípios devem ser valorados do modo que mais os aproxime do que diz o corpo da Constituição. Logo, de certa forma, há semelhança entre o método sistemático (clássico) e a ponderação (contemporâneo) na interpretação das normas constitucionais, confirmando a existência de inter-relacionamento entre os modos de interpretação das normas jurídicas e, mais do que isso, a necessidade dessa relação.

Canotilho (2002, p. 1192) entende que “Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional”. Segue o autor, dizendo que: “Os aplicadores da constituição não podem atribuir um significado (= sentido, conteúdo) arbitrário aos enunciados lingüísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o dito pelo legislador constitucional (= legislador constituinte e legislador da revisão).” (CANOTILHO, 2002, p. 1195).

Esses métodos de interpretação constitucional, denominados clássicos, são apenas citados neste trabalho, não havendo interesse no seu aprofundamento, pois basta o conhecimento de que há estudos e conceitos a eles relativos. Nesse sentido, fica a noção de que a doutrina, embora possa divergir sobre qual é melhor ou mais eficaz, entende que, na verdade, são uns complementares em relação aos outros. E, aqui, importa apenas verificar que há os métodos tradicionais de interpretação das normas constitucionais, para que mais tarde se perceba que outros estão surgindo, e que não há exclusão de uns pelos outros, mas apenas complementação quando se notar a insuficiência dos primeiros<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Como exemplo do que se está dizendo, pode-se citar a diferença entre a interpretação do art. 14, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, que assim diz: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1 - O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos., e o conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade individual, amplamente difundido na doutrina. No primeiro caso, estabelecida a faixa etária ou concluído o analfabetismo de uma pessoa, a consequência jurídica fica estampada pela norma jurídica. É um caso onde a interpretação da norma pode facilmente ser feita pelos métodos tradicionais. No segundo caso, por outro lado, pode-se chegar a um ponto em que ambos os dispositivos legais sejam, em tese, aplicáveis e estejam contrários um em relação ao outro. Daí, necessária será a utilização da ponderação dos bens em jogo para, com a sua valoração, chegar-se até à norma de decisão.”

Segundo Canotilho (2002), os métodos de interpretação são os seguintes: método jurídico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e interpretação comparativa.

Bilhalva (2005) entende que há cinco métodos de interpretação das normas constitucionais: método jurídico, defendido por Ernst Forsthoff e com base nos elementos históricos, gramaticais, lógicos, teleológicos e sistemáticos; método tópico-problemático, defendido por Theodor Vichweg; método hermenêutico-concretizador, por Konrad Hesse; método científico-espiritual ou valorativo ou sociológico, defendido por juristas alemães, especialmente Rudolf Smend; e, por fim, método jurídico normativo-estruturante, tematizado e problematizado por Friedrich Müller. Ficam também, aqui, apenas as citações pelo motivo explicitado acima.

O ato de interpretação, relativo a um sistema jurídico, envolve, além de conhecimento, a vontade do intérprete. Essa vontade consubstancia-se nas circunstâncias que o cercam, na ideologia a ele inerente e no momento histórico em que vive. Não há como distanciar as circunstâncias de uma norma jurídica dos aspectos subjetivos, tanto de quem a elabora – legislador – como também de quem a aplica – julgador. Este último, inclusive, sofre a mutação das condições sociais em relação ao momento da criação da norma ao longo do período da sua vigência, exigindo a adaptação adequada. Porém, não há, ao menos nos dias atuais, como distanciar esse fato das peculiaridades pessoais do julgador. A interpretação da norma e a sua adaptação ao longo do tempo, em certa medida, estão ligadas a quem a toma em uma decisão.

Como afirma Barroso (2003, p. 3), “Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”. Leva-se em conta as diversas possibilidades interpretativas de uma norma. Barroso (2003, p. 9) elenca alguns exemplos, como “(i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesse à vista do caso concreto.”

O autor refere que:

O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação. (BARROSO, 2003, p. 9).

Por fim, e já introduzindo o item seguinte, é importante a observação de Sarlet (2004) no sentido de que a interpretação das normas jurídicas, dentre elas as constitucionais, deve buscar a sua aplicabilidade, para que surta os efeitos desejados na realidade dos cidadãos.

Para o autor,

as noções de aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas, na verdade, as duas faces da moeda, na medida em que uma norma somente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida da sua aplicabilidade. Assim, sempre que fizermos referência ao termo ‘eficácia jurídica’, fá-lo-emos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada. (SARLET, 2004, p. 228).

Com o pós-positivismo, estamos caminhando no sentido de buscar novos caminhos interpretativos das normas constitucionais, notadamente pela valorização dos princípios, o que será visto em seguida.

## 2.5 Novas tendências interpretativas: a ponderação e o mínimo existencial

Conforme exposto acima, os princípios, pela força normativa adquirida, devem, como uma das suas funções, apontar caminhos viáveis na análise de cada caso concreto que são vistos aqui separadamente. Ao julgador, segundo noções de razoabilidade e preservação do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo, cabe fazer essa valoração.

A crescente importância dos princípios, na interpretação das normas jurídicas, tem levado a que às situações concretas possa incidir mais de um princípio. A solução é dada a partir do que se convencionou chamar de ponderação, pela qual são examinados todos os valores postos na questão e, a partir deles, resolve-se o caso.

Barcellos (2003, p. 55) aponta a origem da ponderação nos “casos difíceis” – *hard cases* – em que o silogismo tradicional é alterado pela colocação de diversas premissas maiores “igualmente válidas e de mesma hierarquia” para a conclusão, após incidirem na premissa menor, caracterizada pelos fatos. Segundo a autora, “os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais (ainda que o objeto imediato do exame seja uma disposição infraconstitucional)” (BARCELLOS, 2003, p.57). E segue: “A ponderação também se presta a organizar o raciocínio e a argumentação diante de situações nas quais, a despeito do esforço do intérprete, haverá inevitavelmente uma ruptura do sistema e disposições normativas válidas terão sua aplicação negada em casos específicos.” (BARCELLOS, 2003, p. 57).

Algumas razões são apontadas por Canotilho (2002, p. 1223, grifo do autor), privilegiando e exaltando a existência da ponderação/balanceamento de bens no Direito Constitucional:

Várias razões existem para esta viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma *norma de decisão situativa*, isto é, uma norma de decisão adaptada às circunstâncias do caso; (2) *formatação principal* de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de ‘concordância’, ‘balanceamento’, ‘pesagem’, ‘ponderação’ típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de ‘tudo ou nada’); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos.

Conforme Canotilho (2002, p. 1223), “Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.”

A importância da ponderação como técnica de interpretação – para aplicação do direito no caso concreto – advém da necessidade de se chegar a uma solução justa do problema posto, quando as outras técnicas hermenêuticas não se mostraram suficientes. É, portanto, um meio de solução do litígio. A justiça da solução baseia-se na visão pós-positivista, comentada anteriormente, e no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, pelo qual a construção de uma sociedade justa constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Barroso (2003, p. 32, grifo do autor) refere que:

A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a

supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

Percebe-se que essa tendência interpretativa não estabelece, de antemão, uma hierarquia entre os princípios colidentes. Apenas oferece ao julgador – ou operador do direito – uma forma de adequar a situação do caso concreto, preservando o máximo possível de cada um. O perigo inserido na ponderação – assim como de aplicação dos princípios em geral, e, particularmente, da dignidade da pessoa humana, que é o objeto central deste trabalho – reside na possibilidade de, em face da abstração da sua argumentação, servir como forma de arbitrariedade na sua aplicação, o que configuraria o oposto da sua intenção. Uma definição mais objetiva acerca da realização da ponderação se faz cada vez mais necessária.

Sobre isso, Barroso (2003, p. 33, grifo do autor) entende que:

A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias. É preciso demarcar *o que* pode ser ponderado e *como* deve sê-lo. A teoria dos princípios não importa no abandono das regras ou do direito legislado. Para que possa satisfazer adequadamente à demanda por segurança e por justiça, o ordenamento jurídico deverá ter suas normas distribuídas, de forma equilibrada, entre princípios e regras.

Na dicotomia interpretativa entre as regras e os princípios já ficou patente que estes possuem uma elasticidade maior do que aquelas. Os princípios, pelo seu grau de abstração, permitem que o julgador trabalhe com os seus conceitos diretamente nas peculiaridades do caso concreto. No entanto, como adverte Canotilho (2002), os princípios não permitem opções inteiramente livres do julgador que pretende concretizá-los, apenas lhe dão certa discricionariedade. O limite dessa discricionariedade é que deve ser descoberta. É um dos grandes desafios em matéria de Direito Constitucional, no futuro. Como já se disse, os novos

métodos de interpretação da Constituição, sem qualquer dúvida, estão impulsionando a incidência de atuação real das normas constitucionais na vida cotidiana dos cidadãos, o que é extremamente positivo, pois redonda na inclusão social de quem está marginalizado. Por óbvio que esse caminho ainda tem muito a ser trilhado, porém dá margem a subjetivismos por parte do aplicador que, se são inevitáveis nos dias atuais, e realmente o são em alguma escala, devem ser minimizados o máximo possível.

Barcellos (2003, p. 57-58) estabelece três etapas no processo de aplicação da ponderação. Na primeira, “se identificam os comandos normativos e as normas relevantes em conflito”. Nessa, as normas que identificam uma mesma solução devem ser agrupadas em um mesmo conjunto. “Na segunda fase, cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades”. Na terceira fase – fase da decisão – se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa. Diante da distribuição de pesos – e esse o diferencial da ponderação – será possível definir, afinal, o grupo de normas que deve prevalecer.”

Barcellos (2003) separa a ponderação em abstrato da em concreto. Em abstrato ocorre através de estudos feitos em tese, sobre casos previamente elaborados, que poderão servir de base para julgadores na ocorrência de casos semelhantes, como facilitadores. Em concreto ocorre segundo as peculiaridades do caso específico ao qual se está referindo, que pode ser mais detalhado do que a situação em tese. Segue a autora: “Uma vez que se proceda a uma ponderação em concreto, a solução adotada naquele caso poderá aprimorar o modelo geral formulado pela ponderação em abstrato” (BARCELOS, 2003, p. 66). A noção que se tem é de

evolução no modo e conteúdo de resolução de conflitos.

