

**RODNEI JAIME PAZ**

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O CARÁTER  
COMPLEXO DA SUA CONCRETIZAÇÃO EM FACE DA TENSÃO ENTRE  
DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO**

**Dissertação apresentada como requisito  
parcial para a obtenção do grau de  
Mestre em Direito, Faculdades  
Integradas do Brasil – UniBrasil.**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo  
Schier**

**CURITIBA  
2009**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**RODNEI JAIME PAZ**

### **O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O CARÁTER COMPLEXO DA SUA CONCRETIZAÇÃO EM FACE DA TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier  
Programa de Pós-Graduação em Direito – UniBrasil.

Membros: Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon  
Programa de Pós-Graduação em Direito – UniBrasil.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet  
PUC/RS.

Curitiba, 24 de abril de 2009

P348

Paz, Rodnei Jaime.

O princípio da dignidade da pessoa humana: o caráter complexo da sua concretização em face da tensão entre democracia e constitucionalismo / Rodnei Jaime Paz. – Curitiba: 2009.

viii, 254p.; 30 cm.

Orientador: Paulo Ricardo Schier

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil –

UniBrasil,

Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Dignidade da pessoa humana. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 341.272

*Para Cindy.*

## AGRADECIMENTOS

À Miriam J. Skrabe Paz, minha querida mãe, que mesmo longe dos olhos continua a exercer sua influência e amor angelical sobre a minha vida. Minha homenagem também a Jaime A. Paz, meu honrado pai, pelo seu extraordinário exemplo de dedicação e superação, que estimo sobre tudo na vida.

À Cindy, minha querida mulher, mais uma vez, aqui, minha expressão de gratidão pela sua compreensão e incentivo nos tempos difíceis. Com efeito, nada parece complicado demais quando se está ao seu lado, nem mesmo os rigores da produção científica, pois sua alegria e atitude positiva contagiam todos a sua volta. A ela, meu amor e carinho!

Minha gratidão também aos meus pequeninos filhos David (3 anos) e Mirian (5 anos), pela simples e bela razão de sua existência. Sua alegria de viver, descobrir e se encantar com o mundo são uma fonte constante de inspiração em minha vida. Também eles tiveram a sua dose de contribuição para esta dissertação. Agora que acabou, enfim é hora de trocar os livros pelo *Hot Wheels* e as *Barbies*!

Meu reconhecimento, ainda, ao meu assistente Elizeu Toporoski pela sua valiosa colaboração. E, finalmente, à mente brilhante do meu orientador Professor Dr. Paulo Ricardo Schier, que com sua lucidez intelectual tornou possível a realização deste trabalho.

Este é tempo de partido  
Tempo de homens partidos (...)  
As leis não bastam.  
Os lírios não nascem da lei.  
*Carlos Drummond de Andrade*

Se as coisas são inatingíveis... ora!  
Não é motivo para não querê-las...  
Que tristes os caminhos, se não fora  
A presença distante das estrelas!  
*Mário Quintana*

A scene in heaven after the battle of Thermopylae, 480 BC:  
The GREEK: But thou art dead, Leonidas. Why dost thou even  
among the dead feel so great a hatred of the Persians?  
LEONIDAS: The love of liberty dies not.

## RESUMO

O presente trabalho visa compreender o caráter complexo da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, em face da tensão entre democracia e constitucionalismo. Parte-se da premissa de que devido ao seu elevado valor político-filosófico e do seu potencial emancipatório, há um fenômeno de super-difusão desse princípio no meio jurídico. Observa-se, de modo geral, que muitas vezes os intérpretes aplicam diretamente esse princípio na resolução de casos concretos, sem levar em consideração o ordenamento infraconstitucional que regula a matéria, em prejuízo do papel do Legislador. Este quadro, parece ter se agravado com o surgimento do assim denominado (neo)constitucionalismo, que tem como alguns de seus elementos centrais a sobreposição da Constituição e dos princípios sobre a teoria da interpretação, e a ponderação como método de racionalização do direito. Diante desse novo cenário, evidencia-se a supremacia judicial como opção epistemológica (neo)constitucional, pois o juiz passa a dizer a última palavra sobre a Constituição, por meio da interpretação moral e política de conceitos indeterminados como a dignidade humana. Com base nessas premissas e, tendo em vista o atual momento (neo)constitucionalista no pensamento jurídico, postula-se dois desafios centrais a serem enfrentados: (re)conciliar o constitucionalismo com a realidade sócio-econômica do país, e (re)conciliar o constitucionalismo com a democracia, por conta da dificuldade contra-majoritária dos juízes ao exercerem a *judicial review*. Além disso, busca-se compreender como pode operacionalizar-se o projeto emancipatório capitaneado pela dignidade humana, na esteira das normas compromissárias do texto constitucional, sem que a jurisdição lance mãos de competências legislativas. Obteve-se como resultado dessa pesquisa a necessidade de estabelecerem-se padrões variáveis de ativismo e contenção no exercício da função jurisdicional, conforme contribua para o fortalecimento da democracia. Ademais, pleiteia-se o resgate da lei como fonte do direito, ao prestar-se uma necessária deferência ao papel do Legislador no momento de aplicar o direito. Assim concebida, pelo menos a princípio, a decisão jurisdicional não teria legitimidade para preencher todo o conteúdo material do princípio da dignidade da pessoa humana, mas apenas o seu espaço interno com estrutura de regra, devendo o restante do seu campo de indeterminação ser preenchido pelo pluralismo político, em homenagem à democracia.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Jurisdição constitucional. Democracia. Constitucionalismo. Ativismo judicial. (Neo)constitucionalismo. Legislador.

## ABSTRACT

This paper aims to understand the complex nature of sedimentation of the principle of human dignity for the sake of the tension between democracy and constitutionalism. It is a premise that because of its high political-philosophical and its emancipatory potential, there is the phenomenon of fast high-spreading of such term and meaning in the legal environment where this principle is had. It is, in general, often the interpreters who directly apply this principle in resolving specific cases, without taking into account the infraconstitutional raking regulating the matter; in the detriment of the role of legislature. This picture seems to have been aggravated by the emergence of the so-called (neo)constitutionalism, which has as its central features some of the overlaps of the Constitution and the principles on the theory of interpretation, and of balancing as a method of streamlining the law. In this new scenario, it becomes clear that the judicial supremacy option is for epistemological (neo)constitutionalism, because the judge is going to have the last word on the Constitution, through interpretation of the moral and political concepts of human dignity as indeterminate as they are. Based on these assumptions and in the view of the current moment (neo)constitutional in the legal thought, two central challenges are postulated in the sense of being faced, as a need: (re)concile constitutionalism to the socio-economic reality of the country, and (re)concile constitutionalism to democracy, on account of the counter-majoritarian difficulty of judges to exercise judicial review. Also, it is attempted as in the need of understanding how this project can be operationalized as emancipatorily focused on human dignity, in the lead of the rules that compromise the Constitutional Text, without the jurisdiction's letting go off legislative powers that compete to itself. It was obtained as a result of this research the need for setting up variable patterns of activism and restraint in the exercising of judicial review as to contribute to the strengthening of democracy. Moreover, it is demanded redemption of the law as a source of the law system, when providing a necessary deference to the role of the legislature creator at the time of applying the law. Once designed, at least in principle, the constitutional court would not have standing to fill all the material content of the principle of human dignity, but only its internal space structure of rule, the rest of its field of indeterminacy may be filled by political pluralism, in tribute manner as to democracy.

Key words: Dignity of the human person. Constitutional jurisdiction. Democracy. Constitutionalism. Judicial activism. Counter-majoritarian difficulty. (Neo)constitutionalism. Legislature.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vii
<b>ABSTRACT</b> .....	viii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM DESAFIO A SER ENFRENTADO</b> .....	5
1.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO (O) FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (?).....	6
1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALGUMAS POSSÍVEIS CONEXÕES.....	11
1.3 A SUPER-VALORIZAÇÃO DA EFICÁCIA INTERPRETATIVA DA DIGNIDADE HUMANA.....	15
1.4 CONTEÚDO E CONCEPÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	22
1.5 SUPER-DIFUSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: IMPLICAÇÕES NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO E JURISPRUDÊNCIA.....	46
1.6 A PROBLEMÁTICA DA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA: ANÁLISE DE UM CASO PARADIGMÁTICO.....	59
<b>2 ANÁLISE, CRÍTICAS E REFLEXÕES SOBRE OS ELEMENTOS CENTRAIS DO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL</b> .....	62
2.1 CONCEPÇÃO DE NORMA JURÍDICA FUNDADA NA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.....	72
2.2 A PROPOSTA DA PONDERAÇÃO COMO MODELO HERMENÊUTICO EM TEMPOS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO.....	76
2.3 ANÁLISE CRÍTICA DA LEITURA ARGUMENTATIVA DA PONDERAÇÃO.....	83

2.4 A SUPREMACIA JUDICIAL EM FACE DA ESTRATÉGIA EPISTEMOLÓGICA (NEO)CONSTITUCIONAL.....	92
2.5 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CENÁRIO ARCAICO DA REALIDADE SOCIAL.....	100
2.6 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: UM NECESSÁRIO DIÁLOGO A CERCA DA POSSIBILIDADE DA SUA INTER-RELAÇÃO.....	114
<b>3 ACESSO DIREITO AOS PRINCÍPIOS <i>VERSUS</i> MEDIAÇÃO DO LEGISLADOR.....</b>	<b>137</b>
3.1 RECONTEXTUALIZAÇÃO DO INVENTÁRIO DOUTRINÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	137
3.2 O PAPEL DA LEI NA DENSIFICAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	139
3.3 UMA NECESSÁRIA DEFERÊNCIA AO PAPEL DO LEGISLADOR EM FACE DO IDEAL DEMOCRÁTICO.....	157
3.4 CONCEITOS INDETERMINADOS E O CONTROLE JUDICIAL MAIS RIGOROSO.....	174
3.5 CRITÉRIOS PARA UMA COMPREENSÃO DEMOCRÁTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	193
3.6 TOMADA DE POSIÇÃO FRENTE À MANUALÍSTICA NACIONAL FORMADORA DE JURISTAS.....	210
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>230</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>236</b>

## INTRODUÇÃO

Depois de um longo período de sonegação dos direitos fundamentais que culminou com a Segunda Guerra Mundial e os horrores praticados pelo movimento nazi-fascista, a humanidade, de modo geral, passou por um período de (re)descoberta do seu valor epistemológico e de consolidação do ser humano como centro da atividade político-estatal. Na esteira de tal processo evolutivo, de afirmação histórica da pessoa humana, impregnou-se de eticidade e valoração o ordenamento jurídico, que passou a ser o catalisador do ideal de justiça e equidade.

Assim, se no quadro positivista o ordenamento jurídico era indiferente aos valores éticos, e preocupava-se unicamente com a ótica formal legalista, no cenário do Segundo Pós-Guerra inaugurou-se uma nova fase em que o sistema normativo passa a ser invadido pelos princípios e valores inerentes à cidadania, culminando com a superação do ofício da lei em favor da sobreposição da normatividade constitucional.

Desde então, observa-se uma crescente e vertiginosa ascensão da importância dos princípios no sistema normativo, especialmente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, apontado por alguns doutrinadores, como corolário dos direitos fundamentais e supra-sumo dos valores esculpidos no texto constitucional. O fato é que nos dias que correm esse princípio tem sido elevado a um *status* de transcendência, passando a compor um dos principais elementos da teoria da interpretação jurídica.

Ocorre que devido ao caráter vago e abstrato do termo “dignidade humana”, a sua super-valorização e difusão no meio jurídico não se dá sem prejuízos à desejável segurança e estabilidade do direito e, quando aplicado indiscriminadamente, pode representar uma séria ameaça à democracia. Isto porque, ao aplicarem esse princípio, muitas vezes, os juízes valem-se da sua própria bagagem histórico-cultural e preenchem o seu conteúdo de acordo com a sua própria “concepção” de dignidade. Dessa forma, não raras vezes, o processo democrático que legitimou o ordenamento infraconstitucional é deixado de lado, e o intérprete vale-se da sua própria perspectiva

interna para fixar as conseqüências jurídicas que decorrem daquele preceito fundamental.

Por isso, em linhas gerais, pode-se afirmar que esta pesquisa tem como objetivo *lato sensu* investigar a natureza complexa da concretização jurisdicional do princípio da dignidade da pessoa humana, em face da tensão entre democracia e constitucionalismo. Busca-se, dessa forma, descobrir de que forma este postulado pode contribuir para o processo de emancipação social dos brasileiros, sem que a sua eficácia jurídica autônoma comprometa o valor democrático. Com esse propósito, busca-se, igualmente, compreender a sua relação com o sistema normativo, especialmente no que tange à ordem infraconstitucional, de tal forma que a sua eficácia contribua para a potencialização do ideal democrático na perspectiva do (neo)constitucionalismo.

Neste ínterim, o capítulo um pretende apresentar os desafios a serem enfrentados pelo intérprete no momento de aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, busca identificar algumas correntes doutrinárias que podem estar contribuindo para o fenômeno de super-difusão e valorização desse princípio como fundamento dos mais diversos tipos de demanda judicial, e como elemento decisivo na interpretação de questões do maior interesse nacional. Nessa mesma linha, destacam-se os posicionamentos doutrinários que apontam o princípio em tela como (o) fundamento da República, elemento comum de todos os direitos fundamentais, e principal referencial axiológico no processo hermenêutico. Além disso, procura-se demonstrar os desencontros doutrinários e jurisprudenciais em torno da delimitação e preenchimento do conteúdo normativo da dignidade humana.

No capítulo dois, por sua vez, busca-se relacionar essa ascensão do humanismo com o marco histórico do assim denominado (neo)constitucionalismo. Frisam-se os elementos fulcrais desse novo paradigma jurídico, ao mesmo tempo em que se estabelece um breve paralelo com o positivismo. Neste novo quadro, delineiam-se os principais elementos caracterizadores do pós-positivismo, dentre eles: a supremacia da Constituição, a força normativa dos princípios, a aproximação do direito com a moral, a distinção entre regras e princípios, o método da ponderação de

bens, a coexistência de uma pluralidade de valores, bem como a onipotência judicial nesse **novíssimo** direito constitucional.

É neste contexto, pois, que se apresentam críticas contundentes à ponderação como ferramenta jurídica hermenêutica, à ascensão do Judiciário como órgão detentor da última palavra em termos constitucionais, e ao próprio ordenamento jurídico que passa a representar mais um problema do que a solução. Daí a parte final do capítulo abranger dois desafios principais a serem enfrentados pelo (neo)constitucionalismo: (re)conciliar o constitucionalismo com a realidade sócio-econômica do país, e (re)conciliar o constitucionalismo com a democracia, por conta da dificuldade contra-majoritária dos juízes ao operarem a *judicial review*.

Todas essas questões, diga-se de passagem, são analisadas na perspectiva da atuação da jurisdição constitucional, a fim de identificar o seu verdadeiro papel na efetivação do projeto emancipatório capitaneado pela dignidade humana, na esteira das normas dirigentes e compromissórias do texto constitucional. Nesta quadra, entre os extremos do ativismo e da contenção judicial, busca-se um meio-termo, optando-se por uma espécie de ativismo moderado de cunho funcional, que baliza a sua atuação por meio de critérios diferenciados, visando salvaguardar o regime democrático.

Finalmente, em face da prática cada vez mais comum no meio jurídico, de recorrer-se diretamente aos princípios para resolver-se praticamente qualquer tipo de demanda, como que “saltando” por sobre as regras, no terceiro capítulo questiona-se e busca-se delinear o verdadeiro papel da mediação do Legislador nesse novo paradigma jurídico. Pois, se o acesso direto aos princípios e a ponderação dela decorrente tem sido a tônica do movimento pós-positivista, questiona-se a (in)utilidade do ordenamento infraconstitucional como veículo de regulação social e elemento vinculante da interpretação jurídica.

A partir desses questionamentos, busca-se resgatar o papel da lei como fonte do direito, optando-se pela deferência ao papel do Legislador como legítimo representante popular para a adequada conformação da Constituição. Neste diapasão, procura-se estabelecer a contribuição da lei no processo de densificação dos princípios,

especialmente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os limites e possibilidades do seu controle judicial mais rigoroso.

Com base nas formulações precedentes, procura-se ainda estabelecer alguns critérios objetivos que podem contribuir para uma aplicação mais democrática do princípio em tela, que favoreça a intervenção do Legislador e as suas opções políticas, sem abrir mão do seu potencial emancipatório, e da sua concretização autônoma pelos juízes.

Por derradeiro, uma vez constatado que os juízes, por meio de uma atuação mais respeitosa em relação aos atos do Legislativo, continuam sendo os agentes capazes de fomentar o ideal democrático, optou-se por investigar a sua formação profissional, a fim de verificar se eles têm sido adequadamente preparados para atuar como verdadeiros mediadores do jogo democrático. Para tanto, fez-se uma abordagem manualística do princípio da dignidade humana, por reconhecer-se que os manuais acabam sendo os principais aportes doutrinários em nível de graduação e preparação para o ingresso na carreira da magistratura.

Ademais, registre-se que não se pretende aqui estabelecer respostas definitivas para estas questões tão intrincadas e complexas que repousam no centro nevrálgico do (neo)constitucionalismo. Noutra viés, pretende-se, isso sim, destacar alguns possíveis caminhos para a construção de alternativas mais viáveis para a consolidação da democracia, em um cenário de luta pelos direitos sonegados à imensa maioria da população.

## 1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM DESAFIO A SER ENFRENTADO

No poema épico *Odisséia*, de HOMERO, conta-se que ULISSES atracou na ilha da deusa CIRCE, que predisse todos os perigos que teria que enfrentar até o seu retorno a Ítaca, especialmente na região da ilha das Sereias. CIRCE advertiu que o canto das sereias, com suas maviosas vozes, tinha o poder fatal de atrair os marinheiros para as rochas de sua ilha. Então, seguindo as instruções da feiticeira, quando a embarcação finalmente chegou àquela ilha, o herói Odisseu tampou os ouvidos de toda tripulação com cera, e foi ele próprio amarrado ao mastro, a fim de que pudesse ouvir a doce canção, sem ser atraído por ela. Ao navegar por aquelas águas, ouviu-se o irresistível canto das sereias: "venha para perto, ULISSES". Desesperadamente, ele gritou para seus homens o soltarem, mas eles remaram resolutamente para frente, afastando o perigo<sup>1</sup>.

Este conto da mitologia grega parece ilustrar o que se passa no oceano do direito atualmente. O famoso e irresistível canto das sereias parece ser o discurso jurídico voltado para a dignidade da pessoa humana. Todos os que ouvem essa canção sentem-se fatalmente atraídos por ela, perdem, muitas vezes, sua racionalidade, e vão a sua direção ignorando todos os perigos. Não se quer com isso dizer que o canto da dignidade humana não seja mesmo irresistível, nem que não seja uma bela melodia. Quer-se tão somente ilustrar que os que navegam pela ilha da dignidade da pessoa humana, não navegam por águas tranquilas, mas também enfrentam perigos, e necessário é que tomem algumas precauções.

Portanto, este primeiro capítulo tem por objetivo apresentar alguns dos perigos ou desafios que cercam o princípio<sup>2</sup> da dignidade da pessoa humana. Para isso,

---

<sup>1</sup> Sobre a travessia de Ulisses pela ilha das sereias, ver Canto XII de HOMERO. **Odisséia**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. Registre-se que Odisseu (na Grécia) ou Ulisses (em Roma) é o mesmo personagem da *Ilíada* e da *Odisséia* de Homero.

<sup>2</sup> Quanto à natureza dos princípios em geral, registre-se que estes constituem a “*expressão primeira dos valores fundamentais*” expressos pelo ordenamento jurídico, *informando materialmente* as

primeiramente destacam-se alguns elementos que podem estar diretamente associados ao fascínio que esse princípio exerce sobre os operadores jurídicos de modo geral. Posteriormente, procura-se demonstrar algumas dissonâncias que existem em torno da dogmática da dignidade humana, o que faz com que a sua compreensão se torne um desafio a ser enfrentado.

## 1.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO (O) FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (?)

Depois de mais de duas décadas de Regime Militar<sup>3</sup>, o Brasil passou por um profundo processo de (re)democratização, no qual a preocupação com os ideais humanos serviu como resposta ao período de totalitarismo que marcou os anos precedentes<sup>4</sup>. Esse anseio pelo humanismo foi catalisado pelo Constituinte originário que estabeleceu como fundamento da República, logo no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana<sup>5</sup>.

---

demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio)". ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 16.

<sup>3</sup> Sobre a origem, consolidação e repressão do Regime Militar ver ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. 27. ed. São Paulo: Vozes, 1995. p. 53-76. Segundo ARNS "a estatística do Regime Militar de 1964 registrava aproximadamente 10 mil exilados políticos, 4.682 cassados, milhares de cidadãos que passaram pelos cárceres políticos, 245 estudantes expulsos das universidades por força do Decreto 477, e uma lista de mortos e desaparecidos tocando a casa das três centenas". *Ibidem*, 68.

<sup>4</sup> Ressalte-se que esta pesquisa não tem o objetivo de apresentar um estudo completo sobre a historicidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao citarem-se períodos como a ditadura militar e a segunda guerra mundial, pretendem-se tão somente situar o valor da dignidade humana dentro de um contexto histórico. Sobre a evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana consultar: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103-110; COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11-55; SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 19-32; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 29-39; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 61-67.

<sup>5</sup> Muito como resposta às frequentes violações dos direitos fundamentais no passado recente.

Dessa forma, o Brasil seguiu a mesma linha das constituições européias, que após os horrores da Segunda Guerra Mundial<sup>6</sup> e das atrocidades cometidas pelo Estado nazista<sup>7</sup>, buscaram uma revalorização dos textos constitucionais e a inclusão de uma série de valores às normas fundamentais<sup>8</sup>.

Não foi por acaso que o constituinte alemão do Segundo Pós-Guerra Mundial, ao ser chamado para restabelecer as bases sócio-jurídicas e políticas do país, devastado pelas barbáries do *III Reich*, tinha muito presente a necessidade de resgatar um valor olvidado nos anos precedentes, isto é, a dignidade humana. Por essa razão, na Lei Fundamental de *Bonn* a proteção da dignidade humana ocupa lugar privilegiado, no seu artigo 1, segundo o qual “a dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeita-la e protege-la é obrigação de todo poder estatal”<sup>9</sup>.

De fato, ao inventariar a rica jurisprudência alemã, sobretudo do Tribunal constitucional federal, HÄBERLE<sup>10</sup> destaca que é comum encontrar naquela jurisprudência indicações da dignidade da pessoa humana como “valor jurídico mais elevado dentro do ordenamento constitucional”, “valor jurídico supremo”, “o fim supremo de todo o direito”, ou como “determinação da inviolabilidade da dignidade humana, que está na base de todos os direitos fundamentais”<sup>11</sup>.

Este quadro, provisoriamente delineado, leva-nos a considerar que, ironicamente, da mesma forma que a Alemanha buscou a efetivação dos direitos fundamentais do homem, somente após tê-los vulnerado gravemente<sup>12</sup>, o Brasil

---

<sup>6</sup> A criação das Nações Unidas em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 são igualmente reflexos da firmiação histórica dos direitos fundamentais.

<sup>7</sup> Sobre os horrores dos campos de concentração ver FRANCKL, Victor E. **Em busca de sentido**: um psicólogo no campo de concentração. Tradução de Walter O. Schlupp; Carlos C. Aveline. 2. ed. São Leopoldo: Vozes, 1991. Ver também a explicação sobre o processo de despersonalização de seres humanos praticado pelos campos de concentração em COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 22-23.

<sup>8</sup> Cf. ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodrigues. **Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Comares: Granada, 1996. p. 123.

<sup>9</sup> Cf. ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodrigues. Op. cit., p. 122-123.

<sup>10</sup> Catedrático Emérito da Universidade de Bayreuth, na Alemanha.

<sup>11</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: MAURER, Beatrice. *et. al.* **Dimensões da dignidade**: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 99.

<sup>12</sup> BOBBIO destaca a perspectiva histórica dos direitos fundamentais declarando que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em

somente incluiu a dignidade humana como um dos seus fundamentos, após haver tolerado a tortura, o seqüestro e a perseguição política do Regime Militar<sup>13</sup>.

De modo mais amplo, pode-se afirmar que a consagração expressa do princípio da dignidade da pessoa humana no rol dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil constitui-se em uma importante decisão do Legislador constituinte a respeito do sentido, finalidade e justificação do Estado. A partir disto, reconhece-se que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário<sup>14</sup>, e a pessoa passa a ser o fim a que se destina o exercício do poder estatal, e nunca um meio para que o Estado alcance os seus objetivos<sup>15</sup>. Significa dizer que o exercício do poder somente será legítimo caso se pautar pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a ser uma condição para o próprio exercício da democracia<sup>16</sup>. Portanto, pode-se dizer que no Estado democrático de direito o princípio da dignidade da pessoa humana atua como um fator de legitimação do poder estatal, vinculando diretamente os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>17</sup>.

---

certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5. Nesse mesmo sentido, COMPARATO destaca que “a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”. COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 36-37.

<sup>13</sup> Segundo ARNS: “O labirinto do sistema repressivo montado pelo Regime Militar brasileiro tinha como ponta-do-novelo-de-lã o modo pelo qual eram presos os suspeitos de atividades políticas contrárias ao governo. Num completo desrespeito a todas as garantias individuais dos cidadãos, previstas na Constituição que os generais alegavam respeitar, ocorreu uma prática sistemática de detenções na forma de seqüestro, sem qualquer mandado judicial nem observância de qualquer lei. (...) As capturas eram cercadas de um clima de terror, do qual não se poupavam pessoas isentas de qualquer suspeita”. ARNS, Paulo Evaristo. Op. cit., p. 77.

<sup>14</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 219.

<sup>15</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, p. 102-103.

<sup>16</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 113.

<sup>17</sup> Sobre a idéia de vinculação constitucional dos poderes e funções do Estado ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 248-250; BOCKENFORD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos**

Nessa exata trilha, SILVA esclarece que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República, porque antecede à sua formação, ou seja, é um conceito *a priori*<sup>18</sup>, que preexiste à própria noção de Estado. Segundo esse autor, a dignidade humana não é uma criação da Constituição<sup>19</sup>, mas do reconhecimento de sua existência como valor supremo da ordem jurídica<sup>20</sup>.

De modo geral, parte significativa da doutrina reconhece a dignidade humana não apenas como um princípio fundamental, mas como o valor supremo da ordem jurídica, política, social, econômica e cultural<sup>21</sup>. SILVA sintetiza esse posicionamento ao afirmar que “se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundamental da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica, e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”<sup>22</sup>.

Daí concluir o autor que não apenas a ordem jurídica, mas também a ordem econômica e financeira, a ordem social, a educação, o desenvolvimento da pessoa e o exercício da cidadania, entre outros, serem indicadores do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana<sup>23</sup>. Em apertada síntese, significa dizer que pelo menos para uma parte da doutrina “a razão jurídica se resolve em uma determinada condição

---

**fundamentales.** Tradução de Juan Luis Requejo Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 98, 104-105.

<sup>18</sup> Para SARLET a dignidade “constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa”. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: MAURER, Beatrice. *et. al.* **Dimensões da dignidade:** ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Livraria do Advogado, 2005. p. 20.

<sup>19</sup> BOBBIO esclarece que a definição mais tradicional de Constituição é aquela que a descreve como o “poder político repartido entre diversos órgãos constitucionais, sendo reconhecidas aos cidadãos, além de uma série de direitos fundamentais, adequadas garantias contra os abusos cometidos pelos titulares dos órgãos do poder político”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale. *et. al.* 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 1. p. 258.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. p. 91.

<sup>21</sup> Cf. PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 485, p. 5-16, abr. 2004. p. 11.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia,** p. 92.

<sup>23</sup> Cf. Idem.

humana em que cada indivíduo é, para a humanidade, o que uma hora é para o tempo: parte universal e concreta do todo possível”<sup>24</sup>.

Portanto, no plano teórico, a corrente majoritária parece inclinar-se no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa posição hierárquica superior em relação aos demais princípios e valores constitucionais. Comungam dessa opinião, entre outros, autores como Marçal JUSTEN FILHO<sup>25</sup>, Luiz Regis PRADO<sup>26</sup>, Fernando CAPEZ<sup>27</sup>, Gustavo TEPEDINO<sup>28</sup>, José Afonso da SILVA<sup>29</sup>, Carla Liliane Waldow PELEGRINI<sup>30</sup>, Gilberto Haddad JABUR<sup>31</sup>, Ingo Wolfgang SARLET<sup>32</sup>, Fernando Ferreira dos SANTOS<sup>33</sup> e Daniel SARMENTO<sup>34</sup>, apenas para citar alguns deles.

Muitas vezes, porém, esse entendimento de que em virtude de ser (um) fundamento da República a dignidade humana representa o valor mais importante do nosso ordenamento jurídico, ou pelo menos, um dos mais importantes, tem contribuído decisivamente para o superpovoamento desse princípio no cenário jurídico, e para sua (in)conseqüente migração como base ou fundamento das mais diversas demandas jurídicas.

Nada obstante, a premissa de que esse princípio representa o valor superior do ordenamento jurídico deve ser encarada com certa cautela, haja vista que o Legislador constituinte também consagrou outros valores como princípios fundamentais da

---

<sup>24</sup> SANTOS, Fernando Ferreira dos. SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 92.

<sup>25</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67-68.

<sup>26</sup> Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.

<sup>27</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1. p. 8.

<sup>28</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 67.

<sup>29</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 105.

<sup>30</sup> Cf. PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Bonijuris**, Curitiba, n. 485, p. 5-16, abr. 2004. p. 11.

<sup>31</sup> Cf. JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 202-203.

<sup>32</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 112.

<sup>33</sup> Cf. SANTOS, Fernando Ferreira dos. Op. cit., p. 91-105.

<sup>34</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 57-60.

República, como a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político (art. 1º, inc. I, II, IV, V, da Constituição Federal de 1988). Além disso, do ponto de vista jurídico não há que se falar em hierarquia entre os princípios, sob pena de estabelecer-se uma escala de valores em abstrato, que é incompatível com a teoria dos princípios<sup>35</sup>.

Noutro viés, percebe-se que a assim chamada superioridade axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compreendida do ponto de vista político-ideológico, a partir de uma perspectiva histórica, e não propriamente jurídica<sup>36</sup>, em virtude das conquistas sociais realizadas em seu nome e dos movimentos humanitários que marcaram o último século<sup>37</sup>.

## 1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALGUMAS POSSÍVEIS CONEXÕES

Ora, além de ser (um) fundamento da República, é comum encontrar na doutrina o entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui (o) fundamento dos direitos fundamentais, os quais seriam apenas concretizações daquele princípio. No entanto, neste ponto a doutrina divide-se entre aqueles que sustentam que a dignidade humana é um elemento comum a todos os direitos fundamentais, e aqueles que apenas admitem um grau variável de vinculação daquele com estes, mas não necessariamente uma vinculação direta de todos os direitos fundamentais. Alinhados a primeira corrente encontram-se doutrinadores como José

---

<sup>35</sup> Sobre a impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização de valores ver ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993. p. 156-157.

<sup>36</sup> Sobre a distinção entre princípios e diretrizes políticas consultar DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 147-150.

<sup>37</sup> Para SODER “a evolução dos direitos do homem, na civilização ocidental, baseia-se na concepção metafísica do homem como ente dotado de dignidade natural inalienável, por que congênita”. SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960. p. 11.

Afonso da SILVA, Magdalena Lorenzo Rodrigues ARMAS, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRD, e José Carlos Vieira de ANDRADE. Como expressões da segunda corrente destacam-se Ingo Wolfgang SARLET e Juan Carlos GAVARA DE CARA.

Sem embargo, SILVA ensina que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”<sup>38</sup>. Desse modo, a dignidade da pessoa humana não seria apenas um fundamento da República, mas também um fundamento dos próprios direitos fundamentais.

Por seu turno, ARMAS afirma que o conteúdo essencial<sup>39</sup> de todos os direitos fundamentais reside no valor da dignidade humana, que por sua vez se fundamenta nos princípios da liberdade e igualdade<sup>40</sup>. Para esse autor “el núcleo, la esencia, o bien empleando término más jurídicos, la base o fundamento jurídico último de todo derecho fundamental se encuentra en la dignidad de la persona humana”<sup>41</sup>.

Na mesma linha, BÖCKENFÖRD reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais, pois para ele “los derechos fundamentales garantizados por a Ley Fundamental aparecen como resultado del reconocimiento de la inalienabilidad de los derechos del hombre, los cuales, por su lado, tienen su fundamento en la inviolabilidad de la dignidad humana”<sup>42</sup>.

Neste diapasão, ANDRADE também sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento de todos os direitos fundamentais, no sentido de que estes são sempre concretizações das exigências daquele princípio maior. Assim,

---

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 105.

<sup>39</sup> Borowsky esclarece que existem três teorias a respeito do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: teoria absoluta, teoria relativa e a teoria mista. Para a teoria relativa o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve determinar-se mediante a aplicação do princípio de proporcionalidade em sentido lato senso. Em contrapartida, segundo a teoria absoluta do conteúdo essencial, existe um núcleo fixo que não depende de ponderação. De acordo com essa teoria, dado que as normas de direito fundamentais não podem ser ponderadas, elas representam necessariamente regras. Por sua vez, a teoria mista seria uma combinação das primeiras duas teorias Cf. BOROWSKY, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 98-101.

<sup>40</sup> Cf. ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodrigues. Op. cit., p. 223.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 237.

<sup>42</sup> BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. Op. cit., p. 98.

os direitos fundamentais devem ser lidos e interpretados de acordo e com base no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>43</sup>.