Em casos excepcionais se faz necessária a ponderação das regras. É o alerta que faz Barcellos (2003, p. 92), referindo que “é preciso reconhecer que há casos excepcionais, situações de ruptura, em que a aplicação da regra cria grave incompatibilidade com o sistema constitucional e, por isso, se admitirá a ponderação dos bens ou interesses que ela tutela de modo até mesmo a permitir sua não aplicação em um caso concreto”. Nesses casos, a autora propõe, como forma de compreensão e controle desta ponderação, os parâmetros da equidade e da imprevisão, esta pela verificação das peculiaridades do caso concreto, com o fim de dar uma solução de justiça. A imprevisão ocorre quando “a situação específica não estava nas cogitações razoáveis do legislador; não foi prevista por ele, pois, se o tivesse sido, a solução seria diversa.” (BARCELLOS, 2003, p 106).

Outro parâmetro mencionado pela autora para a ponderação, refere que “diante de um conflito que exija o recurso à ponderação, os direitos fundamentais, previstos pela Constituição, devem preponderar sobre os demais enunciados normativos e normas.” (BARCELLOS, 2003, p. 107). A autora justifica a sua posição, em primeiro lugar, pela escolha da Constituição de centralização na dignidade humana e direitos fundamentais. Diz que:

é absolutamente consensual na doutrina e na jurisprudência que a Constituição de 1988 fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade humana e, como uma sua decorrência direta, dos direitos fundamentais. Isso decorre de forma muito evidente da leitura do preâmbulo, dos primeiros artigos da Carta e do *Status* de cláusula pétrea conferido a tais direitos. Com efeito, não há autor, de direito público ou privado, que não destaque a dignidade da pessoa humana como elemento central do sistema jurídico, bem como sua superior fundamentalidade, se comparada a outros bens constitucionais. Há, portanto, uma justificativa normativa para o critério escolhido: a própria Constituição decidiu posicionar a dignidade humana e os direitos fundamentais como centro do sistema por ela criado. (BARCELLOS, 2003, p. 108-109, grifo do autor).

Após discorrer sobre o tema, a autora apontou que “Em qualquer caso o parâmetro significará que dentre as soluções possíveis que se chocam, deverá ser escolhida aquela que prestigie a realização da dignidade individual.” (BARCELLOS, 2003, p. 112).

Para isso, mais uma vez, deixa-se o posicionamento de que, embora necessária a busca de uma objetividade de critérios na interpretação e na aplicação das normas jurídicas, notadamente no tocante à ponderação, há um momento a partir do qual a subjetividade do julgador entra em cena de forma decisiva, segundo as particularidades que o compõem. Não se chegou, ainda – e nada garante que esse dia chegará – na condição de que a ponderação de princípios (e das regras para quem a admite) se faça de maneira objetiva. Esse entendimento não está isolado, tendo em vista o entendimento dos autores Barroso e Barcellos (2003, p. 341) de que “A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete”, relativamente à ponderação.

Para os autores,

No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 350).

Outro enfoque importante a ser mencionado no trabalho diz respeito ao método de solução de conflitos até aqui exposto, quando está envolvida, no litígio, relação de ordem privada. Para a compreensão do tema, é de lembrar que no primeiro capítulo ficou esclarecido que se entende, atualmente, que a proteção dos direitos fundamentais incide nas relações privadas, basicamente pelo prestígio por eles alcançado na nossa Constituição Federal,

relativamente ao caráter de imediatidade de aplicabilidade e por terem sido elevados à categoria de cláusula pétreia, exigindo a constituição de novo poder constituinte originário para a sua alteração.

O confronto entre a aplicação/proteção dos direitos fundamentais de um lado e a autonomia privada de outro exige, na jurisdição, a observação da ponderação, conforme o caso concreto. Resumidamente, o que se entende é que, em determinado litígio, sendo a relação mais ligada à esfera privada dos cidadãos, a tendência é prevalecer a autonomia privada. Mas, se o que estiver em jogo disser respeito mais a algo previsto como essencial ao ser humano, como saúde, educação, moradia, entre outros, a proteção dos direitos fundamentais deverá prevalecer.

Sarmiento (2003, p. 279) confirma o entendimento referindo que “podemos afirmar que o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão examinada.”

Por óbvio, essa tarefa do operador do direito não se afigura nada fácil e, como já mencionado em algumas passagens, implica o risco de decisões autoritárias, desvinculadas de fundamentação adequada, mesmo quando revestidas de boa-fé. Tanto é assim que Pereira (2003, p. 190) diz que:

Dessa breve explanação, é possível constatar que as ponderações de direitos fundamentais, quando envolvem relações privadas, assumem sempre um caráter complexo e multidimensional, já que costumam estar em jogo diversos valores: o direito supostamente lesionado, o princípio da autonomia privada, o direito à intimidade, o valor do pluralismo etc. Essa complexidade demonstra a necessidade de estabelecer-se parâmetros racionais e objetivos para informar a determinação dos limites da incidência dos direitos fundamentais no âmbito de relações entre particulares. Os elementos aqui

apontados não traduzem respostas definitivas e acabadas, mas, ao contrário, o que se buscou foi tão-somente desvelar a complexidade e riqueza do debate, bem como a necessidade de a teoria constitucional brasileira desenvolvê-lo e aprofundá-lo.

Mais uma vez, a pergunta que se impõe é a seguinte: será possível alcançar esses “parâmetros racionais e objetivos” de que fala a doutrinadora na incidência dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, na técnica da ponderação? Não há dúvida de que isso é o ideal, tornando cada vez mais democráticas as decisões judiciais. Ocorre, porém, que sabidamente as mudanças nas relações da sociedade são bastante dinâmicas. O que foi usual pouco tempo atrás não é mais hoje, e o que se faz hoje dificilmente permanecerá por muito tempo. É uma das características principais do nosso momento histórico. Nesse ritmo, com estabelecimento de critérios racionais e objetivos para a ponderação corre-se o risco de propiciar um engessamento indesejável e prejudicial do Poder Judiciário.

Tanto isso pode ser verdade que há pouco se falou que a ponderação pode ocorrer em abstrato e em concreto. Tivesse visibilidade a criação dos parâmetros comentados, a ponderação em abstrato esgotaria as soluções para os problemas sociais, bastando ao aplicador do direito a sua utilização no caso concreto. Mas não é isso que acontece. A riqueza nas relações sociais impõe ao julgador de determinado litígio que use a sua subjetividade na solução dos casos que lhe são postos. Não há dúvida de que o estabelecimento de “parâmetros racionais e objetivos” deve ser perseguido pelos estudiosos do direito, pois correta a sua necessidade. Mas, até que seja viável, não se poderá fugir, em alguma escala, da subjetividade do julgador. Logo, deverá o magistrado, no mínimo, estar consciente da sua responsabilidade e adequar-se em relação a ela. Como fazer isso é assunto para outro estudo, e será aqui apenas superficialmente mencionado no decorrer do presente trabalho.

Discussão existente, também, relacionada a esse tema, gravita em torno da sua realização. Se, havendo campo de proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas, é realizável pelo Poder Legislativo, no sentido de prever tais situações no ato legislativo, ou pelo Poder Judiciário, através das decisões proferidas.

Sarmiento (2003, p. 250-251) entende que:

a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. Assim, os juízes devem aplicar tais normas na resolução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e só podem afastar-se delas se lograrem demonstrar a sua inconstitucionalidade. Neste caso, pesará sobre eles o ônus da argumentação.

Na mesma linha, segue, em outro trecho, dizendo que:

Por tudo isso, tem-se entendido que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada. Esta ponderação, num Estado que 'leva a sério' a democracia, deve ser realizada primariamente pelo legislador. No entanto, na falta de norma, ou diante da sua inadequação em face dos valores constitucionais em jogo, a competência transfere-se para o juiz. (SARMENTO, 2003, p. 271).

Sobre esse método de concretização das normas constitucionais – a ponderação, Canotilho (2002, p. 1226, grifo do autor) ressalta que “é indispensável a *justificação e motivação* da regra de prevalência parcial assente na ponderação devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica”. Fica nítido, portanto, como referido acima, que a fundamentação das decisões judiciais que envolvam a técnica da ponderação é uma necessidade, em todos os seus passos, sob pena de caracterização de arbitrariedade e de desprezo, mesmo que involuntários, ao sistema jurídico. O fato de ocorrer um estudo *ad hoc* do caso concreto, para fins de aplicação do direito adequado, pela ponderação, não significa que o próprio direito em questão seja tomado

também como *ad hoc*. Além da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, consoante o mandamento do art. 93, IX, da Constituição Federal, o processo de ponderação de bens exige que o julgador demonstre como chegou à determinada decisão, ou seja, tomando por base o próprio método da ponderação, significa dizer que o julgador deverá indicar o caminho adotado para a atribuição de valores aos princípios colidentes e como os realizou.

A legitimidade das decisões judiciais nesta técnica está ligada à sua argumentação. É a chamada teoria da argumentação. Sem querer aprofundar o tema, até porque é passível de outro trabalho específico sobre isso, importante indicar os três parâmetros elementares de controle da argumentação mencionados pelos autores Barroso e Barcellos (2003). São eles: o apontamento de fundamentos jurídicos na decisão, não apenas retórica fática sobre o problema em questão; a possibilidade de universalização dos critérios adotados, para que possam ser utilizados em situações semelhantes; e a utilização de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional e princípios materiais propriamente ditos.

Citam-se como princípios instrumentais de interpretação constitucional o da supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade ou da proporcionalidade, efetividade. Os princípios materiais podem ser classificados de diversas maneiras. Barroso e Barcellos (2003, p. 365) os definem como fundamentais, gerais e setoriais, conforme a sua área de abrangência. Os fundamentais referem-se às principais decisões políticas do Estado, relativos à forma, regime de governo e de Estado, e também o da Dignidade da Pessoa Humana, “que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais”. Os gerais encontram-se na quase totalidade no art. 5º da Constituição Federal.

Os setoriais são os mais específicos.