Em outras palavras, a tese esgrimida por esses autores sugere que a dignidade da pessoa humana seria o valor nuclear do ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos sobre toda a constelação de comandos jurídicos de igual ou inferior hierarquia. Por essa razão, diz-se que os direitos fundamentais e outras normas de maior especificidade e densidade semântico-normativa<sup>44</sup>, são concretizações do princípio norteador da dignidade da pessoa humana. Nestes termos, devido ao seu elevado grau de abstração a dignidade humana exige a complementação de outras normas jurídicas para ganhar maior densidade e incidência nos casos concretos. Daí uma significativa parte da doutrina admitir que os direitos fundamentais são, na verdade, apenas desdobramentos da dignidade da pessoa humana.

De parte isso, como já era de se esperar, deve se assinalar que nem todos os doutrinadores comungam desse entendimento. Sob um outro ângulo, GAVARA DE CARA discorda da equiparação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais com o conteúdo material de dignidade humana ou direitos humanos, pois segundo esse autor não existe uma relação lógica entre estes e aqueles, porque nem todos os direitos fundamentais se relacionam com a noção de dignidade da pessoa humana ou mesmo com os direitos humanos<sup>45</sup>.

Com base nas formulações precedentes, embora SARLET reconheça a íntima vinculação que existe entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, adverte que a teoria de que todos os direitos fundamentais emanam do princípio da dignidade da pessoa humana, e são sempre concretizações dele, deve ser

---

<sup>43</sup> Cf. ANDRRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

<sup>44</sup> Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. cit., p. 18-19. Conforme este autor, a expressão “densidade semântico-normativa” diz respeito à maior ou menor capacidade que a norma jurídica tem de incidir num caso concreto. Os princípios, devido ao seu elevado grau de abstração, possuem uma baixa densidade semântico-normativa, exigindo a complementação de outras normas jurídicas para incidirem em um caso concreto. As regras, por possuírem um menor grau de abstração, incidem em casos pré-determinados de maneira direta, não necessitando de normas complementares. Diz-se então que possuem alta densidade semântico-normativa.

<sup>45</sup> Cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1994. p. 131.

encarada com certa reserva. Pois, como bem observa o autor, basta um simples olhar sobre o vasto catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição do Brasil para que se tenha fundadas dúvidas quanto à necessária vinculação de todos aqueles preceitos ao valor fundamental da dignidade da pessoa humana<sup>46</sup>. Para tanto, basta citar a previsão da criação de associações e cooperativas independentes (artigo 5º, inc. XVIII, CF/88); a legitimação das entidades associativas para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (artigo 5º, inc. XXI, CF/88); ou, ainda, a permissão da autoridade competente para usar de propriedade particular, em caso de iminente perigo público (artigo 5º, inc. XXV, CF/88). Nessas previsões de direitos fundamentais, e em muitas outras, pode-se questionar qual a real vinculação dessas posições jurídicas com princípio da dignidade da pessoa humana<sup>47</sup>.

Apesar disso, o referido autor entende ser possível, no mínimo, sustentar que os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>48</sup>. Segundo ele, “tudo que consta no texto constitucional pode - ao menos de forma indireta - ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana”<sup>49</sup>. Daí dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser tido como princípio basilar, mas não exclusivo, para a construção de um conteúdo material de direitos fundamentais<sup>50</sup>.

Em síntese, para SARLET os direitos fundamentais da Constituição brasileira não emanam todos do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo menos não de forma direta, devendo-se, no mínimo, distinguir os diferentes graus desta vinculação, até mesmo em virtude do extenso catálogo de direitos fundamentais previstos naquela Constituição.

Sem prejuízo, embora não se possa afirmar como bem observou SARLET, que **todos** os direitos fundamentais possam ser diretamente reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana, não restam dúvidas, pois, que pelo menos em sua grande

---

<sup>46</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 100.

<sup>47</sup> SARLET cita como exemplo de falta de descompasso entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, ainda os seguintes enunciados: art. 5º, incs. XVIII, XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, e ainda ao art. 7º, incs. XI, XXVI, XXVII, XXIX. Cf. Idem.

<sup>48</sup> Cf. Ibidem, p. 116-117.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>50</sup> Cf. Idem.

maioria os direitos fundamentais são, sim, densificações semânticas desse princípio, e que servem para lhe outorgar maior concretude e densidade. Nesse sentido, pode-se dizer que a pessoa tem dignidade enquanto estiverem sendo observados os seus direitos fundamentais, e não a terá quando esses direitos fundamentais estiverem sendo violados. De fato, não se pode negar que direitos fundamentais como a vida, a liberdade, e a igualdade correspondem a exigências da dignidade da pessoa humana, nem se admitir que uma pessoa possa viver sem esses direitos e ainda assim conservar a sua dignidade.

Nada obstante, o elemento a ser destacado nesse item é que essa compreensão tem levado o intérprete do direito a submeter quase todos os comandos normativos ao crivo da adequação ao princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que para isso seja necessário fazer algum tipo de “malabarismo jurídico”. É claro que o processo exegético exige que as regras, na base da pirâmide jurídica, estejam em consonância com os princípios constitucionais do seu ápice, sob pena de poderem ser declaradas inválidas. Contudo, como já foi aqui registrado, nem todas as regras e direitos fundamentais guardam relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. O efeito desse processo generalizado de adequação do sistema jurídico, ao valor comum da dignidade da pessoa humana, tem favorecido a super-difusão desse princípio, e o seu crescente descrédito como fundamento argumentativo, já que tudo parece estar sendo depositado nessa vala comum.

### 1.3 A SUPER-VALORIZAÇÃO DA EFICÁCIA INTERPRETATIVA DA DIGNIDADE HUMANA

Para compreender-se o fenômeno da super-difusão do princípio da dignidade da pessoa humana no momento da aplicação do direito, é imperioso destacar alguns elementos da interpretação constitucional, entre eles o da unidade da Constituição e a interpretação sistemática.

Ao discorrer sobre os princípios da interpretação constitucional, HESSE sublinha a necessidade de se ter em vista primeiramente o princípio da unidade da Constituição. Sua lição é irrepreensível, e sua reprodução inevitável:

La relación e interdependência existentes entre los distintos elementos de la Constitución (...) obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentra en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales<sup>51</sup>.

Assim, segundo esse princípio hermenêutico as normas constitucionais não podem ser interpretadas isoladamente, porque formam um conjunto. Dito de outro modo, o conteúdo dos direitos fundamentais será determinado na sua totalidade, e encontrará seu limite em relação a outros direitos fundamentais. CANOTILHO, esclarece que o princípio da unidade da Constituição tem utilidade na “interpretação sistemática dos preceitos constitucionais e na tarefa de concordância<sup>52</sup> prática”<sup>53</sup>.

A essa altura, vale ressaltar a lição de que o direito moderno é formado por um “sistema normativo<sup>54</sup> aberto de regras e princípios”<sup>55</sup>, e que esses direitos fundamentais, consagrados pelos textos constitucionais modernos, são abstratamente

---

<sup>51</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992. p. 45.

<sup>52</sup> Konrad Hesse esclarece que a concordância prática consiste em que “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro. (...) Se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad”. Ibidem, p. 45-46.

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 269.

<sup>54</sup> CANOTILHO explicita que é um sistema jurídico porque possui uma estrutura sistêmica de normas; é um sistema aberto porque possui a capacidade de respirar, renovando-se e atualizando-se continuamente; é um sistema normativo porque utiliza as normas para alcançar seus objetivos<sup>54</sup>; e é um sistema de regras e princípios porque as normas jurídicas do sistema manifestam-se ora como regras, ora como princípios. Ibidem, p. 1085 e 1143.

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1033.

harmônicos, e por estarem listados na Constituição, possuem entre si o mesmo grau hierárquico<sup>56</sup>.

Neste norte, segundo o conceito de interpretação sistemática, “nenhuma disposição ou preceito pode ser interpretado isoladamente ou fora de seu contexto normativo”<sup>57</sup>. Desse pressuposto, emerge a idéia de interpretar o ordenamento jurídico como um sistema, segundo o princípio da unidade da Constituição, que se baseia na premissa de que todos os elementos da Constituição são interdependentes, formando um só corpo, uma só alma. Por esse princípio, conclui-se que quando dois princípios constitucionais colidem, seja pela sua concretização legislativa, ou pela sua concretização judicial, essa tensão deve ser solucionada de forma a preservar a unidade da Constituição<sup>58</sup>.

Não é por outra razão que CANARIS define o sistema como “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”<sup>59</sup>.

Por essa definição, entende-se que a caracterização do sistema como uma ordem teleológica, pressupõe a identificação de alguns valores fundamentais que tornam perceptível a unidade interna e a conexão orgânica<sup>60</sup>. Portanto, a idéia de sistema traz consigo o pressuposto da unidade da ordem jurídica, como “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos”<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípios da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 20.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>58</sup> Cf. Ibidem, p. 94. É importante assinalar que o princípio da unidade é um postulado axiológico, ou seja, condição de possibilidade para a prevalência da Constituição, evitando que ela se auto-destruísse.

<sup>59</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 77-78.

<sup>60</sup> Cf. Ibidem, p. 77-78.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 77.

Como se vê, por essa leitura, fica claro que o sistema reclama a eleição de alguns princípios sistematizadores “portadores de unidade”<sup>62</sup>, que cumpram a função de realizar as necessárias conexões internas, sem prejuízo do sistema.

Com efeito, não é suficiente que o direito seja compreendido como um sistema, mas necessário se faz que esse sistema seja coerente e harmonioso, pois apesar de albergar uma constelação de normas constitucionais e infraconstitucionais, estas devem guardar coerência interna formando um sistema único, cuja integridade seja assegurada pela Constituição. Ocorre que nos dias de hoje, a Constituição passou a ser o reflexo de uma sociedade plural e dividida, cujos valores foram incorporados em seu texto, razão pela qual também ela necessita ser harmonizada e unificada por algum elemento. Neste novo quadro, a doutrina costuma atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana o papel de elemento unificador do sistema normativo, e condição para o seu processo exegético.

Sob esse prisma, PIOVESAN sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana “unifica e centraliza todo o sistema”<sup>63</sup>. Segundo a autora, “a dignidade humana simboliza (...) um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”<sup>64</sup>. De modo mais amplo, o postulado da dignidade humana atuaria como critério definitivo de interpretação da Constituição, não somente como parâmetro para o aferimento de inconstitucionalidade, mas principalmente como “norte e exigência da aplicação da Constituição aos casos concretos”<sup>65</sup>.

Note-se, portanto, que na esteira de PIOVESAN “não se pode negar que a supremacia da Constituição inicia-se por seus princípios fundamentais, tendo ao centro a dignidade do ser humano. Não como critérios somente interpretativos, e sim, como normas constitucionais, incondicionalmente determinadas no sistema brasileiro”<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>63</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 393.

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 394.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 397.

Nessa exata trilha, posiciona-se SARLET para quem o princípio da dignidade da pessoa humana serve para conferir unidade axiológica e legitimidade à ordem constitucional. Neste diapasão, a dignidade humana seria responsável por auferir unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais<sup>67</sup>, e exerceria importante função hermenêutica. Ademais, conforme observa o autor “impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”<sup>68</sup>.

Por seu turno, SARMENTO também destaca o papel hermenêutico desempenhado pelo princípio em questão. Para esse autor a dignidade da pessoa humana, na qualidade de vértice axiológico da Constituição, configura uma diretriz fundamental para a interpretação e aplicação de todo o direito positivo<sup>69</sup>. E arremata lecionando que “o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (...). Pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado”<sup>70</sup>.

Neste mesmo campo, BÖCKENFÖRD destaca a qualificação e desenvolvimento dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio ou decisões axiológicas. Segundo o autor essa função dos direitos fundamentais originou-se com a queda do regime nazista e o fracasso do positivismo jurídico, e deu-se por meio da inserção dos valores motivada pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana<sup>71</sup>.

Este quadro, provisoriamente delineado, leva-nos a considerar que os princípios possuem **eficácia interpretativa**, no sentido de que “vão orientar a

---

<sup>67</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, p. 77.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>69</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**, p. 73.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>71</sup> Cf. BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. Op. cit., p. 105-106.

interpretação das regras em geral (...), de modo que o intérprete encontra-se obrigado a optar, dentre as possíveis exegeses da regra, aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente”<sup>72</sup>. Mas, se essa é uma qualidade inerente aos princípios<sup>73</sup> e aos direitos fundamentais, quando se trata em especial do princípio da dignidade da pessoa humana essa eficácia interpretativa parece ganhar dimensões quase transcendentes, de tal sorte que esse princípio passa a ser o principal referencial axiológico inerente ao processo hermenêutico-sistemático<sup>74</sup>.

Na esteira de tal processo evolutivo, SARLET acrescenta que é justamente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana tem sido apontada como o princípio ou valor de maior hierarquia da Constituição brasileira<sup>75</sup>. E, nessa função, pode-se afirmar que atualmente não há apenas o dever de interpretar conforme a Constituição<sup>76</sup>, mas especialmente o dever de interpretar em favor da dignidade da pessoa humana<sup>77</sup>.

Corroborando com esse entendimento BARCELLOS para quem o intérprete em geral e o poder público em particular, estão vinculados aos princípios constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois manifestam as decisões fundamentais do constituinte<sup>78</sup>. E sintetiza dizendo que “o princípio da

---

<sup>72</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da pessoa humana na constituição de 1988. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul./set. 2000. p. 173.

<sup>73</sup> A força do nosso ordenamento jurídico consiste na sua interpretação principiológica como um todo, haja vista que os princípios não são mais fontes subsidiárias do direito (art. 4º, LICC), mas fontes primárias. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**, p. 363.

<sup>74</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, p. 80.

<sup>75</sup> Contudo, isso não significa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana possua uma hierarquia axiológica abstrata superior aos demais princípios e direitos fundamentais. Para ALEXY “no es posible un orden de los valores o principios que fije la decisión iusfundamental en todos los casos de una manera intersubjetivamente obligatoria”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 156.

<sup>76</sup> Segundo HESSE a interpretação conforme a Constituição significa que “las leyes emanadas bajo la vigencia de la Ley Fundamental deben ser interpretadas en consonancia con la Constitución, así como el derecho aún vigente procedente de tiempo anterior debe ser adaptado a la nueva situación constitucional” HESSE, Konrad. Op. cit., p. 51.

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, p. 83.

<sup>78</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 146.

dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício”<sup>79</sup>.

Cabe, de resto, notar que uma outra forma pelas quais os princípios cumprem a sua função sistematizadora, é que eles necessitam, para a sua plena realização, da concretização por meio de subprincípios, e da intermediação de novos valores autônomos<sup>80</sup>. Daí a lição de SARMENTO para quem “os princípios passam por um processo de concretização sucessiva, através de princípios mais específicos e subprincípios, até adquirirem o grau de densidade das regras”<sup>81</sup>. A partir dessas idéias, e considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como um dos princípios-matrizes do ordenamento jurídico, observa-se que os operadores do direito têm buscado reconduzir essas regras e subprincípios ao seu princípio-matriz, como forma de conferir maior solidez e credibilidade ao seu fundamento jurídico.

Assim, como é fácil perceber, em virtude da sua função interpretativa o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo utilizado para resolver uma grande variedade de demandas jurídicas, embora, muitas vezes, sirva como fundamento para decisões contraditórias<sup>82</sup>. E, se os operadores do direito são quase

---

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 88, 96-97.

<sup>81</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**, p. 42.

<sup>82</sup> Como exemplos de decisões contraditórias colacionam-se os seguintes julgados: i) a Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou pedido de interrupção terapêutica da gestação de feto portador de anencefalia (ausência de cérebro), alegando que diante da colisão entre o direito à vida a todos assegurada após a concepção, e o direito à dignidade humana, que busca por a vida humana a salvo de todo tipo de dor e injustiça, deve prevalecer o direito do feto acéfalo de viver. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.06.199818-3/001. Relator: Desembargador Nilo Lacerda. Belo Horizonte, 29 nov. 2006. **Inteiro teor de acórdãos**. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=6&txt\\_processo=199818&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=6&txt_processo=199818&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>)>. Acesso em: 25 jul. 2008; por sua vez, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, deu provimento ao pedido de autorização judicial para interrupção da gravidez de feto anencéfalo, pois não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n. 70012840971. Relator: Desembargador Marcel Esquivel Hoppe. Porto Alegre, 05 out. 2005. **Acompanhamento processual**. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?codigo=731016&ano=2005](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=731016&ano=2005)>. Acesso em: 25 jul. 2008; ii) A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, declarou que não representaria ofensa à dignidade da pessoa humana, a vedação de declaração de união estável para pessoas do mesmo sexo. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0702.04.182123-3/001(1). Relator: Desembargador Ernane Fidélis. Belo

unânicos em utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro para aplicação e interpretação do direito positivo, o mesmo não se pode dizer em relação ao conteúdo normativo atribuído a esse princípio. Assim, pode-se afirmar que apesar de caber à dignidade da pessoa humana o papel de conferir unidade de sentido ao sistema normativo, falta-lhe esse atributo no momento de ser aplicada aos *hard cases*<sup>83</sup>.

#### 1.4 CONTEÚDO E CONCEPÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em sua obra *The Concept of Law*, HART já advertia quanto ao grande desafio de se tentar definir algo, especialmente o direito, e citava como exemplo o homem que

---

Horizonte, 29 mai. 2008. **Inteiro teor de acórdãos.** Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=702&ano=4&txt\\_processo=182123&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homoafetivo%20princípio&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=702&ano=4&txt_processo=182123&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homoafetivo%20princípio&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical)>. Acesso em: 25 jul. 2008; De outra banda, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo, com base no primado da dignidade da pessoa humana. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021637145. Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, 13 dez. 2007. **Acompanhamento processual.** Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?codigo=1647450&ano=2007](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1647450&ano=2007)>. Acesso em: 25 jul. 2008; iii) A Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, denegou mandado de segurança que pleiteava o fornecimento de medicação do SUS, no que pese a arguição do princípio da dignidade da pessoa humana em sentido contrário. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança n. 1.0000.07.454616-9/000(1). Relator: Desembargador Fernando Bráulio. Belo Horizonte, 27 jun. 2008. **Inteiro teor de acórdãos.** Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0000&ano=7&txt\\_processo=454616&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0000&ano=7&txt_processo=454616&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>)>. Acesso em: 25 jul. 2008; em contrapartida, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, declarou ser dever do Estado o fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde para os cidadãos, amparado na própria dignidade humana. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70024766123. Relator: Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Porto Alegre, 19 jun. 2008. **Acompanhamento processual.** Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?codigo=777261&ano=2008](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=777261&ano=2008)>. Acesso em: 25 jul. 2008.

<sup>83</sup> *Hard Cases* é uma expressão introduzida por Ronald Dworkin, para representar casos controversos, que não se resolvem com a simples aplicação de uma regra, mas que exigem uma justificação mais elaborada, a partir de princípios, políticas e outros tipos de padrões. Para mais informações sobre *hard cases* ver DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 146-208.

diz: “sou capaz de reconhecer um elefante quando vejo um, mas não sou capaz de o definir”<sup>84</sup>. Em linha similar, são as célebres palavras de Santo AGOSTINHO: “O que é, pois, o tempo? Se ninguém perguntar, eu sei; se desejar explicá-lo àquele que me pergunta, não sei”<sup>85</sup>.

Dessa forma, parece que desafio semelhante ocorre ao tentar-se definir o que seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Parece ser sempre mais fácil reconhecê-lo, do que conceituá-lo. Por essa razão, um dos grandes problemas desse princípio consiste na falta de uma definição precisa do que venha ser o seu conteúdo normativo, pois apesar de a Constituição prevê-lo expressamente, ela não explicita o seu conteúdo, ficando a cargo do intérprete a sua delimitação com o aporte da moral e da filosofia<sup>86</sup>. Por isso, dizer que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental da República, que serve de matriz para os direitos fundamentais, e confere unidade de sentido ao sistema ao servir como critério axiológico fundamental, não é dizer tudo, pois ainda fica sem resposta a questão mais importante, isto é, no que consiste a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o problema que se costuma apontar no campo da dignidade da pessoa humana, é o seu elevadíssimo grau de abstração e generalidade, haja vista que com algum esforço argumentativo, praticamente tudo o que consta no texto constitucional pode ser reconduzível ao valor da dignidade da pessoa humana<sup>87</sup>. Por essa razão, SILVA destaca que a partir da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina passou a tentar enquadrar tudo no conceito de dignidade da pessoa humana<sup>88</sup>.

DWORKIN parece querer explicitar fenómeno semelhante, ao observar que os redatores da Constituição adotaram deliberadamente alguns “*vague*” standards, o que tem causado muitas controvérsias, porque “incluso los hombres razonables de buena

---

<sup>84</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1996. p. 18.

<sup>85</sup> Santo AGOSTINHO apud idem.

<sup>86</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana possui uma forte vertente filosófica e histórica, e ainda uma íntima relação com a doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII. A idéia ou valor da dignidade da pessoa humana remonta ao pensamento clássico e à ideologia cristã.

<sup>87</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988**: Algumas aproximações. No prelo.

<sup>88</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**, p. 91.

voluntad deferían cuando se trate, por ejemplo, de elaborar los derechos morales que se incorporan al derecho em virtud de la cláusula del proceso debido o de la cláusula de *igual protección*”<sup>89</sup>. E complementa que “difieren también cuando tratan de aplicar esos derechos, de cualquier manera que se los defina, a asuntos complejos de administración política”<sup>90</sup>.

Para ilustrar melhor essa situação, DWORKIN vale-se de um hipotético exemplo familiar, em que o pai aconselha seu filho a não tratar injustamente outros seres humanos. Esclarece o autor que, embora o pai já tivesse em mente alguns comportamentos que esperava desencorajar, não poderia esperar que o seu significado se limitasse a esses exemplos, pois seu filho poderia deparar-se com situações imprevisíveis, e, em alguns casos, poderia até mesmo convencê-lo de que algum determinado ato que ele havia considerado como justo, fosse de fato, injusto, ou vice-versa<sup>91</sup>.

Neste ponto, DWORKIN faz uma importante contribuição dogmática ao distinguir conceito (*concept*) de concepções (*conceptions*). Para esse autor:

La diferencia no es simplemente una diferencia en el detalle de las instrucciones que se han dado, sino en el tipo de instrucciones que se han dado. Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto. Cuando apelo a la equidad, planteo un problema moral; cuando formulo mi concepción de la equidad, intento resolverlo<sup>92</sup>.

Nessa linha, parece que DWORKIN apresenta as cláusulas constitucionais “vagas” como conceitos universais, apenas no sentido de instruir a agir conforme aquele preceito. Significa dizer que a Constituição apresenta conceitos vagos que podem ser usados a qualquer tempo e espaço, mas tal conceito só poderá ser determinado nos casos particulares. Tal conceito geral impõe-se a todos os que têm responsabilidade de desenvolver e aplicar este conceito nos casos controversos, ainda que todos possuam as suas próprias concepções a respeito de tal conceito, “pero sostiene esa concepción solo como su propia teoría de cómo se debe satisfacer el

---

<sup>89</sup> DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2002. p. 212.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> Cf. Ibidem, p. 213-214.

<sup>92</sup> Cf. Ibidem, p. 215.

estándar que él estableció, de modo que cuando cambia su teoría, no há cambiado dicho estándar”<sup>93</sup>. Trocando em miúdos, quer dizer que a mudança de concepção do indivíduo não significa a mudança do conceito, mas o seu aperfeiçoamento<sup>94</sup>.

Não causa espécie, assim, que embora a Constituição adote um conceito vago de dignidade da pessoa humana, a sua **concepção** pode variar no tempo e espaço, e de pessoa para pessoa, sem que com isso se rejeite o que foi estabelecido pela Constituição. Em face disso, parece que essa distinção entre conceito e concepção é fundamental para compreensão da falta de consenso dogmático em relação a esse *standard*, posto que a sua **concepção** é sempre **variável**.

Por isso, é bastante preciosa a lição de ZAGREBELSKY quando afirma que o que é verdadeiramente fundamental, nunca pode ser posto, mas deve ser sempre pressuposto<sup>95</sup>. Dessa forma, observa que os grandes problemas jurídicos não se encontram no direito positivo, mas em outro campo<sup>96</sup>. E assevera que “lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que as veces (...), puede incluso prescindirse de la ‘cosa’ misma”<sup>97</sup>.

É evidente, pois, que essa gama de concepções personalíssimas dos operadores do direito, em virtude da **idéia** que fazem do conceito de dignidade humana, tem causado uma onda de movimentos e decisões antagônicas, o que tem prejudicado a desejável segurança jurídica, servindo mesmo como instrumento de instabilidade do direito. A verdade é que “sob o manto da dignidade da pessoa humana podem abrigar-

---

<sup>93</sup> Ibidem, p. 215-216.

<sup>94</sup> Ainda sobre a distinção entre conceito e concepção esclarece Dworkin: “Quienes ignoran la distinción entre conceptos y concepciones, pero creen que la Corte debe volver a determinar si la pena de muerte es cruel, se ven obligados a presentar un argumento vulnerable. Dicen que las ideas de crueldad cambian con el tiempo, y que la Corte debe ser libre de rechazar las concepciones anticuadas; esto sugiere que la Corte debe cambiar lo que la Constitución promulgó. Pero de hecho, la Corte sólo puede hacer cumplir lo que dice la Constitución tomando sus propias decisiones sobre lo que es cruel, así como en mi ejemplo, mis hijos pueden hacer lo que yo digo sólo si toman sus propias decisiones respecto de lo que es equitativo. Si quienes promulgaron las cláusulas amplias hubieran tenido la intención de formular concepciones particulares, habrían encontrado el tipo de lenguaje que convencionalmente se usa para hacerlo; es decir, habrían presentado teorías particulares de los conceptos en cuestión”. Idem.

<sup>95</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007. p. 9.

<sup>96</sup> Cf. Idem.

<sup>97</sup> Idem.

se as concepções mais diversas: a defesa e a condenação do aborto, a defesa e a condenação da eutanásia, o liberalismo e o dirigismo econômico etc”<sup>98</sup>.

Noutro viés, MAURER<sup>99</sup> afirma que embora a noção de dignidade humana seja atualmente um consenso teórico universal<sup>100</sup>, suscita inúmeras divergências práticas, tanto que “é em seu nome que alguns reivindicam hoje a legitimidade de comportamentos que outros recusam devido à intangível dignidade”<sup>101</sup>. Tomando como exemplo a questão da vida humana, sustenta que “a dignidade justifica tanto medidas paliativas como a eutanásia ativa”<sup>102</sup>.

Em face disso, a autora reconhece certa desarmonia na “polifonia” das linhas melódicas distintas que formam o contraponto da dignidade da pessoa humana, pois como afirma a autora, parece que cada um está tocando a sua própria partitura<sup>103</sup>. Nesse sentido “o conceito de dignidade pode-nos parecer significar tudo e o seu contrário”<sup>104</sup>.

De fato, em nome da dignidade da pessoa humana pode-se defender ou condenar o aborto, tolerar ou reprovar a eutanásia, legitimar pesquisas em células-tronco ou negar o acesso a esse tipo de pesquisa, permitir a cirurgia de adequação sexual ou rechaça-la. Isso ocorre porque a Constituição apenas enuncia o princípio e por ser uma expressão por demais genérica acaba deixando um grande espaço aberto para subjetivismos<sup>105</sup>. Portanto, como a Constituição não traz um conceito fechado do que seja esse princípio, observam-se distintas concepções em torno da dignidade humana, e os operadores do direito preenchem esse princípio com o conteúdo que desejam, de acordo com os seus interesses e ideais.

---

<sup>98</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da pessoa humana na constituição de 1988**, p. 177.

<sup>99</sup> Professora da Universidade de Montpellier I, atualmente em Roma.

<sup>100</sup> Cf. MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: \_\_\_\_\_ *et al.* **Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 61-62.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>103</sup> Cf. *Ibidem*, p. 63-64.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>105</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 103.

Apenas com o propósito de demonstrar o grande desafio que consiste essa tarefa, reproduz-se o pensamento de BARROSO, ainda no início desses debates jurídicos ao referir que a “dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafórica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica”<sup>106</sup>. Apesar do ceticismo dessa declaração, anos mais tarde, ao comentar a obra “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana” de sua monitora e assistente BARCELLOS, o autor reconhece que o princípio possui uma potencialidade que não era possível vislumbrar a apenas alguns anos atrás<sup>107</sup>.

Daí a necessidade de buscar-se estabelecer contornos de uma objetividade possível para tal princípio, a fim de adequar-se a um controle de racionalidade que deve permear as decisões judiciais. Nesse sentido, o questionamento de TRIBE e DORF sobre a leitura da Constituição pode ser igualmente válido para o princípio da dignidade da pessoa humana – “será que a Constituição é simplesmente um espelho por meio do qual é possível enxergar aquilo que se tem vontade?”<sup>108</sup>. Os interesses pessoais do intérprete também parecem ter sido objeto de preocupação de JUSTICE JOSEPH STORY quando escreveu em 1845: “quão facilmente os homens se satisfazem com o fato da Constituição ser exatamente o que eles queriam que ela fosse”<sup>109</sup>. Em contrapartida, SARLET adverte que “nem mesmo em nome da dignidade, se pode dizer (ou fazer) qualquer coisa”<sup>110</sup>.

De parte isso, antes de apresentarem-se algumas tentativas de preenchimento do conteúdo da dignidade da pessoa humana pela doutrina, faz-se necessário ressaltar que a própria concepção de dignidade da pessoa humana não é atemporal e

---

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 296.

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 2. p. 671.

<sup>108</sup> TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarflis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 3.

<sup>109</sup> KAMMEN, Michael. **A machine that would go of itself: the constitution in american culture**. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2006. p. xxvii. Citação original: “*how easily men satisfy themselves that the Constitution is exactly what they wish is to be*”.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988: Algumas aproximações**. No prelo.

homogênea, mas aperfeiçoa-se no tempo e espaço, ao saber dos movimentos culturais e sociais<sup>111</sup>. Basta salientar que a concepção de pessoa do Ocidente é muito diferente da concepção do mundo árabe, e que o conceito que hoje temos de pessoa difere essencialmente da que tínhamos a alguns séculos atrás<sup>112</sup>.

Na mesma linha, HÄBERLE também destaca a dimensão histórico-cultural da dignidade da pessoa humana, sobretudo religiosa, e questiona se “a posição da mulher no Islã viola um conteúdo, válido no mundo inteiro de modo universal e indisponível, da dignidade humana?”<sup>113</sup>. E acentua que a dignidade humana “transcende o aspecto jurídico da Constituição: alcançando o cultural, textos clássicos, bem como utopias concretas (v.g. os protetores do meio ambiente), assim como as experiências de um povo (v.g. com tiranias) e também as esperanças (v.g. a seu tempo, a unidade alemã ou da Europa atual)”<sup>114</sup>.

A essa altura, cumpre salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana “ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinário e de busca de maior densidade jurídica”<sup>115</sup>. Talvez, por essa razão, encontram-se na doutrina diferentes concepções de dignidade da pessoa humana, as quais cumprem, nessa oportunidade, examinar<sup>116</sup>.

A fim de buscar-se uma compreensão do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, é inevitável a reprodução do pensamento de KANT, o filósofo que provavelmente mais contribuiu para a delimitação do conceito desse princípio. Em sua obra *Crítica da Razão Prática* escrita em 1788, KANT sustenta que as leis morais

---

<sup>111</sup> SODER observa que embora outras culturas e civilizações não utilizem a expressão “direitos do homem”, também possuem normas ético-jurídicas que se equivalem a eles. Destaca que na China antiga o povo possuía o tradicional direito de rebelar-se contra qualquer soberano que passasse a exercer tirania. Assevera que o Islamismo apresenta indícios de direitos do homem e que o Alcorão contém essencialmente aquilo que na cultura ocidental costuma-se chamar de dignidade da pessoa humana. Enfatiza ainda o hinduísmo, na doutrina de grandes pensadores como Manu e Buda, que apresenta um código de dez liberdades do homem. SODER, José. Op. cit., p. 11.

<sup>112</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**, p. 67-68.

<sup>113</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**, p. 123.

<sup>114</sup> Cf. Ibidem, p. 136.

<sup>115</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**, p. 671.

<sup>116</sup> Registre-se que não há a pretensão de esgotar as diferentes concepções existentes em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, pois tal tarefa seria praticamente intransponível, dado ao universo de autores que tratam do assunto. Pretende-se tão somente apresentar algumas concepções, dando-se ênfase às divergências existentes em torno da matéria.

independem da natureza particular de cada razão humana, mas pertencem a uma dimensão universal válida para todos os seres racionais em geral, o que ele denominou de imperativo categórico<sup>117</sup>.

Nessa esteira, o imperativo categórico de KANT pode ser descrito da seguinte forma “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”<sup>118</sup>. Segundo esse entendimento, é necessário querer que uma máxima da ação humana se transforme em lei universal<sup>119</sup>, que por sua vez deve estar ligada totalmente ao conceito de um ser racional<sup>120</sup>.

Daí a concepção KANTIANA de que todo homem, como ser racional, existe como fim em si mesmo, e não pode ser utilizado como meio arbitrário da vontade de outrem. Para KANT, os seres irracionais possuem um valor relativo, como meio, e por isso se denominam coisas. As pessoas, como seres racionais, distinguem-se como fins em si mesmos, e passam a ser objeto de respeito<sup>121</sup>. Nesse sentido, KANT distingue as pessoas das coisas<sup>122</sup>, e defende que as coisas têm preço, e podem ser substituídas por algo equivalente; as pessoas, dignidade, e não há nada que possa equiparar-se a elas<sup>123</sup>.

O enfoque aqui parece ser que o fundamento da dignidade da pessoa humana repousa na sua racionalidade e autonomia, como ser dotado de capacidade para ser o seu Legislador universal<sup>124</sup>. E, como tal, nunca pode servir de meio para outros fins, pois o homem deve ser sempre visto como um fim em si mesmo.

Apesar da lição de KANT ser antiga, permanece atual. Assim, autores contemporâneos como CANOTILHO continuam a destacar a autonomia como valor subjacente ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao sustentar que este princípio

---

<sup>117</sup> Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 41-42.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>119</sup> Cf. Ibidem, p. 54.