Também nas decisões envolvendo a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas sente-se a necessidade de maior argumentação, no sentido de legitimar o entendimento a que se chegar. Sarmiento (2003, p. 261) refere que:

Já na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raríssimas exceções, estes julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, ainda não encontrou eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para a aplicação dos direitos humanos na esfera privada.

Outro ponto a ser mencionado nessa nova hermenêutica constitucional diz respeito ao chamado mínimo existencial, pelo qual há um espaço essencial de dignidade e respeito pessoal que deve ser preservado como base do sistema. A noção que se tem é de preservação de condições mínimas de sobrevivência e participação social de todos os integrantes de uma comunidade, importando elevar à condição ativa todos os atingidos.

Souza Neto (2003, p. 288), iniciando o estudo relacionado ao mínimo existencial, entende que “Princípios como os da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da separação dos poderes, do estado de direito etc. podem fornecer elementos normativos importantíssimos para se definir a quais direitos se deve imputar a jusfundamentalidade material, e em que medida isso deve ser feito”. O autor discorre sobre a problemática da normatização e da aplicação dos direitos fundamentais sociais. Sem a pretensão de examinar todas as teorias sobre o tema, lançamos apenas ao debate a polarização das posições adotadas por diversos doutrinadores, desde o entendimento de que a aplicabilidade é direta pelo Poder Judiciário, consoante o disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, até aquelas posições que

vislumbram apenas nas políticas públicas a solução dos problemas sociais, como saúde e educação, dentro da ótica da chamada reserva do possível, a serem realizadas pelos poderes Legislativo e Executivo.

Como alternativa ao problema, Souza Neto (2003, p. 310, grifo do autor) analisa a teoria do mínimo existencial, segundo a qual,

se encontra entre as duas outras posições extremas antes mencionadas. Em linhas gerais, o conceito de mínimo existencial serve à finalidade central de estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da *liberdade*, entendida como autonomia privada, i. e., os direitos sociais não são considerados *prima facie* direitos fundamentais: sua fundamentalidade é derivada da liberdade, esta sim, por si só, fundamental.

Segue Souza Neto (2003, p. 311): “A teoria do mínimo existencial parte, assim, do pressuposto de que fundamentais são só os direitos de primeira geração: os demais só podem sê-lo em decorrência da fundamentalidade destes”. Ainda: “Daí resulta que é uma prerrogativa do poder judiciário realizar a concretização dessa esfera mínima dos direitos sociais, independentemente das políticas públicas implementadas pelo executivo e pelo legislativo”. Por fim, ressalta que:

Essa teoria leva à conclusão de que, mesmo que a norma não possua todos os elementos formais para a atribuição de sua plena eficácia – como ocorre, p. ex., segundo José Afonso da Silva, com o direito à saúde – e independentemente de aferição de disponibilidade orçamentária, cabe ao judiciário, dentro dos limites do mínimo existencial, concretizá-la, já que estão presentes os elementos materiais necessários para tanto. (SOUZA NETO, 2003, p. 311-312).

Sobre concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, Souza Neto (2003, p. 323-324) refere que uma das críticas principais reside na falta de legitimação democrática do Poder Judiciário, pois o seu ativismo implica redistribuição de recursos – escassos – e que essa tarefa cabe essencialmente ao executivo e ao legislativo, que foram eleitos para isso.

Porém ele rebate tal crítica utilizando o mesmo princípio democrático, no sentido de que “se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia, então o Judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização dessa tarefa”. O autor faz um paralelo com o controle da constitucionalidade das leis pelo judiciário, no seguinte sentido:

se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade. (SOUZA NETO, 2003, p. 324, grifo do autor).

Para a concretização dos direitos sociais, Souza Neto (2003, p. 324) entende, portanto, que, como alternativas existentes, podem ser apontadas a teoria do mínimo existencial, no tocante aos “direitos sociais que configurem condições materiais da autonomia privada”, e a teoria democrático-deliberativa, relacionada às condições sociais de democracia, que “chama justamente a atenção para a necessidade de que o Judiciário possa concretizar, além desses, também os direitos sociais que são condições para uma participação igualitária na vida pública.”

A proteção do mínimo existencial não ocorre apenas mediante prestações positivas. A simples proibição de que violações a essa esfera de dignidade aconteçam já se consubstancia em concretização do mínimo existencial. Kloepfer (2005, p. 170) refere que:

A garantia jurídico-objetiva de um mínimo existencial material não exige, em todos os casos, prestações materiais no reconhecimento de direitos jurídico-subjetivos, mas que esta já pode ser concretizada, antes e em importantes âmbitos, no sentido jurídico-defensivo, por meio da proibição de intervenção no mínimo existencial. Assim, basta, em certas circunstâncias, a proibição de colocar em risco o mínimo existencial por meio de uma carga tributária insuportavelmente alta, sem necessidade de prestações materiais complementares.

Bonavides (2006, p. 425) aponta, ainda, o princípio da proporcionalidade como um dos métodos utilizados nessa nova era interpretativa das normas da Constituição Federal, sendo uma das suas aplicações mais proveitosas, podendo ser utilizada “toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória”, partindo do princípio da unidade da Constituição, sempre na solução do caso concreto.

Para o autor,

com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, o constitucionalismo mergulhou a fundo na existencialidade, no real, no fático, sendo contraditórias desse processo todas as Constituições que, por demasiado formalismo, põem a confiança de sua eficácia e normatividade na extensão do texto, na quantificação prolixa de artigos e parágrafos, como se esse fora o critério de qualidade dos estatutos fundamentais. (BONAVIDES, 2006, p. 424).

As técnicas acima examinadas são tidas neste trabalho como demonstrativos de que há uma preocupação atual dos estudiosos do Direito Constitucional na efetividade das normas constitucionais, no sentido de gerarem efeitos na vida real dos cidadãos. A via que se está trilhando é a da evolução na interpretação de tais dispositivos, com o fim de possibilitar a sua concretização, ou seja, que tomem densidade normativa suficiente para serem utilizadas como fundamentação nas decisões judiciais, até porque, como vimos, embora exista discussão sobre o tema, não há mais dúvidas de que pode o Poder Judiciário manifestar-se para preservar os direitos fundamentais das pessoas, o que decorre até do princípios do *non liquet*, e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de qualquer ato que importe em lesão ou ameaça a direito.

Tendo em vista que já se pacificou que a Constituição Federal de 1988 tomou por basilar a dignidade da pessoa humana e que esta faz parte do núcleo essencial de qualquer direito previsto no seu texto – e também fora dele –, imperioso verificar que as técnicas de

interpretação estudadas neste capítulo interligam-se na solução dos casos concretos, com vistas à inclusão social dos envolvidos, mas isso é matéria a ser examinada no próximo capítulo.

### **3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL**

#### **3.1 O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana configura-se, atualmente, em importante foco de discussões nas maiores academias do mundo. Estudiosos do tema buscam defini-la e delimitá-la com a finalidade de sustentar a sua efetivação no mundo da vida. Várias disciplinas visualizam a dignidade da pessoa humana, como a sociologia, antropologia e filosofia. As próprias ciências exatas participam da discussão quando necessário, como, por exemplo, a determinação do início da vida de uma pessoa. Há também visões teológicas acerca da dignidade. Sarlet (2004) demonstra que desde o Antigo e Novo Testamento há referências acerca da dignidade humana, seguindo o pensamento cristão, segundo o qual todos os homens foram criados à imagem e semelhança de Deus, o que originou o entendimento de que o homem possui um valor intrínseco que o diferencia dos demais seres vivos. Evoluindo, refere que:

A concepção de inspiração cristã e estoíca continuou a ser sustentada durante a Idade Média, tendo sido Tomás de Aquino quem expressamente chegou a fazer uso do termo 'dignitas humana', no que foi secundado, já em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, pelo humanista italiano Pico de Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, sustentou ser esta que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino. (SARLET, 2004, p. 111-112).

No presente estudo, todavia, o enfoque prioritário da dignidade humana será o jurídico, especificamente constitucional, principalmente como princípio e como fundamento de direitos e deveres fundamentais (SARLET, 2005). Por certo, não será possível fugir inteiramente dos conceitos interdisciplinares aos quais já se chegou e que serão postos neste capítulo, mas o interesse primeiro será o referido acima.

Outro esclarecimento necessário é o de que o conteúdo da dignidade da pessoa humana é tão debatido, notadamente na parte ocidental do planeta, pelo crescimento e pela valorização dos direitos humanos, como visto no primeiro capítulo. Por conseguinte, alguns conceitos já atingidos pela doutrina serão aqui mencionados, mas o direcionamento maior será com vistas ao direito brasileiro, segundo os ditames da Constituição Federal de 1988, a qual define a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>.

Estabelecido isso, cumpre verificar que a dignidade da pessoa humana é por essência um fundamento vago e abstrato. A sua definição é uma tarefa difícil de ser atingida, se é que é possível. A concretização da dignidade humana está diretamente ligada ao fato sobre o qual haverá a sua análise. Mas, genericamente, o que se pode dizer é que o entendimento atual predominante é o de que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca de todas as pessoas. Os autores Barroso e Barcellos (2003, p. 372) entendem que:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurada a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente de crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.

---

<sup>12</sup> Constituição Federal de 1988, art. 1º, inc. III.

A abstração da dignidade da pessoa humana deriva do fato de que ela pode ser vista sob diversos ângulos e formas, dependendo de quem faz a sua interpretação, seus valores pessoais, o local onde está situada com os seus usos e costumes, e a época vivenciada. O teor subjetivo da aferição do que seja dignidade humana é bastante grande. Uma mesma situação fática é vista de formas diferentes, segundo o local onde ocorre. Imagine-se a diferença de conceitos de dignidade humana das mulheres em países de religião islâmica, que devem andar com o rosto tapado, e no Brasil, sob o enfoque das liberdades pessoais. Obviamente a diferença é enorme. Sob o ponto de vista da época, veja-se a diferença de conceito de dignidade das pessoas da raça negra quando havia a escravidão no país e nos dias atuais. Mesmo que se saiba haver ainda preconceitos raciais, a dignidade individual dessas pessoas e a relação delas com a sociedade são completamente diferentes. Isso comprova que uma definição rígida do tema buscado, o seu conteúdo, é de difícil apreensão.

Porém, de forma nenhuma a imprecisão existente pode ser confundida com inexistência de conteúdo do que seja a dignidade da pessoa humana. Mesmo que não se possa dizer exatamente o que ela é, facilmente se percebe quando ela é violada. Vejamos um exemplo imaginário de uma criança negra não ter a sua matrícula permitida em uma escola (particular ou pública) por causa da cor da sua pele. Afora as questões criminais e indenizatórias cíveis, não há como negar que a atitude da escola fere gravemente a dignidade dessa criança. Outros exemplos poderiam ser citados, alguns mais nítidos, outros menos, mas o que interessa neste momento é deixar fixado o entendimento de que a dignidade da pessoa humana, por mais abstrata que seja, é real e faz parte do núcleo essencial que deve ser preservado em todos os seres humanos.

Sarlet (2005, p. 33) cita como um critério possível de verificação de respeito – ou a sua falta – da dignidade humana o apontado por Günter Dürig,

para quem (na esteira da concepção Kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.

Juridicamente, no Direito pátrio, a demonstração de que a dignidade integra esse núcleo essencial dos cidadãos se faz pelo art. 1º, III, da Constituição Federal. Não só por ser a dignidade considerada um fundamento da república brasileira, mas também pela sua colocação no texto, antecedendo a previsão dos direitos fundamentais, tanto os individuais quanto os sociais, políticos e os da terceira geração, denotando que a todos eles diz respeito e, à interpretação de todos eles deve servir de base, possibilitando a conformidade com a Constituição Federal e a sua unidade. Mas, a dignidade da pessoa humana não pode ser tida, isoladamente, como um direito fundamental, tanto que os antecede no texto constitucional. Ela é, na verdade, princípio norteador de todos os direitos fundamentais, é uma base principiológica desses direitos – talvez a principal.

Para Sarlet (2002, p. 73),

quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa. Por esta razão, consideramos que neste sentido estrito – de um direito à dignidade como concessão – efetivamente poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não é e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental.

A dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada aos direitos fundamentais, estudados no primeiro capítulo. Em relação a alguns deles, inclusive, a ligação é umbilical,

como o direito à vida, à liberdade e à igualdade. Esta última, pela sua importância, será tratada em item separado, quando se comentará a dimensão da dignidade humana sob o ângulo das relações sociais. Mas, quanto às duas primeiras, mesmo que rapidamente, necessário mencionar que a noção que se tem é de que aquilo se busca é uma vida digna e que seja acompanhada da liberdade necessária para ser plenamente vivida. O relacionamento da dignidade da pessoa humana com os direitos à vida e à liberdade será brevemente feito a seguir. A ligação com direito à igualdade, por estar envolvida em outra dimensão da dignidade, será examinada no item seguinte, com maior detalhamento.

A vinculação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais citados, porém, não é absoluta. A dignidade humana não se confunde com a vida humana, o que se nota por dois motivos principais. O primeiro é o de que estão previstas separadamente na Constituição Federal de 1988. A dignidade da pessoa humana como fundamento da república e a vida como direito fundamental, no art. 5º, “caput”, desse diploma legal, ou seja, a dignidade da pessoa humana é fundamento do direito à vida. Tanto é assim que – e aí aparece o segundo motivo – pode-se conflitar o direito à vida com a dignidade humana. Sem emitir juízo de valor sobre o tema, consigna-se apenas que há quem entenda que a vida de uma pessoa pode estar em confronto com a sua dignidade, como ocorre com quem está com morte cerebral detectada, sem possibilidade de voltar à consciência, por exemplo.

No tocante ao relacionamento da dignidade humana com o direito à liberdade, também não se pode entender que aquela se confunda com esta, e exista na sua medida. Maurer (2005, p. 78), confirmando o exposto, refere que “O Estado, ou a pessoa, pode respeitar a liberdade de outro sem, todavia, respeitar a sua dignidade. A dignidade exige, pois, a liberdade; mas a liberdade não é toda a dignidade”. Esse trecho demonstra que efetivamente não há confusão

entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade, apesar de intimamente relacionados.

Tanto numa situação quanto na outra a presença da dignidade é incontestável, como uma qualidade intrínseca de todo ser humano. A dignidade da pessoa humana independe da situação pessoal e da consciência da sua existência. Também não é relevante se a pessoa se comporta de uma maneira considerada digna pelo corpo social. Com isso, têm-se como dignos os deficientes mentais, as crianças e também os criminosos. Quanto a estes, não se pode confundir a dignidade a eles inerente com as ações por eles praticadas, que podem, sim, serem indignas<sup>13</sup>.

A dignidade humana está relacionada com o tratamento dado interna e individualmente pela pessoa, na sua relação com a sociedade e, por fim, com a evolução histórica e cultural no meio em que está relacionada. Essas podem ser definidas como as dimensões da dignidade humana, segundo Sarlet (2005), sendo a soma do conteúdo e do significado.

---

<sup>13</sup> Aqui se oportuniza uma reflexão do que se quer defender acerca da dignidade da pessoa humana. Sabidamente a sociedade brasileira está vivendo nos dias atuais um clima de brutal insegurança pública e aumento da criminalidade. Cada vez mais delitos de alto potencial ofensivo como homicídios, roubos e tráfico de entorpecentes estão ocorrendo. Os grupos de crime organizado demonstram desrespeito com os poderes constituídos. Nesse contexto, nitidamente se percebe uma exigência por parte da sociedade de maior rigorismo da legislação e do Poder Judiciário com as condutas criminosas. Essa exigência cresce em matéria de execução criminal e disciplina no sistema prisional. A sensação que se tem é de que se postula a exacerbação da pena além do seu aspecto privativo da liberdade – neste tipo de pena – com a realização de verdadeiros maus tratos aos apenados. Ocorre que a Constituição Federal dispõe que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, não haverá penas de morte, em regra, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento, nem cruéis. Ainda, que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. E, acima de tudo isso, continua sendo fundamento de toda essa legislação a dignidade humana. Com isso, quando uma pessoa perde a sua liberdade em virtude de uma condenação criminal, após responder ao devido processo legal, por mais revoltante que seja o fato praticado, a pena não deve ser maior, mais grave do que a privação da liberdade. Mesmo para essa pessoa, deve ser garantido o respeito à sua dignidade, pois ele não a perde, e garantidos todos os direitos fundamentais não restringidos pela pena aplicada.

Esse, então, o entendimento adotado aqui, no sentido de ser a dignidade humana uma qualidade inerente a todos, independentemente da sua condição pessoal. Para a continuação do trabalho, e também nas passagens anteriores dos capítulos precedentes, esse é o posicionamento tido como em consonância com o nosso tempo. Parte-se, portanto, daqui. Qualquer entendimento que determine restrição da noção defendida poderá incidir, *mutatis mutandis*, na teoria denominada proibição de retrocesso.

### 3.2 A igualdade entre os homens

Outra característica importante a ser comentada sobre a dignidade da pessoa humana é a sua relação com o princípio da igualdade, no sentido de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”<sup>14</sup>.

Ilustra-se a existência de inter-relação entre o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana com a transcrição do art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. Aqui, além da noção de igualdade entre os homens, aparece a limitação de atuação individual em relação ao outro, preservando e respeitando os seus direitos.

A igualdade entre os homens impõe que uns respeitem aos outros, inclusive na sua dignidade, sendo a segunda dimensão mencionada por Sarlet, como referido acima. Esse mesmo autor demonstra que “No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em

---

<sup>14</sup> Art. 5º, “caput”, da Constituição Federal de 1988.

si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade” (SARLET, 2004, p. 112). Essa característica vincula o Estado e a comunidade social, servindo a dignidade humana como limite de terceiros no respeito à dignidade individual, e ela também obriga a que se tomem medidas necessárias que garantam o seu respeito. Nos termos do autor citado:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade e geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção. (SARLET, 2005, p. 32).

Nesse sentido, a ligação do princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da igualdade aparece como basilar para a integração de todo o ordenamento jurídico, iniciando pela unidade da Constituição Federal, que elegeu a dignidade humana como um dos seus fundamentos. Farias (2000, p. 69), inclusive, refere que “o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais ... dá a unidade e coerência aos direitos fundamentais”. Para o fiel cumprimento da Constituição Federal, vale dizer, para que saiam do papel as suas previsões com a profundidade que merecem, imperioso admitir que o tratamento de todos deve ser igual.

Sarlet (2002, p. 43) leciona que:

[...] a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma

igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.

Além da consideração individual, interna, da dignidade humana, a nossa Constituição Federal obriga a que o Estado não só respeite a dignidade das pessoas através de atitudes negativas de não intervenção em aspectos relacionados aos seus direitos fundamentais, embasados na dignidade humana, mas também garanta que a dignidade dos seus cidadãos seja preservada.

A igualdade dos cidadãos em dignidade obriga a que o Estado e também a sociedade em geral tratem todos de forma equivalente. Há uma necessidade de que haja paridade de soluções para problemas da mesma ordem. Por óbvio, a riqueza de detalhes que circundam os fatos ocorridos no cotidiano de uma sociedade faz com que os tratamentos jurídicos sejam a eles adaptados e, de certa forma, pode-se até dizer que nenhum fato é igual a outro. Mas, tão certo quanto isso é a possibilidade de que se trace um norte comum para fatos que possuam a mesma característica fundamental, excepcionando-se apenas o que variar de um para o outro.

Confirmando a necessidade de paridade de tratamento a todos, por serem todos iguais e, nessa medida, exigirem proteção contra violações a esse mandamento, Sarlet (2002, p. 56) entende que:

a dignidade da pessoa humana (assim como os próprios direitos fundamentais), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e é também por esta razão que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade.

Segue o autor, referindo-se à necessidade de respeito mútuo entre os integrantes da sociedade em face do princípio da igualdade conjugada com a dignidade da pessoa humana:

Assim, se da dignidade – na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento dos direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também, em *ultima ratio* por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas. (SARLET, 2002, p. 115, grifo do autor).