<sup>120</sup> Cf. Ibidem, p. 57.

<sup>121</sup> Cf. Ibidem, p. 58-59.

<sup>122</sup> A distinção ética de KANT, entre pessoas e coisas, aprofunda a já tradicional dicotomia entre *personae* e *res*, típica do direito romano. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 21

<sup>123</sup> Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 64.

<sup>124</sup> Cf. Ibidem, p. 66-70.

consolida a idéia “do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (...)”<sup>125</sup>.

Dessa forma, a doutrina majoritária acaba apontando o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana, à matriz KANTIANA, centrada na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa<sup>126</sup>, e apesar de alguns retrocessos históricos, “a concepção kantiana de homem continua a valer como axioma no mundo ocidental, ainda que a ela tenham se agregado novas preocupações”<sup>127</sup>.

Em face dessa concepção KANTIANA, explicita SARLET que a dignidade da pessoa “passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal”<sup>128</sup>, e complementa que:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado (...) Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (...) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente<sup>129</sup>.

Por derradeiro, nesta quadra, calha registrar que se a dignidade é tida como um **atributo intrínseco** e inerente à natureza humana, então esta independe da maneira como as pessoas se comportam no plano real<sup>130</sup>. Nesse sentido, a opinião largamente majoritária é a de que a dignidade não estaria associada ao merecimento pessoal ou social, de tal sorte que mesmo ao maior de todos os criminosos<sup>131</sup>, não poderia ser negado o direito de ser respeitada a sua dignidade<sup>132</sup>.

---

<sup>125</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 219.

<sup>126</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 21.

<sup>127</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da pessoa humana na constituição de 1988**, p. 161.

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, p. 38-39.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 40-41.

<sup>130</sup> SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**, p. 93.

<sup>131</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 20.

<sup>132</sup> Cf. KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: MAURER, Beátrice *et al.* **Dimensões da dignidade**: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 161.

A essa corrente filiam-se, além de Ingo Wolfgang SARLET<sup>133</sup>, autores como André Luís CALLEGARI e Nereu José GIACOMOLLI<sup>134</sup>, Magdalena Lorenzo Rodrigues ARMAS<sup>135</sup>, Peter HÄBERLE<sup>136</sup>, José SODER<sup>137</sup> e José CRETELLA JÚNIOR<sup>138</sup>, apenas para citar alguns.

Com efeito, CALLEGARI e GIACOMOLLI defendem a natureza intrínseca da dignidade humana, ressaltando a humanidade dos criminosos:

Independente da gravidade da conduta do agente, este, há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. A conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como se um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano<sup>139</sup>.

Por sua vez, ARMAS sustenta que a dignidade da pessoa humana decorre da simples existência do homem, pois ela “no conoce de tendencias jurídicas, ideologías o políticas económicas...El hombre, por el solo hecho de ser creado, posee el valor más reconocible y en mayor medida susceptible de protección de cuantos nunca han existido ni existirán: la Dignidad Humana”<sup>140</sup>.

Em linha similar, HÄBERLE sustenta que “a dignidade é ‘inata’ à existência humana. Ela constitui ‘natureza’ do ser humano; ela constitui, porém, também ‘cultura’, atividade de muitas gerações e dos Homens na sua totalidade (da ‘humanidade’): a segunda Criação’. A partir dessa ação recíproca se constitui a dignidade do Homem”<sup>141</sup>. Esse autor parece ir um pouco além dos demais, ao

---

<sup>133</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**, p. 20.

<sup>134</sup> Cf. GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 17.

<sup>135</sup> Cf. ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodrigues. Op. cit., p. 237.

<sup>136</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**, p. 150.

<sup>137</sup> Cf. SODER, José. Op. cit., p. 6.

<sup>138</sup> Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 1. p. 139.

<sup>139</sup> GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 17.

<sup>140</sup> ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodrigues. Op. cit., p. 237.

<sup>141</sup> HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**, p. 150.

acrescentar à natureza da dignidade humana uma dimensão cultural, como fator concorrente à mera existência do homem.

Por seu turno, SODER não utiliza expressamente o termo dignidade humana, mas em expressões que se equivalem sustenta que os direitos do homem são inerentes à pessoa humana, como ser dotado de racionalidade<sup>142</sup>. Segundo esse autor, esse conjunto de direitos “nascem com a pessoa humana e acompanham toda a trajetória da existência do homem. Por isso são chamados direitos do homem, no singular genérico, e não direitos dos homens, ou direitos de certos grupos humanos”<sup>143</sup>.

Finalmente, CRETELLA JÚNIOR também endossa a posição segundo a qual a dignidade da pessoa humana é tida como um atributo de todo o homem, “seja de qual origem for, sem discriminação de raça, sexo, religião, convicção política ou filosófica”<sup>144</sup>.

Registre-se, aqui, que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, parece sedimentar o entendimento de que a dignidade humana é um valor inato a todos os seres humanos, nos seguintes termos: “Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos e dignidade. Eles são investidos com razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros em um espírito de irmandade”<sup>145</sup>.

Como se vê, a doutrina amplamente preponderante<sup>146</sup> parece ser a de que a dignidade humana é uma característica imanente do ser humano e sua racionalidade<sup>147</sup>. Contudo, há quem dela discorde como é o caso de Jakobs GÜNTHER<sup>148</sup>. Segundo GÜNTHER, que lançou os fundamentos do **direito penal do inimigo** após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, “a personalidade, como construção

---

<sup>142</sup> Cf. SODER, José. Op. cit., p. 6.

<sup>143</sup> Idem.

<sup>144</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 139.

<sup>145</sup> LEWIS, Jon E. **The birth of freedom**. New York: Gramercy Book, 2003. p. 454. Citação original: “Article 1. All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood”.

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 16.

<sup>147</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**, p. 391.

<sup>148</sup> Catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, na Alemanha.

exclusivamente normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa se realizam no essencial”<sup>149</sup>.

Sem embargo, para esse autor “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”<sup>150</sup> Dessa forma, quem não presta essa segurança cognitiva, de um comportamento efetivo como pessoa, não deve ser tratado como tal pelo Estado, já que isso poria em risco a segurança da sociedade<sup>151</sup>. Daí a distinção que GÜNTHER faz entre dois tipos de delinqüentes: i) aqueles que cometem delito esporadicamente; ii) e aqueles que praticam delito por tendência. Os primeiros poderiam ser tratados como pessoas, já os segundos passariam a ser inimigos da sociedade<sup>152</sup>. Por conseqüência, os terroristas deveriam ser encarados como inimigos, e a política de eliminação de risco por meio da guerra seria considerada adequada<sup>153</sup>.

Defendendo seu posicionamento, GÜNTHER apropria-se do pensamento de KANT<sup>154</sup>, pois este filósofo teria afirmado que quem faz uso do modelo contratual como idéia reguladora do poder estatal, pode obrigar qualquer pessoa a entrar em uma Constituição cidadã. Sendo que quem se recusa a fazê-lo, deve retirar-se<sup>155</sup>; “em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas poderia ser ‘tratado’, segundo o próprio KANT, ‘como um inimigo’”<sup>156</sup>.

Neste exato sentido, GÜNTHER resume o pensamento de KANT da seguinte forma:

Na posição de Kant não se trata como pessoa quem ‘me ameaça...constantemente’, quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão. (...) Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinqüem de modo

---

<sup>149</sup> GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 42.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>151</sup> Cf. Ibidem, p. 42.

<sup>152</sup> Cf. Ibidem, p. 36.

<sup>153</sup> Cf. Ibidem, p. 40.

<sup>154</sup> TALAMINI destaca que “segundo KANT, para certos crimes, a única ‘justa retribuição’ possível seria a morte. Tratar-se-ia de um ‘imperativo categórico de justiça’. Indo além, sustentava que tal punição, desde que concebida como justa retribuição, e não como medida de intimidação, estaria tratando a pessoa como fim”. TALAMINI, Eduardo. Dignidade humana, soberania popular e pena de morte. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 11, p. 178-195, 1995. p. 187.

<sup>155</sup> Cf. GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 28.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 28-29.

persistente por princípio – e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa<sup>157</sup>.

Destarte, apesar de ser possível assegurar que a doutrina amplamente majoritária filia-se ao posicionamento de que a dignidade humana é uma qualidade intrínseca da pessoa, observa-se que nem mesmo neste particular, pode-se falar em consenso teórico. E, como visto a compreensão da natureza da dignidade humana traz inúmeras conseqüências práticas, especialmente no campo do direito penal e processo penal.

Cabe ainda explorar, rapidamente, outra situação apresentada por alguns autores, dentre eles, Immanuel KANT<sup>158</sup>, Fábio Konder COMPARATO<sup>159</sup>, Daniel SARMENTO<sup>160</sup>, Flávia PIOVESAN<sup>161</sup>, Magdalena Lorenzo Rodrigues ARMAS e Fernando Ferreira dos SANTOS, no que tange ao valor absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para ilustrar tal assertiva, basta lembrar a lição de SANTOS quando apregoa que a pessoa humana é um *minimum* invulnerável, que não pode ser reduzido, e que em tensão com qualquer outro princípio deve ser preservado. Assim, segundo esse autor “a primazia pelo valor coletivo não pode, nunca, sacrificar, ferir o valor da pessoa. A pessoa é, assim, *um minimum*, o qual o Estado, ou qualquer outra instituição, ser, valor não pode ultrapassar (...). A pessoa humana, enquanto valor, e o princípio correspondente, de que aqui se trata, é absoluto, e há de prevalecer, sempre, sobre qualquer outro valor ou princípio”<sup>162</sup>.

Tal posição foi compartilhada especialmente por ARMAS, que após identificar a dignidade humana como conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais, destaca que esse valor “es absoluto en cualquiera de las coordenadas de tiempo o espacio que se quiera contemplar”<sup>163</sup>. De igual envergadura é a declaração de

---

<sup>157</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>158</sup> Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 24.

<sup>159</sup> Cf. Ibidem, p. 54.

<sup>160</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**, p. 75-76.

<sup>161</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**, p. 390, 392-393, 395.

<sup>162</sup> SANTOS, Fernando Ferreira dos. Op. cit., p. 32.

<sup>163</sup> ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodrigues. Op. cit., p. 236.

SODER, ao afirmar que “pelo fato indiscutível de ser o homem pessoa, i. é., ente racional livre, possui um **núcleo intangível de dignidade** e autonomia”<sup>164</sup>.

É preciso frisar, por outro lado, que neste ponto o descompasso teórico parece ser ainda maior. Em sentido oposto à corrente anterior, KLOEPFER<sup>165</sup> sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser considerado absoluto, no sentido de ser imune a qualquer tipo de relativização no âmbito da ordem jurídica<sup>166</sup>. Posicionamento esse que vem de encontro ao pensamento de ALEXY, para quem inexistente um princípio absoluto, assim compreendido aquele princípio que em caso de colisão, terá sempre preferência em relação aos demais princípios. Chega até mesmo a afirmar que se existem princípios absolutos, há que se modificar o conceito de princípio<sup>167</sup>.

Note-se, portanto, que para ALEXY o princípio da dignidade humana pode ceder em face de outro princípio, em decorrência das circunstâncias concretas do caso em ponderação<sup>168</sup>. Embora reconheça que “para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos”<sup>169</sup>.

Deixando de lado, por um momento, essa discussão em torno do caráter absoluto da dignidade humana, a qual se voltará mais adiante, vale ressaltar interessante abordagem da MAURER ao destacar três concepções distintas de dignidade da pessoa humana: i) a dignidade **para si**; ii) a dignidade **para nós**; iii) a dignidade **em si**.

Nestes termos, a dignidade **para si** seria aquela voltada para a compreensão pessoal, ou seja, aquilo que cada um pensa a respeito da dignidade da pessoa humana<sup>170</sup>. Sobre esse tipo de concepção adverte MAURER:

---

<sup>164</sup> SODER, José. Op. cit., p. 6. (**Grifos ausentes no original**).

<sup>165</sup> Professor catedrático da Universidade Humboldt, de Berlim.

<sup>166</sup> Cf. KLOEPFER, Michael. Op. cit., p. 157, 178.

<sup>167</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 106.

<sup>168</sup> Cf. Ibidem, p. 107-108.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>170</sup> Cf. MAURER, Béatrice. Op. cit., p. 71.

O que acontece é que essa valorização extrema do indivíduo e daquilo que ele pensa ser a verdade é certamente a maior ameaça atual para a dignidade da pessoa humana no Ocidente (...). Assim, em nome da liberdade, da autonomia pessoal, é grande o risco de que cada um determine, defina a sua própria dignidade como bem entenda. Essa análise não apenas é perigosa devido ao fato de que é bastante presunçoso dizer o que é a dignidade, mesmo que ela pertença à própria pessoa, mas também porque essa pertença não justifica a propriedade abusiva. (...) Trata-se, aqui, do abuso da dignidade<sup>171</sup>.

De outra banda, a dignidade **para nós**, estaria associada à concepção de dignidade coletiva, onde existiria certo consenso social, e se refletiria em diferentes grupos da sociedade, como as comunidades religiosas<sup>172</sup>. A dignidade para nós, portanto, teria haver com a compreensão comunitária da dignidade. MAURER afirma que tanto na dignidade **para si** (individual) como na dignidade **para nós** (sociedade), na verdade, “ainda não sabemos o que é a dignidade da pessoa humana”<sup>173</sup>.

E, por derradeiro, a autora aduz que o ideal seria buscar uma concepção da dignidade **em si**, ou seja, sem subjetivismos de ordem pessoal ou coletiva. Mas, isso conduziria a pesquisa a uma **via sem fim**, pois a dignidade, como conceito dinâmico, não poderia ser definida<sup>174</sup>. Nada obstante essa constatação, a autora se aventura a fazer pequena fuga sobre a dignidade, e destaca como seus dois principais elementos, a liberdade e a obrigação geral de respeito à pessoa<sup>175</sup>.

Pois bem, com esse propósito, MAURER aproxima a noção de dignidade do valor da liberdade, mas adverte que se a dignidade exige o complemento da liberdade, esta não é toda a dignidade<sup>176</sup>. A autora também destaca que a dignidade também exige que as pessoas sejam respeitadas, porque todas as pessoas são iguais em dignidade<sup>177</sup>.

Neste aspecto, parece que a autora privilegia a dimensão negativa da dignidade humana, que se impõem como limite da atividade estatal e da sociedade em geral<sup>178</sup>. Nessa mesma linha, KLOEPFER destaca que a dignidade humana

---

<sup>171</sup> Idem.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>175</sup> Cf. Ibidem, p. 75-85.

<sup>176</sup> Cf. Ibidem, p. 75, 78.

<sup>177</sup> Cf. Ibidem, p. 80-81.

<sup>178</sup> Sobre a dupla dimensão negativa e prestacional da dignidade da pessoa humana, como limite e tarefa do Estado ver SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 30-33.

primeiramente representaria um dever concreto de proteção contra medidas estatais como “a tortura, a escravidão, as deportações, as discriminações e as estigmatizações”<sup>179</sup>.

Dito isso, o que importa, nesta quadra, é que essa perspectiva negativa da dignidade humana compreende o direito/dever de ser tratado com respeito pelos demais membros da sociedade, e relaciona-se diretamente com a politização do homem, como ser sociável, integrante de uma comunidade plural. Aliás, ARENDT discorre sobre os pressupostos da existência e condição humana, nos seguintes termos:

A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda vida política. Assim, o idioma dos romanos – talvez o povo mais político que conhecemos – empregava como sinônimos as expressões ‘viver’ e ‘estar entre os homens’ (*inter homines esse*), ou ‘morrer’ e ‘deixar de estar entre os homens’ (*inter homines esse desinere*)<sup>180</sup>.

Desse pressuposto, emerge a idéia da ordem jurídica proteger a dignidade da pessoa humana, que passa a atuar como limite da atividade estatal e da sociedade em geral, pois “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”<sup>181</sup>.

Por outro lado, a dignidade humana não se limita à sua dimensão negativa, mas compreende igualmente uma perspectiva prestacional, revelando a sua dupla função constitutiva como limite e tarefa do Estado<sup>182</sup>. Por essa razão, BASTOS assinala que a dignidade humana “parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social”<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> Cf. KLOEPFER, Michael. Op. cit., p. 164.

<sup>180</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 15.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>182</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**, p. 30-33.

<sup>183</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 425.

Esse mesmo autor, então, destaca a dimensão prestacional do princípio em tela ao declarar que “é um dos fins do Estado propiciar as **condições** para que as pessoas se tornem dignas”<sup>184</sup>. Assim sendo, se a tortura representaria uma violação da dimensão negativa da dignidade humana, da mesma forma, a qualidade de vida desumana ensejaria uma violação desse princípio, em sua perspectiva prestacional<sup>185</sup>.

Nessa exata trilha, BENDA também destaca essa dupla dimensão da dignidade da pessoa humana, qual seja a de ser respeitado e a de garantir a sua existência material. Para esse autor, além da expectativa de não ser desrespeitado ou tratado arbitrariamente, o Estado tem a obrigação de garantir a existência material das pessoas. Desse modo, a dignidade humana reverteria em uma obrigação prestacional do Estado, de modo a prover uma existência digna, ou pelo menos um mínimo existencial<sup>186</sup>.