No início do capítulo frisou-se que a definição da dignidade da pessoa humana era tarefa difícil, senão impossível. Agora, como os comentários feitos, cabe uma citação de Sarlet (2005, p. 33) no sentido de que

Com base no que até agora foi exposto, verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo possível da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, alcançar uma definição precisa do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa e não se deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade apenas em face do caso concreto, como, de resto, é o que ocorre de modo geral com os princípios e direitos fundamentais.

Mesmo assim, Sarlet (2002) enfrentou a questão e lançou um conceito de dignidade da pessoa humana que lhe pareceu abranger todos os aspectos a ela relativos. O autor define como 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 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 a participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 62).

Sem prejuízo de eventuais exceções ou mutações do conceito exposto, tendo em vista o caráter modificativo do entendimento do que seja dignidade da pessoa humana dependendo da época em que é vista e também do local onde atua, não há como deixar de atribuir valor significativo ao conceito. Isso porque sem estancar os limites da sua compreensão, o autor deixa nítido o que deve ser preservado em termos de dignidade humana e como verificar quando ocorre uma violação. Menciona a necessidade de respeito por parte do Estado e da comunidade, relacionando-o com a noção de igualdade – o que por certo envolve reciprocidade – e refere a existência de medidas assecuratórias contra atos “degradantes e desumanos”, bem como a necessidade de preservação de condições mínimas de existência “saudável”, além da participação ativa no ceio da sociedade (SARLET, 2002).

A completude do conceito formulado impõe que se o adote nos dias atuais. Como será abaixo referido, na atuação jurisdicional, não se chegou ainda a uma condição de objetividade suficiente do conceito de dignidade da pessoa humana para que se possa aplicá-lo nas decisões judiciais imune a valorações subjetivas por parte do julgador, segundo as suas circunstâncias pessoais. Porém, o conceito citado proporciona parâmetros delimitados acerca da dignidade da pessoa humana que em muito ajudará na argumentação do juiz nas decisões proferidas no caso concreto e que, mesmo contendo carga subjetiva, ocasionará uma decisão eminentemente jurídica na solução do litígio.

### **3.3 A dignidade da pessoa humana como limite à autonomia da vontade e respeito aos direitos fundamentais**

Nas relações privadas também já se viu que há possibilidade de incidência dos direitos fundamentais, inclusive e prioritariamente para a sua proteção. A ponderação realizada deve

levar em consideração a relação entre a prevalência da autonomia privada e a lesão ao direito fundamental dos envolvidos no exame do caso concreto. Há uma relação de prejudicialidade entre eles. Um restringe o outro. Quanto maior for a influência da esfera privada na situação, menor será o campo de atuação dos direitos fundamentais<sup>15</sup>.

Também aqui a dignidade da pessoa humana deve ser visualizada como fundamento e base para qualquer caso concreto. Tanto é assim que Sarmiento (2003, p. 255) entende que:

A própria compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana – principal objetivo de uma ordem constitucional democrática – permaneceria incompleta. Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa.

A dignidade da pessoa humana impõe, ainda, uma limitação, um respeito à esfera de proteção dos direitos fundamentais. Sarlet (2002, p. 123) refere a existência de uma dupla função do princípio comentado:

---

<sup>15</sup> Um exemplo pode elucidar melhor o que se quis dizer: tome-se a relação entre um pai e o seu filho em duas situações diversas. Na primeira, há uma proibição paterna de que o filho assista a programas de televisão após as 22 horas. Na segunda, a proibição paterna é de que o filho receba transfusão de sangue por crenças religiosas. Chegando ambas ao Poder Judiciário – por qualquer via possível – e exigindo uma decisão, nitidamente a proteção da autonomia privada na primeira situação deve prevalecer, pois é uma relação interna na família o modo de educação do seu filho, e esse aspecto prevalece sobre a liberdade deste último. Já na segunda situação, a conclusão surge diferentemente. Incide o direito à saúde do filho como prevalente sobre a crença do pai. A proteção da integridade física do filho deve ser prestigiada e, portanto, maior é aqui o campo de atuação do direito posto em causa.

À vista do exposto, verifica-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre, ao menos na perspectiva ora versada, dupla função. Com efeito, sendo também parte – ainda que variável – integrante do conteúdo dos direitos fundamentais (ao menos, em regra), e para além da discussão em torno de o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas. Todavia, cumpre relembrar que o princípio da dignidade da pessoa também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes.

No mesmo sentido, continua o autor citado a fundamentar o seu entendimento de que pela dignidade da pessoa humana devem ser respeitados os direitos fundamentais, para quem

Para além dos aspectos já referidos, convém não esquecer a dupla dimensão negativa e positiva da dignidade da pessoa. Assim, se na sua condição de direito de defesa não se deverá jamais aceitar uma violação da dignidade pessoal (ou, pelo menos, de seus elementos nucleares), mesmo em função de outra dignidade, pelo prisma positivo (ou prestacional) verifica-se que não há como deixar de admitir – inclusive em se cuidando de direitos subjetivos a prestações – a existência de uma larga margem de liberdade por parte dos órgãos estatais a quem incumbe a missão, para além de respeitar (no sentido de não violar), de proteger a dignidade de todas as pessoas, bem como de promover e efetivar condições de vida dignas para todos. (SARLET, 2002, p. 144).

Todos esses elementos denotam que a dignidade da pessoa humana deve ser vista, ao lado do que foi visto nos dois itens anteriores, como base principiológica dos direitos fundamentais também nas relações privadas. Como decorrência, esse princípio confere uma limitação à esfera da autonomia privada dos cidadãos. A separação do direito em público e privado caracteriza-se cada vez mais inadequada nos dias atuais, e essa diminuição de importância reflete-se no assunto aqui tratado. Sabidamente a vida atual, de intensa relação, caracteriza-se nitidamente pelas relações massificadas, onde qualquer ato, além da repercussão imediata na individualidade de quem o praticou, possui certa influência na vida comunitária, que tanto pode ser federal, estadual ou municipal, dependendo da sua intensidade.

Nesse contexto, o desrespeito a direitos fundamentais, que reduzem o indivíduo à condição de objeto e, portanto, afetam a sua dignidade humana, ocorrem cada vez mais frequentemente<sup>16</sup>, também aqui com intensidades diferentes. Consoante o disposto nos parágrafos do art. 5º da Constituição Federal, cuja interpretação leva à conclusão de que os direitos fundamentais devem ser preservados inclusive no tocante às relações privadas, não se pode perder de vista que a proteção pode ser buscada e deve ser proporcionada pelos entes estatais, entre eles o Poder Judiciário, como forma de preservar a dignidade humana dos seus cidadãos.

Nas relações privadas, portanto, também há espaço para a atuação do juiz na solução dos casos concretos, segundo os ditames dispostos nos direitos fundamentais, através dos quais a dignidade dos envolvidos deve ser reconhecida e protegida – não proporcionada porque o ser humano já a tem – nas decisões judiciais. A utilização desse argumento sempre foi mais realizada na esfera pública, até porque as noções de direitos fundamentais iniciaram como forma de proteção dos cidadãos contra atos do Estado, realizados pelos seus soberanos. A importância desse item reside, assim, na fixação de que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana existem nas relações privadas das pessoas, às quais a doutrina até aqui comentada possui imediata aplicação.

### **3.4 A ponderação judicial nas decisões concretas e o direito a uma existência material mínima**

Na era pós-positivista da Ciência Jurídica em que estamos vivendo, com a valorização dos princípios na interpretação das normas constitucionais, aos quais se atribui normatividade

---

<sup>16</sup> Alguns exemplos que podem ser citados são as ações indenizatórias contra instituições financeiras ou aquelas que afetam os cidadãos nas suas condições de consumidores.

jurídica, cuja intensidade depende do exame do caso concreto, na chamada ponderação dos valores conflitantes para se chegar ao direito aplicável à situação, a dignidade da pessoa humana aparece como basilar em todo o sistema.

Leva-se em consideração que a ponderação deve ser feita sob a ótica de que cada um dos princípios avaliados deve ser preservado no máximo da sua possibilidade, mesmo que outro lhe seja prevalente. A valorização desses princípios deve ser feita, portanto, visualizando-se as condições mínimas de sobrevivência do cidadão, vale dizer, o mínimo existencial da pessoa, que garanta a preservação da sua dignidade.

Essa realidade surge da percepção de que a Constituição Federal de 1988 nitidamente buscou privilegiar em importância os direitos fundamentais, como foi visto no primeiro capítulo. Por isso, razão assiste à doutrina de Häberle (2005, p. 128), para quem

Uma Constituição que se compromete com a dignidade humana lança, com isso, os contornos da sua compreensão do Estado e do Direito e estabelece uma premissa antropológico-cultural. Respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional.

Mesmo referindo-se ao art. 1º, § 1º, da Lei Fundamental alemã, a doutrina citada aplica-se ao nosso ordenamento porque, como mencionado, a Constituição Federal brasileira também elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Com esse comprometimento, a dignidade da pessoa humana, por si ou como base de valoração para os direitos fundamentais, adquire papel importante e necessário para a

concretização dos direitos previstos constitucionalmente na vida dos cidadãos. Para Maurer (2005, p. 86), “A dignidade da pessoa humana deve ser assim respeitada tanto como princípio moral essencial como enquanto disposição de direito positivo. Respeitar a dignidade do homem exige obrigações positivas”. A mesma autora arremata dizendo que, para a lei, o mais importante é condenar os atos e as atitudes que se contraponham à dignidade humana, e não se preocupar em definir o que ela é. A autora menciona o papel da lei, mas o mesmo pode ser dito em relação à jurisdição, até porque cabe ao Poder Judiciário reparar abusos ou omissões estatais que violem a dignidade humana, considerada essa isoladamente ou por qualquer dos direitos fundamentais.

Na jurisdição, a Constituição Federal está consagrada como posicionada no topo da pirâmide na hierarquia das normas jurídicas, tanto que Steinmetz (2001, p. 164-165) confirma que o princípio da dignidade da pessoa humana está “consagrado expressa ou tacitamente em todas as constituições democráticas contemporâneas” e que se verifica, na dogmática dos direitos fundamentais, formulações que identificam, na dignidade da pessoa, o núcleo essencial desses direitos, além de que não se consegue satisfazer as previsões dos direitos fundamentais quando os poderes públicos violam o seu conteúdo essencial, transformando o titular em objeto. Além disso, pela abstração do conceito de dignidade da pessoa humana, Steinmetz (2001, p. 165, grifo do autor) entende que:

A rigor, noção menos vaga sobre a dignidade da pessoa humana apenas é possível *in concreto*, principalmente, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, direitos portadores do conteúdo ‘dignidade humana’, mas que, no caso concreto, dado o caráter principal das normas conferidoras de direitos fundamentais, tem pesos relativos.

Em face disso, não há como deixar de perceber que a ponderação dos valores contidos nos direitos fundamentais somente pode ser feita se a atribuição desses valores tiver como pano de fundo o entendimento possível de dignidade da pessoa humana, segundo o caso

concreto e os parâmetros contidos no conceito proposto por Sarlet (2002), transcrito acima. Sobre isso, Barroso (2003, p. 36) afirma que dois princípios despontam no Brasil em termos de importância para a aplicação e a utilização da ponderação. O primeiro é o da razoabilidade.

O segundo – a dignidade da pessoa humana – ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

Para a racionalidade das decisões judiciais na aplicação da ponderação já se estabeleceram alguns parâmetros. No segundo capítulo foram expostas as três fases necessárias para a fiel utilização desse método de interpretação das normas constitucionais, notadamente os princípios, mas também sendo possível em relação às regras. Expôs-se, ainda, que os princípios possuem normatividade suficiente para serem usados nas fundamentações das decisões proferidas nos casos concretos, e que a dignidade da pessoa humana serve como fundamento para a interpretação desses direitos. Ou seja, em última análise, a ponderação exige uma intensa compreensão do que seja dignidade da pessoa humana, caso contrário corre-se o risco de que as decisões judiciais contenham citações vagas e imprecisas, beirando a superficialidade.

Ao lado da ponderação, o princípio da proporcionalidade deve ser visto também como instrumento de interpretação e de solução de litígio difíceis, perfeitamente aplicável pelos julgadores na jurisdição. Tanto é assim que Bonavides (2006, p. 434) entende que:

No nosso ordenamento, o princípio da proporcionalidade deve ser prestigiado como princípio vivo, prestante, protetor do cidadão contra excessos perpetrados pelo Estado em relação aos seus direitos fundamentais, devendo extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.

Cada vez mais há no mundo jurídico, e na sociedade atual, uma exigência de que a atuação jurisdicional seja simples, principalmente no tocante à linguagem escolhida. Prolixidade e textos rebuscados, recheados de termos complexos, de pouco entendimento popular, há muito deixaram de ser sinônimos de conhecimento jurídico e de competência profissional. Ao contrário, o volume cada vez maior da demanda judicial impõe que se simplifiquem os procedimentos e também as decisões judiciais. Porém, isso não significa que essas decisões, que devem estar em consonância com o tempo atual, sejam desprovidas de fundamentos jurídicos. Vale dizer, a simplicidade exigida das decisões judiciais não permite que essas decisões sejam simplórias. E, o embasamento das decisões sob o fundamento da dignidade humana deve levar em consideração todos os fatores até aqui estudados, sob pena de tornarem-se desprovidas da profundidade exigida.

Outro risco existente na divulgação da dignidade da pessoa humana, como fundamento possível nas decisões judiciais, é a sua vulgarização, mas não no sentido positivo, com todo o conteúdo possível, e sim no negativo, como forma apenas de transformar os conceitos que o julgador quiser usar da forma que melhor lhe convier. Nesse sentido é que as decisões judiciais de simples transformam-se em simplórias, além de falaciosas, pois tornam-nas mais políticas – segundo os entendimentos do julgador – do que jurídicas.

Apesar de tudo isso, a própria abstração inerente aos sistemas de interpretação surgidos no pós-positivismo faz com que em certo grau sempre ocorram escolhas subjetivas por parte do julgador, tanto que Sarlet (2002, p. 129) ensinou que:

A partir do exposto, assume relevo aspecto que, não obstante seu cunho elementar, não pode ser desconsiderado, qual seja, o de que a dignidade, ainda que não se a trate como o espelho no qual todos vêem o que desejam, inevitavelmente já está sujeita a uma relativização (de resto comum a todos os conceitos jurídicos) no sentido de que alguém (não importa aqui se Juiz,

legislador, administrador ou particular) sempre irá decidir qual o conteúdo da dignidade e se houve, ou não, uma violação no caso concreto.

De tudo isso, conclui-se que a utilização responsável da dignidade da pessoa humana na ponderação exige, também, a preservação de um mínimo existencial de condições de sobrevivência dos cidadãos. Por certo que também aqui a determinação do que seja esse mínimo existencial somente pode ser feito segundo a subjetividade do julgador, mas não isoladamente, nem com a liberdade desprovida da necessidade da sua demonstração. Na mesma medida em que o conceito de dignidade da pessoa humana é abstrato, mas identificável quando essa é ferida, a preservação do mínimo existencial também se torna mais identificável no caso concreto. Barroso (2003, p. 38-39) aponta que “O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental”. O autor menciona, ainda, a necessidade de se incluir o acesso à justiça como parte integrante desse mínimo. A observação que se faz pertinente é de que, na medida em que está normatizada a dignidade da pessoa humana, deve ser aplicada, acarretando a conseqüente preservação de condições mínimas de existência.

Assim, têm-se como estabelecidos os parâmetros possíveis de utilização do princípio da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais. No próximo item, tenta-se demonstrar a vinculação de tudo o que foi até aqui estudado com a sua efetiva transformação em direitos e cidadania da população nacional, notadamente a mais carente, como forma de proporcionar maior inclusão social.

### **3.5 O papel do Juiz na minimização das desigualdades com objetivo de inclusão social e efetivação da cidadania**

Estabelecido assim que a dignidade da pessoa humana embasa toda ordem de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e que, a partir deles, estabelecem-se os valores relativos às normas constitucionais, notadamente os princípios, para a concretização dessas normas na era atual, resta verificar em que medida poderá o Poder Judiciário, por seus juízes, contribuir legitimamente na transposição dos direitos previstos na Constituição Federal para o cotidiano da vida dos cidadãos.

Como referido em diversas passagens do texto, a previsão dos direitos fundamentais possui intensa função negativa, de pautar a atuação estatal. O Poder Legislativo, no sentido de evitar que sejam elaboradas leis que estejam desconformes com os ditames constitucionais, ou seja, estabelece um limite na atuação do legislativo.

Em relação ao Poder Executivo, as normas relativas aos direitos fundamentais também contribuem para a administração pública, principalmente pela validade do princípio da legalidade, um dos mais importantes na esfera em questão. Serve como parâmetro de administração, não podendo ser tomada qualquer medida que fira a dignidade humana de quem estiver a ela submetido.

Esse sentido negativo também afeta o Poder Judiciário, que deve ser o responsável pelo controle da constitucionalidade das leis. Barroso (2003, p. 40) ensina que “se um dado preceito produzir, in concreto, um efeito anti-isonômico ou atentatório à dignidade da pessoa humana, não deverá ser aplicado. A constatação da inconstitucionalidade do resultado de uma

dada incidência não interfere com a validade geral da norma.”

Mas, não havendo a devida atuação de qualquer desses poderes, ou ocorrendo-a de forma a restringir direitos da população, cabe ao Poder Judiciário a reparação dessas lesões. É o seu papel ativo que deve ser verificado. Em diversas passagens do texto constitucional observa-se essa possibilidade<sup>17</sup>. Ademais, no nosso sistema judicial não é necessário esgotar as vias administrativas antes de ajuizar uma ação judicial. O Poder Judiciário constituiu-se, nos dias atuais, no último e no primeiro caminho, ao mesmo tempo, buscado pela população para a satisfação dos seus direitos. Incrivelmente, pode-se dizer que é o último recurso porque, sabidamente, é na sua esfera de competência em que podem ser solucionados alguns problemas, mesmo os que envolvem o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e, por consequência, a sua dignidade. É também o primeiro porque, mesmo antes de procurar os órgãos que poderiam proporcionar as soluções administrativamente, muitos jurisdicionados ajuízam diretamente as ações judiciais correspondentes. É uma situação bastante comum atualmente.

Com essa responsabilidade, não há mais como fugir do fato de que a nossa sociedade atual está em grande proporção dependente do que se entender judicialmente – das decisões judiciais – para a implementação dos direitos previstos legislativamente. É hora de perceber a influência que o Poder Judiciário tem na construção do espaço ao qual fizemos parte. Para isso é que se mostra importante bem compreender o conteúdo e o alcance do princípio objeto deste estudo, constituído em fundamento de todo o nosso ordenamento.

---

<sup>17</sup> Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Também os incisos LXVIII e LXIX, referentes ao *habeas corpus* e mandado de segurança, por exemplo.

Nesse sentido, o papel do Juiz nos dias de hoje não se resume mais apenas em dar uma solução juridicamente viável para o processo no qual está trabalhando. O foco principal deve ser transferido para o litígio em si, tanto nas relações interpessoais, com predomínio da autonomia da vontade, quanto nas relações entre os cidadãos e o Estado, pois sobre todos eles a dignidade da pessoa humana incide e deve ser prestigiada. O Juiz deve ter em mente sempre, em qualquer decisão, das mais simples às mais complexas, que, em algum nível, a dignidade humana dos envolvidos está presente. Sarlet (2002, 61) defende que:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Todos os aspectos referentes às normas jurídicas devem ser interpretados sob o viés da dignidade humana. Como normas com alto grau de abstração, os princípios reveladores dos direitos fundamentais têm a possibilidade de abranger todas as circunstâncias que envolvem o ser humano. Barroso (2003, p. 38) entende que a dignidade da pessoa humana “representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar”. Ou seja, nitidamente se percebe que o princípio estudado é um poderoso instrumento para a transformação social, na qual os seus pertencentes efetivamente façam parte e desempenhem papel ativo. Para isso, como forma de colaboração, talvez a principal, basta que o Judiciário tome em suas mãos e assuma a responsabilidade que lhe foi atribuída e reclamada pela sociedade.