Neste diapasão, BARCELLOS registra que “não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou com o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo”<sup>187</sup>.

Assim, embora em princípio BARROSO tenha se demonstrado cético em relação aos efeitos jurídicos do princípio em tela, destacou que “passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego, são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana”<sup>188</sup>.

Em relação a este tema, TORRES<sup>189</sup> apresenta o conteúdo da dignidade da pessoa humana como um conjunto de condições materiais necessárias para a subsistência do indivíduo. Esse autor esclarece que “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as

---

<sup>184</sup> Idem. (Grifos ausentes no original).

<sup>185</sup> Cf. Idem.

<sup>186</sup> Cf. BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: \_\_\_\_\_ *et al.* **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996. p. 126.

<sup>187</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da pessoa humana na constituição de 1988**, p. 179.

<sup>188</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, p. 296.

<sup>189</sup> Pioneiro no campo do mínimo existencial no Brasil.

condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo”<sup>190</sup>.

Assim, parece que a doutrina costuma associar essa dimensão prestacional da dignidade humana ao mínimo existencial. Para KLOEPFER, por exemplo, a noção de dignidade da pessoa humana estaria ligada aos pressupostos mínimos para uma existência humana digna<sup>191</sup>. Enquanto que para HÄBERLE “a garantia da dignidade humana pressupõe uma pretensão jurídico-prestacional do indivíduo ao mínimo existencial material”<sup>192</sup>.

Sobre este tema do mínimo existencial, importa ainda analisar o argumento de BARCELLOS, que identifica o seu conteúdo no próprio texto da Constituição, e inclui como proposta para a sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência aos desamparados, e o acesso à Justiça. Vale ressaltar que a autora identifica esses quatro elementos como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, sendo todos exigíveis judicialmente de forma direta<sup>193</sup>.

Assim, seguindo estas diretrizes a autora leciona que o núcleo da dignidade da pessoa humana cinge-se em quatro elementos principais, sendo três materiais e um instrumental: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.

Dessa forma, a educação e a saúde seria um primeiro momento da dignidade, pois por meio delas a pessoa teria condições de se desenvolver autonomamente sem depender do Estado. Por sua vez, a assistência aos desamparados, englobaria a alimentação, o vestuário e o abrigo, e estaria ligada a um conjunto de prestações que teria como propósito evitar a indignidade em termos absolutos. Essa assistência poderia ser prestada concomitantemente à educação e à saúde, de forma a complementá-los. Ou ainda, pode sinalizar o fracasso do atendimento desses últimos dois direitos, pois a pessoa não teria conseguido promover a sua própria dignidade,

---

<sup>190</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129.

<sup>191</sup> Cf. KLOEPFER, Michael. Op. cit., p. 169.

<sup>192</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**, p. 138.

<sup>193</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 258.

necessitando ainda de assistência<sup>194</sup>. Por fim, o acesso à justiça diz respeito ao elemento instrumental que pode viabilizar os outros elementos materiais caracterizadores do mínimo existencial do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>195</sup>.

Assim, segundo BARCELLOS, a tangibilidade material do princípio da dignidade da pessoa humana repousa sob o denominado mínimo existencial, pois como ela mesma apregoa “mínimo existencial e núcleo material da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno”<sup>196</sup>. TORRES comunga do mesmo entendimento ao afirmar que “o direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do respeito à dignidade humana”<sup>197</sup>.

Neste diapasão, SILVA também parece concordar com uma concepção da dignidade da pessoa humana voltada para atender as condições mínimas de existência, e sintetiza essa idéia nas seguintes palavras:

Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças, vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade<sup>198</sup>.

Talvez, por essa razão, a assistência social aos desamparados deva ser vista como um desdobramento da dignidade da pessoa humana, funcionando como uma “espécie de rede de segurança, abaixo da qual ninguém deve temer cair”<sup>199</sup>. Certamente não combina com a dignidade humana dormir ao relento, depender da compaixão do próximo para obter alimento ou, ainda, ter de disputar atendimento no corredor de um Hospital Público. É justamente pelo Brasil ser um país que procura resolver demandas pré-históricas como a reforma agrária e uma justa distribuição de renda, que o princípio da dignidade da pessoa humana costuma ganhar relevo na sua

---

<sup>194</sup> Cf. Idem.

<sup>195</sup> Cf. Ibidem, p. 259-260.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 198.

<sup>197</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 132.

<sup>198</sup> SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**, p. 93.

<sup>199</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 182.

dimensão prestacional, ao ser associado ao conceito de mínimo existencial, que se confunde com a própria questão da pobreza<sup>200</sup>.

Desde este ponto de vista, parece que a proposta acima tem claramente o objetivo de evitar a total ineficácia jurídica de vários direitos sociais, e aqui se destaca a importância da contribuição dessa autora para a determinação das prestações indispensáveis para a manutenção de uma vida com um mínimo de dignidade.

Em todo caso, SARLET adverte que a vida humana não pode ser reduzida à mera existência, no sentido de evitar a pobreza absoluta. E parafraseia SCHOLLER, para quem a dignidade da pessoa humana somente está assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”<sup>201</sup>. Talvez, por essa razão, SARLET enfatiza que a dignidade da pessoa humana se confunde com a própria concepção de uma vida saudável<sup>202</sup>.

Entretanto, convém recordar, desde logo, que como adverte KLOEPFER, mesmo no que tange ao mínimo existencial e aos direitos prestacionais exigíveis perante o Estado, não há uniformidade quanto ao alcance dessa responsabilidade social, pois ela depende do contexto sócio-econômico em que esta inserida a sociedade<sup>203</sup>. Portanto, mesmo quando o princípio da dignidade da pessoa humana é associado ao conteúdo dos direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial, sua compreensão ainda está sujeita a subjetivismos, pois necessário se faz quantificar e conceituar o que é o mínimo.

Não causa espécie, assim, a lição de FACHIN a respeito do mínimo a assegurar-se, quando destaca que a noção de patrimônio não é unívoca e, que mínimo e máximo podem não ser duas espécies do gênero “extremo”. Segundo esse autor a

---

<sup>200</sup> Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 128.

<sup>201</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor TORRES. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 567.

<sup>202</sup> Cf. Ibidem, p. 572.

<sup>203</sup> Cf. KLOEPFER, Michael. Op. cit., p. 170.

sustentação do mínimo não quantifica e sim qualifica o objeto<sup>204</sup>. Nesta quadra, o autor ressalta a necessidade de um equilíbrio, ou seja, de uma necessidade suscetível de diferentes grandezas ou de uma grandeza suscetível de vários estados, em que o mínimo não seja o valor menor, ou o menor possível, e o máximo não seja necessariamente o valor maior, ou o maior possível<sup>205</sup>.

Ainda no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana como um conjunto de prestações materiais, sem o qual restaria prejudicada a dignidade, BARCELLOS conclui que “há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõem-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são”<sup>206</sup>.

Com efeito, especialmente nesse ponto parece nítida a influência de ALEXY sobre aquela autora, pois, ao fazer referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Lei Fundamental alemã como intangível esse autor adverte que tal princípio causa a impressão de ser absoluto, embora não o seja. Esclarece que essa miragem ocorre em razão da norma jurídica da dignidade humana, ser composta em parte por regra, em parte por princípio. Estabelece que a parte absoluta da norma dignidade humana, corresponde à regra, e não ao princípio<sup>207</sup>.

Sem embargo, como é sabido, no que tange especificamente ao conjunto mínimo de prestações materiais garantidoras da dignidade humana, pelo menos parte da doutrina compreende a dignidade da pessoa humana, não como princípio, mas como regra.

Também é digno de registro o pensamento de MORAES, ao procurar identificar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana em outros direitos fundamentais. Para essa autora o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-

---

<sup>204</sup> Cf. FACHIN, Luiz Edson. O giro repersonalizante: singular, a viagem do redescobrimto. In:\_\_\_\_\_. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 291.

<sup>205</sup> Cf. Ibidem, p. 293.

<sup>206</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 193-194.

<sup>207</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 106.

se no princípio da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade<sup>208</sup>.

Assim, a dignidade da pessoa humana encontraria o seu substrato na igualdade material e não meramente formal<sup>209</sup>, no direito fundamental de não ser torturado e na garantia dos direitos da personalidade<sup>210</sup>, no princípio da liberdade numa perspectiva de privacidade, de intimidade e de exercício da vida privada<sup>211</sup> e no direito-dever de solidariedade social<sup>212</sup>.

Daí a necessidade de relembrar a lição de BARCELLOS de que os direitos fundamentais são formados tradicionalmente por três categorias principais: os direitos individuais, os direitos políticos e os direitos sociais<sup>213</sup>.

De modo geral, os direitos individuais são os clássicos direitos de liberdade, que exercem primordialmente a função de direitos de defesa do indivíduo em relação ao Estado<sup>214</sup>. Por sua vez, os direitos políticos são atribuídos a um grupo específico de pessoas, formado pelos nacionais e cidadãos, e se restringem à participação dos cidadãos no exercício da democracia<sup>215</sup> representativa<sup>216</sup>.

Por outro lado, os direitos sociais ou prestacionais atuam na condição de elementos de realização da igualdade e liberdade reais, e se encontram vinculados às tarefas exercidas pelo Estado na condição de Estado Social. Os direitos sociais,

---

<sup>208</sup> Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

<sup>209</sup> Cf. *Ibidem*, p. 86.

<sup>210</sup> Cf. *Ibidem*, p. 93-94.

<sup>211</sup> Cf. *Ibidem*, p. 107.

<sup>212</sup> Cf. *Ibidem*, p. 108.

<sup>213</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 112-113.

<sup>214</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 177.

<sup>215</sup> Esclareça-se aqui, que segundo o pensamento de BENJAMIN CONSTANT existe uma distinção entre democracia dos antigos e democracia dos modernos. De forma bem sucinta, BOBBIO esclarece que a democracia dos antigos era direta, e realizava-se nas praças e lugares públicos onde o próprio povo se reunia para decidir as questões. Por sua vez, a democracia dos modernos é representativa, tendo como figura peculiar o voto e as eleições. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 371-386.

<sup>216</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 179-180.

portanto, se dirigem ao Estado que passa a ser considerado destinatário de uma prestação de fornecimento<sup>217</sup>.

Em síntese, a noção de dignidade da pessoa humana é formada por vários conteúdos, dentre os quais se tem os direitos individuais e políticos, mas também os direitos sociais. Estes são especialmente importantes no cenário sócio-econômico brasileiro, haja vista que envolve questões materiais mínimas da dignidade humana. Pois, em uma sociedade como a brasileira, em que as promessas da modernidade foram sonegadas à maior parte da população, a dignidade da pessoa humana deve estar sempre associada à realização dos direitos sociais, e à prestação de condições materiais mínimas para a sua sobrevivência.

A fim de demonstrar-se a variedade de conteúdos que compreendem as diversas concepções de dignidade da pessoa humana, vale-se da conceituação de BARROSO, na qual se encontram tanto elementos de direitos individuais como elementos de direitos sociais:

A dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da 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. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo de novo tempo<sup>218</sup>.

Assim, concluída esta pequena fuga pelo campo das concepções filosófico-normativas que compreendem o conteúdo da dignidade humana, e constatada as dificuldades histórico-culturais de uniformização de um conceito ideológico universal, há como extrair, ainda, outra constatação de relevo também para os desenvolvimentos subseqüentes, qual seja, a desnecessidade, e mesmo a impossibilidade de fixação de um conceito mais rígido para esse postulado.

Por isso, SARLET defende que a dignidade da pessoa humana “constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceitua-lo de maneira fixista”<sup>219</sup>. Chega a afirmar que seria mesmo um equívoco apresentar um conceito fechado desse

---

<sup>217</sup> Cf. *Ibidem*, p. 205-206.

<sup>218</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**, p. 670-671.

<sup>219</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 105.

princípio, haja vista que uma definição desse tipo não se harmonizaria com o pluralismo e diversidade de valores que compreendem uma sociedade democrática contemporânea<sup>220</sup>.

Corroborando com esse entendimento SARMENTO para quem a dignidade humana “não deve ser aprisionada em conceituações ideológicas ou filosoficamente carregadas, que não se harmonizem com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam na ‘desencantada’ sociedade contemporânea”<sup>221</sup>. KLOEPFER também sustenta que o artigo 1º, inciso I, da Lei Fundamental, não deveria ser definido de forma mais precisa, sendo determinado apenas por meio de exemplos concretos de casos particulares<sup>222</sup>.

Neste norte, BARCELLOS entende que compete ao direito preencher apenas parte do conteúdo da dignidade da pessoa humana, devendo o restante do seu conteúdo ficar a encargo do Parlamento identificar, por meio da deliberação política<sup>223</sup>. Embora esse tema será objeto de estudo em capítulo próprio, basta por momento destacar que a doutrina converge para a compreensão da desnecessidade de uma definição fechada e completa da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, embora não seja possível, nem desejável, uma definição forte do princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo não se pode dizer a respeito de uma definição fraca em que se identifiquem pelo menos alguns dos contornos mais fundamentais do princípio em tela, que visem trazer maior estabilidade e segurança ao direito. Por essa razão parece válida, por exemplo, a tentativa de definição de SARLET para quem:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para

---

<sup>220</sup> Cf. *Ibidem*, p. 105-106.

<sup>221</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**, p. 70.

<sup>222</sup> Cf. KLOEPFER, Michael. *Op. cit.*, p. 159.

<sup>223</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da pessoa humana na constituição de 1988**, p. 175-176. Essa autora entende que uma Constituição democrática visa realizar dois objetivos, quais sejam: assegurar um consenso mínimo e garantir o pluralismo político.

a uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>224</sup>.

Por tudo isso, mostra-se inquietante que definições como estas, embora didáticas e elucidativas, não resolvam o desafio da ambigüidade da dignidade humana, no momento da sua concretização jurídica. Tem-se, assim, como bem assinalou COMPARATO que “não existe palavras que exprima o conceito de ser humano”<sup>225</sup>. Mais do que isso, a posição do homem como fundamento do universo ético, foi uma conquista alcançada progressivamente ao longo da história, e “a sua tradução em termos jurídicos jamais será concluída, pois ela não é senão o reflexo do estado de ‘permanente inacabamento’ do ser humano”<sup>226</sup>.

#### 1.5 SUPER-DIFUSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: IMPLICAÇÕES NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO E JURISPRUDÊNCIA

Todos esses fatores combinados – a dignidade humana como fundamento da República, elemento comum dos direitos fundamentais e critério hermenêutico do sistema normativo – somado ainda há um forte processo de constitucionalização sobre os demais ramos do direito, tem contribuído decisivamente para a super-difusão desse princípio no momento da concretização do direito. E, isso tem levado à formação de uma onda de decisões judiciais fundadas na dignidade da pessoa humana, embora muitas delas se limitem apenas a argüir a sua violação, sem maiores reflexões sobre a compreensão do seu conteúdo normativo.

Ademais, registre-se que não é apenas o volume de demandas que invocam o princípio da dignidade da pessoa humana que chama a atenção, haja vista que se reconhece que esse fenômeno não é homogêneo na jurisprudência. Mas, em determinados modelos teóricos não há como se negar a super-valorização desse

---

<sup>224</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 37.

<sup>225</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 12.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 36.

princípio, na medida em que sua compreensão passa a ser decisiva para decidirem-se questões de alto interesse nacional. Veja-se, por exemplo, o debate acerca das pesquisas em células-tronco<sup>227</sup> travado no Supremo Tribunal Federal, que teve como fundamento dos dois lados o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse fenômeno não passou despercebido para SARLET, que salienta que cada vez mais os Tribunais passam a se valer do princípio da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, ou seja, “como fundamento para solução das controvérsias, notadamente interpretando a normatividade infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana”<sup>228</sup>. E, em nota de rodapé, enfrenta o cerne do problema:

Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa humana, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente de dignidade adotada e os motivos pelos quais determinada conduta (seja qual for sua procedência ou natureza) foi considerada como ofensiva à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do órgão julgador, acaba por constituir fator que mais desvaloriza do que valoriza a aplicação do princípio<sup>229</sup>.

Não é por acaso que AFONSO DA SILVA observa que o princípio da dignidade da pessoa humana estaria sendo utilizado diretamente para resolver quase todos os problemas jurídicos, desencadeando um fenômeno indesejado de banalização e enfraquecimento desse princípio. Nesse sentido, manifesta-se o autor:

No Brasil, em decorrência da banalização do uso da garantia da dignidade da pessoa humana, muitos casos de restrição a direitos fundamentais – às vezes nem isso – tendem a ser considerados como uma afronta a essa garantia. Diante disso, pode-se dizer que ou a dignidade humana, é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de um enorme “guarda-chuva”, embaixo do quais diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção<sup>230</sup>.

O referido autor ainda sustenta que atualmente se recorre à dignidade da pessoa humana “para garantir o direito ao nome, para decidir sobre a

---

<sup>227</sup> Esse caso será objeto de análise mais adiante.