Confirma-se o exposto acima com os ensinamentos precisos e sábios de Dallari (1996, p. 36), para quem: “Nas sociedades democráticas modernas, submetidas ao império do direito, a proteção dos direitos humanos no caso de grave ameaça, como também o castigo dos responsáveis por toda ofensa a esses direitos, é tarefa que incumbe ao Poder Judiciário de cada Estado.”

O mesmo doutrinador, acima citado, ainda ensina que a proteção dos direitos humanos, e dentre eles o da dignidade, exige comprometimento efetivo dos juízes na realização da justiça. Segue Dallari (1996, p. 39): “Quanto aos juízes e à proteção judicial, é necessário reconhecer que sem juízes bem informados, conscientes de sua responsabilidade social e verdadeiramente comprometidos com a justiça, será quase impossível obter uma proteção real dos direitos humanos.”

Além do comprometimento, os juízes necessitam também de algumas virtudes que os tornem capazes de desempenhar o papel exigido. Mais uma vez torna-se imprescindível referir as lições de Dallari (1996, p. 43) sobre o tema:

Em conclusão, são muitos os obstáculos para difundir em todo o mundo o império do direito e para que não exista mais a impunidade dos violadores de direitos humanos. Esses obstáculos não são intransponíveis, mas para superá-los é necessário trabalhar permanentemente, com determinação e coragem, sem desânimo nem transigências, cabendo à magistratura papel ativo na busca desse resultado. Essa é a tarefa que deve ser assumida por todos os juízes realmente empenhados em que o mundo tenha justiça para que possa viver em paz..

A correção envolvida em tudo o que foi mencionado está diretamente ligada ao modo como essa doutrina é encarada e utilizada pelos julgadores. Bilhalva (2005) rechaça a possibilidade de discricionariedade judicial no processo de concretização jurisdicional das normas constitucionais. Em síntese, a autora comenta que a discricionariedade envolve um

campo muito amplo de atuação através do livre entendimento do operador, segundo o tradicional binômio conveniência e oportunidade. No caso da concretização das normas constitucionais, o julgador, à luz do caso concreto, possui, para ela, uma margem residual de livre apreciação, o que é inegável, mas que não se confunde com discricionariedade, até porque é controlada por intermédio da jurisprudência, no sentido de amadurecer o entendimento das questões jurídicas acabando por torná-las mais objetivas.

Refere a autora que:

O processo de concretização jurisdicional não envolve a possibilidade de discricionariedade judicial em sentido estrito, eis que o ponto de vista pessoal do julgador não vale como decisivo, inexistindo um verdadeiro espaço de livre apreciação, mesmo diante da presença de conceitos jurídicos indeterminados, visto que a norma constitucional não contempla várias alternativas passíveis de escolha a critério do julgador, com base em valorações pessoais, mas, sim, um certo espaço de significação dentro do qual o intérprete e aplicador do direito se moverá mediante atividade plenamente vinculada. (BILHALVA, 2005, p. 111).

Porém, segundo Bilhalva (2005), a concretização das normas para aplicação em determinado caso concreto faz com que os juízes determinem o seu conteúdo e o seu alcance, mediante a incorporação da realidade de que se trata, exercendo um papel criativo, na medida em que o conteúdo da norma interpretada só fica completo com a sua interpretação.

Bilhalva (2005) faz uma rápida diferenciação entre as correntes interpretativista e não-interpretativista. Na primeira, o juiz exerceria apenas a vontade do legislador identificando-a pela semântica contida na norma, sem espaço de criação jurisdicional. Na não-interpretativista, o julgador aparece como realizador da justiça através da valoração das normas, sem desprezar a vontade do legislador nem a semântica do texto. Relaciona-se notadamente às normas abertas e indeterminadas, que exigem a concretização jurisdicional para adquirirem efetividade.

Para a autora,

caso se conceba a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios nem sempre determinados, que reclama a concretização jurisdicional para vivenciá-la em todos os contextos possíveis, concretização esta controlável por via de motivação das decisões judiciais, a corrente adotada é a não-interpretativista. (BILHALVA, 2005, p. 121).

Bilhalva (2005, p. 122) entende que a atividade do julgador na concretização jurisdicional não seria a de um legislador positivo, “desde que o processo se afigurasse legítimo, isto é, a atividade fosse desenvolvida de forma plenamente vinculada”, esclarecendo que essa vinculação ocorre se à significação da norma não são estendidos efeitos a ela não contemplados. Segue a autora, dizendo que:

É por isso, aliás, que se diz que o limite da concretização jurisdicional consiste exatamente no texto da Constituição escrita, texto este compreendido com todo o seu espaço de jogo de significação. Portanto, se a concretização jurisdicional da norma não importar em alteração do texto, estar-se-á diante de concretização judicial legítima, e não se poderá cogitar de atuação de juiz como legislador positivo. (BILHALVA, 2005, p. 123).

A diferença é importante na medida em que se buscam decisões de cunho jurídico e não político, e a atribuição de criatividade jurisdicional na concretização de normas, com o fim de conceder-lhes a máxima eficácia possível, ocasiona o risco de que o subjetivismo do julgador direcione a decisão de forma política, segundo as suas convicções pessoais e ao momento factual em que se vive. “Nesse ponto, quanto ao medo das decisões jurisdicionais ditas políticas, impende asseverar que não terão cunho político aquelas decisões que estiverem de acordo com os princípios e as regras do sistema jurídico, sobretudo constitucionais.” (BILHALVA, 2005, p. 124).

O sistema proposto pela autora apresenta-se imune de reparos, tornando absolutamente possível a diferenciação das decisões políticas e jurídicas, o que, antecipando-se a essa

verificação, proporcione segurança ao aplicador de saber proferir uma decisão eminentemente jurídica. Ocorre, por outro lado, que a prática jurisdicional muitas vezes torna complexa essa diferenciação. Por outra, como é que o julgador despir-se-á da sua condição de cidadão e do dever de estar bem informado sobre as questões da sua sociedade e do mundo no momento da decisão? Bilhalva (2005, p. 124) sintetiza que o julgador deve proferir suas decisões de “acordo com os princípios e as regras do sistema jurídico, sobretudo constitucionais”. Mas, possuindo os princípios, por essência, um certo grau de abstração, que permite a sua ponderação com outros, o que se fará, obviamente, atribuindo-se valor aos seus significados e, sendo o julgador a pessoa que, diante do caso concreto, fará essa valoração, será muito difícil nesse espaço, nessa “margem residual de livre apreciação” (2005, p. 111), que o juiz não trabalhe segundo suas convicções e circunstâncias pessoais. E, sendo isso verdadeiro, não se distancia muito o fato de que na valoração dos princípios para a solução de um caso concreto, a síntese não ocorra segundo a lógica do julgador. Leva-se em consideração o fato de que o ato de julgar é eminentemente individual, mesmo que a decisão final ocorra por colegiado, mas esta será apenas a soma das decisões individuais de quem o integrar<sup>18</sup>.

Também sobre isso aparece o princípio da proporcionalidade como importante meio utilizável pelo julgador na pacificação dos conflitos com a preservação do respeito aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. Por ele, cresce a responsabilidade do julgador, pois a ampliação de possibilidades pode acarretar o

---

<sup>18</sup> Um exemplo do que se está falando foi o que ocorreu no mês de maio de 2006 no Estado do São Paulo em que o conhecido grupo do crime organizado PCC – Primeiro Comando da Capital, supostamente pela atuação de líderes presos, de dentro das casas prisionais, começou uma série de ataques a policiais e a instalações dos poderes constituídos, notadamente Delegacias de Polícia, além de rebeliões em presídios, em clara subversão à ordem social e politicamente estabelecida. Instalou-se um estado de caos e pânico. Diante desse quadro, no julgamento dos envolvidos, e mais especificamente na aplicação da pena na fase de valoração das circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal pátrio – ao qual incidem os princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana, por irradiarem efeitos sobre toda a legislação infraconstitucional – será que o julgador não levará em consideração o que aconteceu? E, em assim o fazendo, não será a comprovação de que há um componente político importante nas decisões judiciais?

desvirtuamento das atribuições típicas do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo, e burla o princípio da separação dos poderes. Porém, como já referido acima, a limitação do poder do juiz e a sua manutenção na esfera estritamente jurídica se dão na medida em que permanecer o exame dos casos concretos e fundamentar suas decisões sob a luz das normas contidas na Constituição. Bonavides espelha tal situação com brilhantismo invulgar. Para o autor,

O emprego do critério de proporcionalidade pode resultar sem dúvida no grave risco de um considerável reforço dos poderes do juiz, com a conseqüente diminuição do raio de competência elaborativa atribuída ao legislador.

Mas, em verdade, esse risco se atenua bastante quando o princípio da proporcionalidade, como via interpretativa, entra em conexão com a chamada 'interpretação conforme a constituição'. (BONAVIDDES, 2006, p. 426).

Por tudo isso, está muito claro que há instrumentos na Constituição Federal e na doutrina que permitam que decisões sejam proferidas com caráter eminentemente jurídico, com bastante objetividade e precisão, inclusive no que diz respeito à utilização da dignidade da pessoa humana como fundamento.

É aí que reside, basicamente, a possibilidade de o Poder Judiciário contribuir fundamentalmente na construção de uma sociedade justa, o que, aliás, é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, segundo o disposto no art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, na medida em que permite que os direitos fundamentais sejam inseridos na realidade vivenciada por aqueles que estão à margem da sociedade produtiva, incluindo-os no seu contexto. É um caminho viável para a construção de uma cidadania possível.

Corrêa (2002, p. 19) entende, sobre a formação do saber e da cidadania, que “Cabe ao direito enquanto regulador da conduta social propiciar as condições de possibilidade de sua

efetiva concretização em termos de igualdade, dignidade e solidariedade humanas”. Essa passagem confirma que a dignidade da pessoa humana está, no dias de hoje, segundo a visão moderna do direito, diretamente ligada ao respeito que se pode ter dos direitos fundamentais da população e na sua transformação em efetivos cidadãos.

O meio defendido pode ser considerado, sim, como uma alternativa de auxílio no desenvolvimento social, na medida em que, quanto mais digno for o povo, mais desenvolvido será. Bedin (2002, p. 74) afirma que:

O subdesenvolvimento, como todos sabem, é um dos maiores entraves ao reconhecimento e respeito pelos direitos do homem, notadamente pelos direitos econômicos e sociais, pois gera, por um lado, uma legião de excluídos e marginalizados e, por outro, um Estado autoritário, ineficaz e dependente dos países ricos.