<sup>228</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, p. 80.

<sup>229</sup> Ibidem, p. 80-81.

<sup>230</sup> AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 370 f. Tese (Concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor Titular em Direito Constitucional), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 225.

inconstitucionalidade da transformação de taxistas autônomos em permissionários, para refutar a instauração de inquérito, ou, ainda, para negar a possibilidade de exame compulsório de DNA”<sup>231</sup>.

Esta super-difusão do princípio da dignidade da pessoa humana parece ser um fenômeno comum a todos os ramos do direito, e parece impregnar quase todos os debates jurídicos, como se procurará demonstrar a seguir. Com esse propósito, apresentar-se-ão alguns autores de ramos distintos do direito, a fim de demonstrar o grande impacto que esse princípio tem exercido na vasta e diversificada seara do direito. Ressalte-se, desde já, que essa pequena fuga para os diversos ramos jurídicos, não tem a pretensão de esgotar os seus principais autores, tampouco mapear a incidência da dignidade humana em todas as ramificações do direito. Serve tão somente, para num exercício de amostragem, ressaltar as diferentes roupagens que esse princípio assume.

No campo do **direito civil**, por exemplo, FACHIN observa que a travessia do direito civil tradicional ao direito civil contemporâneo (1916 a 1988) e da Constituição para o Código civil brasileiro de 2002, principia e tem pertinência com o tema da pessoa, e é especialmente profunda no campo da propriedade, da família e do contrato<sup>232</sup>.

O referido autor destaca a noção de pessoa no estudo da relação jurídica, e se volta contra a excessiva abstração e generalidade que se emprega a essa categoria, que segundo ele é afastada do sentido da realidade<sup>233</sup>. Ao trabalhar o conceito de pessoa FACHIN leciona que “o sujeito não ‘é’ em si, mas ‘tem’ para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (...), e é mais um ‘indivíduo patrimonial’”<sup>234</sup>. Mas destaca que a tendência contemporânea é o abandono dessas concepções abstratas e genéricas, e que a noção clássica de pessoa não corresponde ao sentido que o novo Código civil imprime a esse tipo de realidade, como categoria concreta do sujeito<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> Ibidem, p. 257.

<sup>232</sup> Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81.

<sup>233</sup> Cf. Ibidem, p. 88.

<sup>234</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>235</sup> Cf. Ibidem, p. 92-93.

Dessa forma, na seara do direito civil, a dignidade da pessoa humana transmuta-se na **cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana** e ganha força nas relações inter-subjetivas. TEPEDINO insta os civilistas a se atentarem para a cláusula geral de tutela no que tange à proteção da pessoa humana, esculpida nos arts. 1º, inc. III; 3º, inc. III, e 5º, § 2º da CF/88. Segundo esse autor com a fixação dessa cláusula geral, eleva-se ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando-se a atividade econômica privada aos valores humanos existenciais<sup>236</sup>.

Neste sentido, MATOS também destaca o movimento de repersonalização do direito civil, que visa sobrepor os interesses personalísticos aos outros interesses jurídicos. A chamada repersonalização do direito civil ocorre em virtude da fusão do direito civil com o direito constitucional, que privilegia os interesses da pessoa humana. Ao entrelaçamento desses dois tradicionais ramos, nasce o que hoje se denomina de direito civil-constitucional<sup>237</sup>. É nesse contexto, pois, que assevera a autora que “a hierarquia das normas está a nos informar sobre a necessidade de imperar os novos valores das cartas constitucionais em detrimento do viés essencialmente individualista e patrimonialista da Codificação Civil. Com a superioridade dos princípios constitucionais, há uma outra atmosfera axiológica centrada no valor da dignidade da pessoa humana”<sup>238</sup>.

Por sua vez, PERLINGIERI aborda a ascensão do personalismo como uma tentativa de reconstruir o conceito de valor da pessoa<sup>239</sup>. E atenta para o conceito de igual dignidade social como resultado da atuação dos princípios da solidariedade e da igualdade. Segundo esse autor a igual dignidade social é um instrumento que “confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes”<sup>240</sup>. Nesse sentido, a igual

---

<sup>236</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, p. 67.

<sup>237</sup> Cf. MATOS, Ana Carla Marmatiuk. Sete diálogos sobre a relação ensino-aprendizagem no Direito. In: **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *et al.* (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 415.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 416.

<sup>239</sup> Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 35.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 37.

dignidade social atuaria como um comando de libertação contra situações econômicas, culturais e sociais degradantes, impondo ao Estado o dever de agir a fim de corrigir essas distorções sociais.

Deveras, na obra de JABUR, sobre liberdade de pensamento e direito à vida privada, fica evidente a influência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre os direitos da personalidade. Segundo esse autor “os direitos personalíssimos são a maior expressão da dignidade humana”<sup>241</sup>, e “a liberdade de expressão encontra, assim, limites bem especificados na dignidade humana”<sup>242</sup>.

Assim, a liberdade de imprensa e o direito de informar devem adaptar-se ao postulado da dignidade da pessoa humana<sup>243</sup>, sob pena dos meios de comunicação, como o jornal, rádio e televisão, serem passíveis de ação judicial a fim de adequar a sua programação a esse preceito constitucional<sup>244</sup>, pois a honra é tida como um dos elementos integrantes da dignidade humana<sup>245</sup>. Nessa mesma linha, SILVA assevera que “a pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade (...) mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria”<sup>246</sup>.

Por outro lado, cumpre destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana também causou profundo impacto no campo do **direito penal**. Em face disso, PRADO afirma “que a força normativa desse princípio supremo se esparge por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais”<sup>247</sup>. E, exemplifica dizendo que uma violação aos princípios da legalidade ou culpabilidade implicará também, em última análise, uma lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, e que toda lei que viole esse princípio deve ser declarada inconstitucional<sup>248</sup>.

---

<sup>241</sup> JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit., p. 209.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 210.

<sup>243</sup> Cf. Ibidem, p. 361.

<sup>244</sup> Cf. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 64.

<sup>245</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 205.

<sup>246</sup> Idem.

<sup>247</sup> PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 145.

<sup>248</sup> Cf. Idem.

Em linha similar, no seu curso de direito penal, CAPEZ dedica uma subsecção somente para tratar do direito penal fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse item o autor critica KELSEN por desconsiderar o aspecto material das normas, e destaca que tipos incriminadores que se limitam apenas a descrever infrações penais, pouco importando se ofendem ou não o sentimento de justiça social, atentam contra a dignidade humana<sup>249</sup>. Nesse ponto o autor quer enfatizar a necessidade das leis penais selecionarem fatos de relevância jurídica fundamental para a sociedade, sob pena de violar-se o princípio básico da dignidade humana.

De resto, CAPEZ apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios contadores da pretensão punitiva do Estado, e afirma que “nenhuma previsão legal de infração penal pode sobreviver ao controle vertical de constitucionalidade se o conteúdo da disposição for claramente atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>250</sup>. Significa dizer que a dignidade humana deve servir de critério de garantia individual diante da intervenção punitiva estatal, e que esta não pode ser aplicada sem ter por baliza o princípio maior da dignidade humana.

Por outra via, BENDA enfatiza que na esfera do direito penal e do processo penal, o artigo 1.1, da Lei Fundamental, “protege al inculpadu por una acción punible de ser reducido a la condición de mero objeto de la pretensión estatal de castigo”<sup>251</sup>. Além disso, o referido dispositivo constitucional, “prohíbe penas desproporcionalmente altas o crueles”<sup>252</sup>. O autor também destaca que é atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana a “coerción a la declaración como el recurso a medios psicológicos o técnicos que, como particularmente el narcoanálisis o el detector de mentiras”<sup>253</sup>, a fim de averiguar a dose de veracidade das afirmações dos acusados. Já para KLOEPFER, a dignidade da pessoa humana pode ser relativizada a

---

<sup>249</sup> Cf. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1. p. 9.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>251</sup> BENDA, Ernesto. *Op. cit.*, p. 127.

<sup>252</sup> *Idem*.

<sup>253</sup> *Idem*.

fim de permitir a utilização de detectores de mentira, quando com isso, se puder evitar julgamentos equivocados<sup>254</sup>.

No que tange especificamente sobre os efeitos da dignidade humana no campo do **processo penal**, GOMES assevera que “uma constituição que tem como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), (...), evidentemente parte do pressuposto de que a liberdade individual, no processo penal, vem em primeiro lugar. Só em casos excepcionais, respeitado o devido processo legal (*due process of law*), pode haver, portanto, privação ou restrição dessa liberdade”<sup>255</sup>.

Por sua vez, registre-se que também na esfera do **processo civil**, há manifestações do citado princípio. Pois bem, GRECO FILHO em seu trabalho sobre direito processual civil brasileiro, dedica um tópico exclusivo para a reflexão do valor da pessoa humana como fundamento do direito, e seu valor supremo, “em função do qual todo o direito gravita e constitui sua própria razão de ser”<sup>256</sup>. Coloca dessa forma, como pressuposto, do sistema processual brasileiro as garantias e direitos individuais pautados pela dignidade da pessoa humana<sup>257</sup>.

Já na esfera **administrativa**, JUSTEN FILHO enfatiza que o “regime de direito administrativo e o exercício do poder político apenas adquirem sentido completo quando relacionados ao princípio máximo da supremacia da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III), como síntese dos direitos fundamentais”<sup>258</sup>.

Segundo esse autor “todos os princípio jurídicos se vinculam à dignidade humana”<sup>259</sup>, que consiste na concepção de que o ser humano não pode ser tratado como instrumento ou objeto, mas como um fim em si mesmo. E, enfatiza que o Estado é apenas um instrumento para realizar a dignidade humana<sup>260</sup>.

---

<sup>254</sup> Cf. KLOEPFER, Michael. Op. cit., p. 178.

<sup>255</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 107.

<sup>256</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 16.

<sup>257</sup> Cf. Ibidem, p. 15-17.

<sup>258</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 66.

<sup>259</sup> Idem.

<sup>260</sup> Cf. Ibidem, p. 67.

A partir daí, JUSTEN FILHO defende a transcendentalidade do princípio da dignidade humana, não apenas no sentido da sua superioridade aos demais princípios e valores, mas também no sentido de ser uma condição para a existência e compreensão do próprio sistema jurídico<sup>261</sup>.

Sem embargo, a dignidade humana apresenta reflexos até mesmo no campo do **direito tributário**, pois como assevera KLOEPFER ela representaria um limite ao poder de tributar do Estado, no sentido ser vedado ao Estado impor uma carga tributária insuportavelmente alta, que venha a por em risco o mínimo existencial<sup>262</sup>.

Nem mesmo o campo do **direito ambiental** está imune aos seus reflexos, pois embora ANTUNES não utilize a expressão dignidade da pessoa humana, ensina que “o direito ambiental (...) é fruto da luta dos cidadãos por uma nova forma e qualidade de vida”<sup>263</sup>. E arremata lecionando que “o meio ambiente é considerado um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”<sup>264</sup>. Seguindo esse raciocínio, a dignidade humana poderia facilmente ser equiparada a uma vida com qualidade, e servir de fundamento para os apelos ambientais.

Sublinhe-se ainda que a dignidade humana circula com grande facilidade por temas sensíveis do direito, como a **pena de morte, o aborto e a eutanásia**. TALAMINI, por exemplo, condena a adoção da pena de morte com fundamento na dignidade da pessoa humana, pois para ele “a pena de morte (...) elimina aquele a quem ela se destina. Nega a pessoa. Coisifica-a”<sup>265</sup>.

Sob outra perspectiva, GOMES defende a eutanásia, a morte assistida e a ortotanásia, com fundamento na dignidade humana. Segue os comentários do autor:

(...) mesmo *de lege data* (tendo em vista o ordenamento jurídico vigente hoje), desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade de vida futura atestada por médicos etc.), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não

---

<sup>261</sup> Cf. Idem.

<sup>262</sup> Cf. KLOEPFER, Michael. Op. cit., p. 170.

<sup>263</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen. 2001. p. 17.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>265</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 188.

constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela (no sentido de que a ortotanásia é juridicamente irreprovável cf. BARROSO, Folha de S. Paulo de 04.12.06, p. C4)<sup>266</sup>.

Por outro viés, RIBEIRO sustenta que “no Brasil, não há autorização legal para a eutanásia nem para o suicídio assistido. Mas, a suspensão de esforço terapêutico encontra-se na Constituição Federal (art. 1º, III, e art. 5º, III) – que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro”<sup>267</sup>.

Também é vasta a **jurisprudência** que versa sobre a temática da dignidade da pessoa humana. No primeiro acórdão colacionado, tem-se que a impetrante ajuizou mandado de segurança contra o Secretário Estadual da Saúde do Estado do Paraná visando obter medicamentos quimioterápicos para tratamento do câncer que possui. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, denegou a segurança, em virtude de não ter havido ato ilegal ou abusivo da autoridade apontada como coatora para a concessão do *mandamus*.

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, em voto do Ministro Relator FUX, com base no direito fundamental à vida e à saúde, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme ementa transcrita abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. CÂNCER. DIGNIDADE HUMANA.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Precedentes: *RMS 17449/MG DJ 13.02.2006*; *RMS 17425/MG, DJ 22.11.2004*; *RMS 13452/MG, DJ 07.10.2002*<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9437>>. Acesso em: 27 nov. 2007.

<sup>267</sup> RIBEIRO, Diulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana: anais do V congresso brasileiro de Direito de família**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 2005. p. 281.

<sup>268</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 20.335. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 abr. 2007. **Revista eletrônica da jurisprudência**. Disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501136165&dt\\_publicacao=07/05/2007](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501136165&dt_publicacao=07/05/2007)>. Acesso em: 13 jun. 2008.

O segundo acórdão trata-se de ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento dos efeitos previdenciários e trabalhistas, acrescidos de danos materiais e morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do autor, bem como na sua tortura, cujas conseqüências alega ser irreparáveis.

Em voto do Ministro FUX o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial impetrado contra a União, destacando que a tortura é o mais expressivo atentado à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Segue a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISSIDENTE POLÍTICO PRESO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. TORTURA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º DECRETO 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE. (...)

2. Prova inequívoca da perseguição política à vítima e de imposição, por via oblíqua, de sobrevivência clandestina, atentando contra a dignidade da pessoa humana, acrescido do fato de ter sido atingida a sua capacidade laboral quando na prisão fora torturado, impedindo atualmente seu auto sustento. (...)

4. Deveras, a tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

5. Sob esse ângulo, dispõe a Constituição Federal:

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

*III - a dignidade da pessoa humana;"<sup>269</sup>*

O terceiro acórdão colacionado cuida-se de agravo regimental interposto pela Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, que sustenta que a suspensão do fornecimento de energia, encontra respaldo na legislação específica, inexistindo qualquer demonstração de coerção ou abuso de poder na conduta discutida no presente feito, aduzindo que a discussão é estritamente de direito, a fim de ver afastada a incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Em acórdão da lavra do

---

<sup>269</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 845.228 - RJ (2006/0121910-4). Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 23 out. 2007. **Revista eletrônica da jurisprudência**. Disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601219104&dt\\_publicacao=18/02/2008](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601219104&dt_publicacao=18/02/2008)> . Acesso em: 13 jun. 2008.

Ministro FUX a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA FATURA EMITIDA EM FACE DO CONSUMIDOR. SÚMULA 7/STJ.

1. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II), consoante entendimento assentado na 1.ª Seção, no julgamento do REsp n.º 363.943/MG.
2. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos, posto essenciais para a sua vida. Curvo-me, todavia, ao posicionamento majoritário da Seção.
3. Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por conseguinte, inaugurando o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação<sup>270</sup>.

Por sua vez, em Recurso Extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal, a recorrente insurgiu-se a cerca da impenhorabilidade do bem de família em decorrência de despesas condominiais. Embora, tenha sido negado provimento ao recurso, por tratar-se de dívida decorrente de contrato de comunhão de escopo, e não de contrato de intercâmbio, a dignidade da pessoa humana é mencionada como fundamento da preservação da propriedade. Extraí-se da ementa:

Recurso extraordinário. Bem de família. Penhora. Decorrência de despesas condominiais.

1. A relação condominial é, tipicamente, relação de comunhão de escopo. O pagamento da contribuição condominial (obrigação *propter rem*) é essencial à conservação da propriedade, vale dizer, à garantia da subsistência individual e familiar - a dignidade da pessoa humana.
2. Não há, razão, para no caso, cogitar-se de impenhorabilidade.
3. Recurso extraordinário a que se nega provimento<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 873.174 - RS (2006/0167802-8). Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 ago. 2007. **Revista eletrônica da jurisprudência.** Disponível em: <<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/REJ.cgi/MON?seq=3155048&formato=PDF>>. Acesso em: 13 jun. 2008.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 439.003-5. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 6 fev. 2007. **Inteiro teor de acórdãos.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 13 jun. 2008.

Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de *habeas corpus* em favor de nacional colombiano que havia sido preso preventivamente para fins de extradição, a pedido do Governo do Panamá. Colhe-se da ementa:

Hábeas Corpus. 1. Pedido de revogação de prisão preventiva para extradição (PPE). (...) 8. O Pacto de San José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (Art. 7º, 5). 9. A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação da liberdade dos cidadãos (Art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/88, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPE's<sup>272</sup>.