A atividade jurisdicional está ligada, vinculada portanto, aos direitos fundamentais. O respeito a essa categoria de direitos é básica para a prestação da justiça. Segundo Canotilho (2002, p. 446, grifo do autor), “Os tribunais, porém, não estão apenas ‘ao serviço da defesa de direitos fundamentais’; eles próprios, como *órgão do poder público*, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais.”

Por fim, cabe ainda uma breve reflexão de que, apesar de intensa, a responsabilidade do Poder Judiciário na efetivação da dignidade humana e de que este papel lhe é inerente, a busca pela cidadania efetiva de todos os participantes de uma sociedade exige que todos dêem a sua parcela de contribuição. Essa função não é exclusiva do Poder Judiciário, embora seja esse um dos atores principais. É função também dos demais poderes, de suas instituições e da sociedade de um modo geral. Todos devem possuir a consciência de que uma nação desenvolvida, que respeita os direitos de seus integrantes e preserva-lhes a dignidade, somente

se construirá com a colaboração de todos, cada um naquilo que poder prestar. Espíndola (2002, p. 288) refere que:

É preciso que em cada petição, em cada arrazoado, em cada parecer, em cada sentença, em cada discussão parlamentar, em cada conjunto de intenções político-administrativas, em cada aula, em cada discurso público, em cada momento da vida política individual e comunitária, os princípios constitucionais e a Constituição sejam compreendidos como as grandes trincheiras e espadas históricas construídas para a salvaguarda dos grandes valores éticos, políticos e jurídicos que protegem o homem e a sociedade contra a ação antidemocrática e inconstitucional de poderes arbitrários, autoritários e pseudolegitimados pelas circunstâncias e interesses políticos que nem sempre se amoldam aos fins e valores constitucionais.

Há, enfim, a necessidade de que a população esteja envolvida nesse movimento, até para que o Poder Judiciário tenha um norte real para saber que sociedade é que se quer ter e, utilizando os instrumentos acima estudados, possa, com responsabilidade, com humildade e com sabedoria, criar condições de desenvolvimento e de inclusão social dos que estão marginalizados, preservando e garantindo o que eles já têm e que ninguém poderá lhes tirar, que é a dignidade humana. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário, não dar dignidade às pessoas, pois essas já a têm, mas trabalhar para que ela não seja desrespeitada e tenha a mesma intensidade para todos.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho permitiu verificar o que a doutrina contemporânea vem entendendo sobre o constitucionalismo atual, notadamente no tocante à questão da interpretação. Por meio de pesquisa bibliográfica de livros e de revistas jurídicas principalmente, chegou-se ao que foi proposto no início do trabalho.

Passou-se pelos direitos fundamentais dos seres humanos, e percebeu-se, a partir da pesquisa, que a sua importância é crescente, tanto em termos de organização interna dos Estados quanto internacionalmente. É o reflexo do mundo globalizado que cada vez mais deixa de ser composto por núcleos isolados – estados soberanos – para transformar-se em blocos, cuja composição varia de acordo com o seu objetivo: econômico, comercial ou até de preservação ambiental. Esse crescimento é notado também pelo surgimento das gerações dos direitos fundamentais. Com as revoluções liberais do século XVIII, apareceram os da primeira geração, de cunho individual. Em torno do século XX, apareceram os da segunda geração, coletivos. E no final do século passado, com o impulsionamento proporcionado pelos meios de comunicação, surgem os da terceira geração, relativos a toda a humanidade, chamados por Canotilho (2002) de “direitos dos povos”. Um dos seus exemplos clássicos é o da proteção ao meio ambiente, que atravessa as portas dos Estados para atingir todo o planeta. Outras gerações de direitos fundamentais existem de acordo com a classificação que se fizer.

A classificação em três foi a utilizada neste trabalho por refletir melhor organização na sua elaboração.

Em termos de direitos fundamentais, ainda, buscou-se estudar a forma como são protegidos constitucionalmente e a sua inserção na Constituição Federal pátria, de 1988, concluindo-se que estão dispostos na nossa Constituição Federal de maneira privilegiada, não apenas pelo extenso rol dos explicitamente previstos, notadamente nos artigos 5º e 7º, como também na forma de aplicação, que é imediata, consoante o § 1º do art. 5º, com a possibilidade de agregar outros não explícitos, §§ 2º e 3º do art. 5º, e a impossibilidade de serem abolidos por emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Nesse quadro aparece a dignidade da pessoa humana, prevista como fundamento da República Federativa do Brasil, constituído em Estado Democrático de Direito, servindo de base para a interpretação das normas constitucionais, notadamente referentes aos direitos fundamentais.

Após, partiu-se para o estudo de um novo paradigma do Direito, chamado de pós-positivismo, que resgata valores, como a ética e a justiça, e os reintroduz nas noções de Direito. Por ele, os princípios constitucionais ganham força normativa de preponderância e, através desses princípios, conceitualmente abstratos e de utilização maleável, estabelecem-se teorias de aplicação das normas constitucionais visando à implementação do conteúdo dos seus dispositivos na vida cotidiana dos cidadãos. Busca-se fazer com que a Constituição deixe de ser apenas um escrito em papel e se transforme em efetivo meio de inclusão social.

Algumas teorias são estudadas, como a da ponderação e do mínimo existencial, assim como a utilização do princípio da proporcionalidade e de outros de cunho constitucional. Aborda-se, ainda, a aplicação de toda essa doutrina nas decisões judiciais, fazendo do Poder Judiciário um forte colaborador nesse movimento de emancipação social.

Por fim, introduziu-se, na discussão, a dignidade da pessoa humana. Primeiro, verificando o seu real significado e a sua relação com os direitos fundamentais e os demais princípios válidos na Constituição Federal. Após, o modo como se introduz nos métodos de interpretação constitucional estudados – ponderação e mínimo existencial – e, derradeiramente, o papel do Juiz na transposição das normas constitucionais para o cotidiano dos cidadãos.

Concluiu-se que, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, o fortalecimento das normas constitucionais como efetivas normas de conduta é um poderoso instrumento – provavelmente o principal – de real transformação social. Pelo respeito às normas constitucionais é que a população poderá obter a efetivação dos seus direitos e, a partir daí, obter espaço social no qual estará perfeitamente incluída e onde poderá exercer plenamente a sua cidadania.

Mesmo que esse respeito deva ser cumprido pelos agentes políticos de todos os poderes, é no Judiciário que a responsabilidade aparece em maior grau, uma vez que, atualmente, todo e qualquer litígio acaba lá sendo resolvido. Em decorrência, é chegada a hora de os membros desse Poder perceberem a sua real responsabilidade atual e determinarem-se de acordo com ela, zelando, assim, pela correta aplicação das normas comentadas.

No presente trabalho procurou-se colaborar também no sentido de fazer ver que a aplicação da dignidade da pessoa humana, por si ou como base para outros princípios ou direitos fundamentais, deve ocorrer nas decisões judiciais, mas de forma criteriosa e responsável. Mesmo que em certo grau ainda estejamos presos no subjetivismo do julgador, esse subjetivismo pode ser limitado pela utilização dos métodos estudados. Na mesma proporção em que a dignidade da pessoa humana deve ser prestigiada nas decisões judiciais, deve ser evitada a sua utilização de forma vil e simplória, despida de argumentação sólida que efetivamente demonstre a sua correção.

Se conseguirmos esse desiderato, certamente estaremos dando um grande passo para a construção de uma sociedade igualitária e que tenha, como seus integrantes, cidadãos ativos.

A dignidade da pessoa humana, portanto, vista de forma correta e responsável na aplicação pelo Poder Judiciário, é, sim, importante meio de inclusão social e de implemento da cidadania.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49-118.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327-378.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos - a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-184.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61-87.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação constitucional sob princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 119-192.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193-284.

SEELMANN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45-59.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 285-325.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roberto A. R. *Direito, poder e opressão*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

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

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Colección Estudios Alemanes, 1997.

ALMEIDA, Maria Cristina de. Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná*, n. 30, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

BACUGALUPO, Enrique. O significado dos direitos humanos no moderno processo penal. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 99, p. 281-292, set. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BULGARELLI, Waldírio. *Problemas do direito brasileiro atual: ensaio sobre o direito em ação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CABEDA, Luiz Fernando. *A justiça agoniza: ensaio sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no poder judiciário*. São Paulo: Esfera, 1998.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Peligrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: RT, 1991.
- COSTA, Elcias Ferreira da. *Analogia jurídica e decisão judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.
- DIAS, Handel Martins. Reflexões sobre a dimensão transnacional dos direitos fundamentais e a “grundnorm inglesa”. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 94, p. 87-104, jun. 2004.
- DIFFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do estado constitucional democrático de direito. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 95, p. 161-184, set. 2004.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Jurisdição constitucional estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da federação brasileira. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 96, p. 321-376, dez. 2004.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O acesso à justiça, a afirmação da dignidade humana e o exercício da cidadania. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 99, p. 235-242, set. 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos: uma idéia, muitas vozes*. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans; MACHADO, João Baptista. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

MARTINS, Leonardo. Da vinculação do poder judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 98, p. 161-194, jun. 2005.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, funções e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. El derecho fundamental a no ser discriminado por razon de sexo. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 95, p. 287-340, set. 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 98, p. 303-332, jun. 2005.

MELGARÉ, Plínio. A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do Direito Privado. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 94, p. 227-250, jun. 2004.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. A jurisdição constitucional e a emenda constitucional 45/04. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 98, p. 41-66, jun. 2005.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 2. tiragem. São Paulo, 1994.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 98, p. 105-150, jun. 2005.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 99, p. 259-280, set. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Karine de Souza. *Globalização e exclusão social*. Curitiba: Juruá, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (em) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica, uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (“übermassverbot”) à proibição de proteção deficiente (“untermassverbot”) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 99, p. 21-40, set. 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 98, p. 333-368, jun. 2005.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 94, p. 105-132, jun. 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)