Em linha similar, o Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de extradição formulado pelo governo da Bolívia, mas destacou a necessidade de observarem-se os direitos humanos consagrados no Estado de direito, especialmente a dignidade da pessoa humana. Segue um trecho da ementa: “Extradição e necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal, do Estado de Direito e do respeito aos direitos humanos. (...) A proteção judicial efetiva permite distinguir o estado de direito do estado policial e a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do **princípio da dignidade humana** na ordem jurídica”<sup>273</sup>.

Finalmente, sublinhe-se que o Supremo Tribunal Federal julgou ADIN de n. 3.510-0, proposta pelo então Procurador Geral da República FONTELES, em face do artigo 5 da Lei Federal n. 11.105, de 24 de março de 2005<sup>274</sup>, popularmente conhecida

---

<sup>272</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus n. 91.657-1. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 set. 2007. **Inteiro teor de acórdãos**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 13 jun. 2008.

<sup>273</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 986-9. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 15 ago. 2007. **Inteiro teor de acórdãos**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 13 jun. 2008. **(Grifos ausentes no original)**.

<sup>274</sup> Segue redação integral do artigo 5: “Art. 5. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

como Lei da Biossegurança. O autor da ação argumentava que os dispositivos legais impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito que radica na preservação da **dignidade da pessoa humana**”<sup>275</sup>.

De outra ordem, foi a motivação do Ministro Relator BRITTO, que utilizou o princípio da dignidade da pessoa humana para julgar totalmente improcedente a referida ADIN. Ao referir-se aos textos normativos em causa, o Ministro sustentou que se trata de um “conjunto normativo que parte do pressuposto da **intrínseca dignidade de toda forma de vida humana**, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro)”<sup>276</sup>.

Na mesma linha, o Ministro PELUSO endossou as pesquisas com células tronco, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois:

Os objetos teóricos de pesquisas não traçam caminhos mutuamente excludentes. Considerando-se que, ao propósito, nenhuma das tecnologias conhecidas demonstrou cabal suficiência no sentido de esgotar as potencialidades científico- terapêuticas, fica desde logo claro que o estudo com as CTE<sup>277</sup> é de todo em todo adequado e recomendável, na medida em que **pode contribuir para promoção de objetivos e valores constitucionais legítimos, que são o direito à vida, à dignidade, à saúde e à liberdade de investigação científica**. E, porque é decisiva para a ciência, a consideração de sua velocidade ou aspecto temporal aparece ainda como manifestamente importante, até porque, como há de ver-se, **não sacrifica nenhum princípio jurídico nem direito algum, sobretudo os que protegem a**

---

§ 2. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.” Brasil. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2008.

<sup>275</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.510-0 - DF. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 29 mai. 2008. **Inteiro teor de acórdãos**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2008. **(Grifos ausentes no original)**.

<sup>276</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.510-0 - DF. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 29 mai. 2008. **Inteiro teor de acórdãos**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2008. **(Grifos ausentes no original)**.

<sup>277</sup> Abreviatura para células-tronco embrionárias.

**vida e a dignidade humanas**, para realização daquelas outras altas finalidades, com a intensidade e amplitude desejáveis. (...)

A racionalidade da lei inspira-se também em outros valores de estatura constitucional, em particular **o amplo direito à vida com dignidade** daqueles cuja saúde, sobretudo física, depende de tratamentos que possam, eventualmente, resultar das pesquisas com células-tronco embrionárias<sup>278</sup>.

Em face disso, percebe-se que em matéria de tamanha relevância social - que chamou a atenção de diversos segmentos representativos da sociedade civil, como a comunidade científica e religiosa e que pode afetar a vida de milhões de pessoas que sofrem de doenças genéticas graves<sup>279</sup> - o Plenário do Supremo Tribunal Federal permitiu a pesquisa com células-tronco embrionárias, conforme previsto pela Lei 11.105/05, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 1.6 A PROBLEMÁTICA DA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA: ANÁLISE DE UM CASO PARADIGMÁTICO

Talvez alguns dos desafios que a interpretação e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana enfrentam, possa ser mais bem ilustrado por meio de um *leading case* da administração francesa, conhecida como *Morsang-sur-Orge*. Em uma cidade, com este nome, certa boate organizara um concurso de **arremesso de anão** (*lancer de nain*) que consistia em uma prova cujo vencedor seria aquele que conseguisse lançar um anão mais longe, a partir do palco da discoteca. Contudo, valendo-se do seu poder de polícia, o prefeito da cidade interditou o show em cartaz,

---

<sup>278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.510-0 - DF. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 29 mai. 2008. **Inteiro teor de acórdãos**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510CP.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2008. **(Grifos ausentes no original)**.

<sup>279</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.510-0 - DF. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 29 mai. 2008. **Inteiro teor de acórdãos**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

por entender que esse tipo de entretenimento se afigurava totalmente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>280</sup>.

Essa decisão administrativa teve como fundamento o art. 3º da Convenção Européia de Salvaguardas dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo texto consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, o mais interessante nesse caso, é que o próprio **anão-projétil**, em litisconsórcio com a empresa organizadora do evento, recorreu ao tribunal administrativo, sob o argumento de que aquele tipo de atividade não perturbava a ordem pública, e que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho também representavam garantias fundamentais do ordenamento jurídico francês<sup>281</sup>.

Apesar da demanda obter êxito em primeira instância, acabou sendo reformada em grau de recurso, pelo órgão de cúpula da jurisdição administrativa francesa, o Conselho de Estado, com o fundamento de que a tutela da dignidade humana integra o conceito de ordem pública, e que a autoridade investida do poder de polícia pode interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana<sup>282</sup>, que é indisponível pelo seu próprio titular<sup>283</sup>.

À primeira vista essa decisão da justiça administrativa francesa parece irrepreensível, no entanto, como observa SCHIER, em um país como o Brasil, com tantas desigualdades sociais e preconceitos, “seria legítimo, em nome da dignidade, fazer com que certo cidadão ficasse desempregado e, assim, morresse dignamente de fome?”<sup>284</sup> Trazendo esse caso para a realidade sócio-econômica do Brasil, e à luz dos princípios fundamentais da República listados no artigo 1º da Constituição Federal, seria apropriado dizer que a dignidade da pessoa humana é um princípio superior aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ambos citados no mesmo artigo? Apesar desses questionamentos serem apenas provocativos, faz despertar para a

---

<sup>280</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**, p. 72.

<sup>281</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 59.

<sup>282</sup> Cf. Idem.

<sup>283</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**, p. 73.

<sup>284</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2007. p. 19.

realidade de que o Brasil enfrenta mazelas sociais que tornam ainda mais complexa a interpretação e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A despeito das críticas apresentadas, a verdade é que no Brasil as promessas da modernidade não beneficiaram a maioria e que o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido utilizado como instrumento de resgate dessas promessas e, por conseguinte, dos direitos fundamentais sonogados à maior parte da população. Nada obstante, é necessário estabelecer alguns critérios objetivos para uma adequada aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de que ele não se torne apenas em um “metal que soa ou sino que tine”<sup>285</sup> no vazio.

---

<sup>285</sup> I CORÍNTIOS. In: **BÍBLIA Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995. Cap. 13, vers. 1.

## 2 ANÁLISE, CRÍTICAS E REFLEXÕES SOBRE OS ELEMENTOS CENTRAIS DO PARADIGMA (NEO)CONSTITUCIONAL

O marco histórico do (neo)constitucionalismo<sup>286</sup> foi a (re)constitucionalização e (re)democratização<sup>287</sup> da Europa continental imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX<sup>288</sup>, especialmente com a derrota do nazismo na Alemanha, por meio da Lei Fundamental de Bonn de 1949, e do fascismo na Itália, por meio da Constituição da Itália de 1947. A elas sucederam-se, ao

---

<sup>286</sup> Segundo BARCELLOS “a expressão ‘neoconstitucionalismo’ tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. O prefixo *neo* parece transmitir a idéia de que se está diante de um fenômeno novo (...). De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolveu diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional”. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. p. 83. Por sua vez, BARROSO ao tratar sobre os prefixos *pós* e *neo* declarou “Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2008. p. 2.

<sup>287</sup> Na verdade, a constitucionalização do Estado começou já no século XVIII, como consequência das conquistas das revoluções americana e francesa. Cf. DIAS, Sérgio Novais; BAHIA, Saulo José Casali. **Constituição e a revisão de 1993**: conceito de constituição no mundo moderno, revisão constitucional (art. 3., ADCT/88) e poder constituinte. Salvador: Ciência Jurídica, 1992. p. 21. Contudo, durante as experiências nazista e fascista houve um esvaziamento deste movimento constitucional, que adquiriu nova força somente após o fim daqueles regimes autoritários, na segunda metade do século XX. Daí a razão de se falar em (re)constitucionalização ou (re)democratização, no sentido de retomada de um processo provisoriamente interrompido por fatores históricos.

<sup>288</sup> Registre-se que este trabalho não tem o propósito de apresentar uma longa explanação histórica a respeito da origem do neoconstitucionalismo. Ademais, a história do (neo)constitucionalismo confunde-se com o surgimento do princípio da dignidade da pessoa humana, que já foi abordado no primeiro capítulo deste trabalho. Neste sentido leciona DUARTE ao afirmar que “a extensão epistêmico-normativa e conceitual do princípio da dignidade da pessoa humana – o qual requeria a real estruturação democrática do próprio Estado – imprimirá a necessidade de institucionalizar a proteção de direitos pós-materiais, os quais serão garantidos, agora, a partir da fórmula política de Estado concebida como Estado Democrático de Direito”. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 23.

longo da década de 70, a (re)constitucionalização e (re)democratização de Portugal (1976) e da Espanha (1978)<sup>289</sup>.

Dessa forma, depois do Pós-Guerra o sentimento geral era de desconfiança acerca do modelo de Estado Legislativo e no dogma da neutralidade da lei<sup>290</sup>, de tal forma que o pensamento Ocidental colocou em cheque a experiência autoritária e o positivismo<sup>291</sup> que possibilitou aquelas barbáries. Neste contexto, abrem-se as portas para a ascensão dos princípios, que passam a comunicar o direito com o universo da ética, dando margem para a retomada da argumentação racional sobre os valores e a justiça<sup>292</sup>.

Com efeito, o direito dos ordenamentos jurídicos Ocidentais posteriores ao Segundo Pós-Guerra<sup>293</sup> são exemplos concretos do direito constitucionalizado. Estas constituições “se caracterizam pela previsão de um grande número de princípios e direitos fundamentais, e são Constituições longas e densas”<sup>294</sup>, razão pela qual marcam o início de uma nova era no direito que é incompatível com o positivismo<sup>295</sup>, e opera “um aperfeiçoamento do Estado de Direito”<sup>296</sup>. De fato, o (neo)constitucionalismo parece surgir da confluência da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo, que acabam por formar uma terceira via acerca do direito e

---

<sup>289</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, p. 3-4.

<sup>290</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 16.

<sup>291</sup> Segundo PIOVESAN “é neste cenário que se manifesta a grade crítica e repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal, tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Saraiva: São Paulo, 2006. p. 17.

<sup>292</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p. 79.

<sup>293</sup> Para PIOVESAN, a chamada concepção contemporânea de Direitos humanos, é fruto do movimento de internacionalização dos Direitos humanos, que surgiu a partir do segundo pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Segundo a autora, em nome de um projeto político, a era Hitler enviou 18 milhões de pessoas para os campos de concentração, resultando na morte de 11 milhões de pessoas, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**, p. 17.

<sup>294</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 86.

<sup>295</sup> Para uma melhor compreensão sobre o positivismo consultar o item 3.2 deste trabalho. Ver ainda KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 2.; HART, Herbert L. A. Op. cit., p. 13.

<sup>296</sup> SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 113.

sua função social<sup>297</sup>. Desta forma, “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o Direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”<sup>298</sup>.

Não causa espécie, assim, que o (neo)constitucionalismo apareça para contrapor a ideologia positivista que predominou no Estado de direito até a primeira metade do século XX. As razões (neo)constitucionalistas para esta incompatibilidade podem ser esquematizadas da seguinte forma: i) o direito positivo, somente por ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral; ii) No positivismo a lei ordinária ocupa uma posição soberana, enquanto que no Estado constitucional, passa a exercer um papel subordinado à Constituição. Esta subordinação não seria apenas formal, mas também substancial; iii) o positivismo separa o direito da moral, enquanto o direito constitucional estaria repleto de princípios morais positivados<sup>299</sup>.

Neste novo quadro, existem pelo menos dois elementos principais que caracterizam o Estado constitucional e que supõem certa correção do modelo liberal europeu de Estado de direito. O primeiro, como já foi dito anteriormente, é a forte (re)materialização constitucional, impensável no cenário positivista. O segundo é o deslocamento da Constituição para um patamar mais elevado dentro do ordenamento jurídico, em que passa a operar como uma norma suprema e garantida<sup>300</sup>.

Por derradeiro, registre-se que, no Brasil, este fenômeno de (re)constitucionalização e (re)democratização teve como divisor de águas a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta Constituição foi capaz de promover de forma bem sucedida a travessia de um Estado de regime autoritário para um Estado democrático de direito. Como bem assinalou BARROSO “sob a Constituição de 1988, o Direito constitucional no Brasil, passou da desimportância ao

---

<sup>297</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**, p. 6.

<sup>298</sup> Idem.

<sup>299</sup> Cf. POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 194-195.

<sup>300</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**, p. 113-114.

apogeu em menos de uma geração”<sup>301</sup>. Ou seja, o (neo)constitucionalismo no Brasil é um fenômeno recente que data de aproximadamente duas décadas e, que durante este período passou por diferentes graus de intensidade e maturação, vindo a alcançar o seu ápice somente em anos recentes.

Assim, por (neo)constitucionalismo quer-se indicar a perspectiva iusfilosófica no âmbito da qual podem estar compreendidas, dentre outras, as obras de Ronald DWORKIN, Carlos Santiago NINO, Gustavo ZAGREBELSKY e Robert ALEXANDER. Todos esses autores têm em comum a crítica ao positivismo jurídico, por não poder dar conta do moderno Estado constitucional. Trata-se, portanto, de uma leitura estritamente constitucionalista e antipositivista, que tem por objetivo específico a análise dos modernos ordenamentos constitucionais e democráticos do Ocidente<sup>302</sup>.

Para esses críticos, o iuspositivismo estaria ligado ao Estado legalista, até o ponto de revelar-se totalmente inadequado para dar conta do novo estado de coisas – do direito e do Estado constitucional<sup>303</sup>. Em outras palavras, havendo-se modificado o objeto, haveria necessidade de mudar-se também o método de análise<sup>304</sup>. Deveras, o (neo)constitucionalismo é uma versão forte do genérico Estado constitucional de direito e constitui, sobretudo, uma “nova cultura jurídica”<sup>305</sup> ainda em formação<sup>306</sup>.

Como assevera SANCHIS, os principais elementos caracterizadores do (neo)constitucionalismo podem ser sintetizados da seguinte forma: i) caráter

---

<sup>301</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**, p. 4.

<sup>302</sup> Cf. POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 188-189.

<sup>303</sup> Cumpre assinalar que para Ferrajoli o modelo garantista provoca mudanças na teoria do direito, na teoria política, na teoria da interpretação e aplicação da lei, pois o paradigma do Estado Constitucional afeta as dimensões do fenômeno normativo, no sentido de que “todos los derechos fundamentales – no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado esse moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho”. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 3. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 22.

<sup>304</sup> Cf. POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 190.

<sup>305</sup> SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**, p. 101.

<sup>306</sup> Cf. FIGUEROA, Alfonso Garcia. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 5.

normativo e força vinculante das disposições constitucionais; ii) A supremacia da Constituição; iii) eficácia e aplicação direta dos princípios; iv) garantia judicial - controle concreto e abstrato, *a priori* e *a posteriori*, através de órgãos especiais e juízes ordinários; v) presença de um denso conteúdo normativo que tem como destinatários os cidadãos e suas relações com o poder, assim como as suas relações sociais horizontais com o direito privado; vi) a rigidez constitucional<sup>307</sup>.

Por sua vez, GUASTINI apresenta uma lista semelhante de sete condições que um ordenamento jurídico deve satisfazer para ser considerado como “impregnado” pelas normas constitucionais. Portanto, esse processo de constitucionalização deve observar as seguintes condições para ser efetivado: i) uma Constituição rígida, escrita e hierarquicamente superior à legislação ordinária; ii) a garantia jurisdicional da Constituição por meio do controle de constitucionalidade; iii) a força vinculante, que assegura a compreensão da Constituição como norma; iv) a sobreinterpretação da Constituição; v) a aplicação direta das normas constitucionais; vi) a interpretação conforme a Constituição; vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas<sup>308</sup>.

Registre-se, desde já, que nem todos os itens levantados por esses autores como característicos desta nova ordem constitucional serão objeto de análise nesse trabalho, mas apenas alguns dos seus aspectos fulcrais, sobretudo aqueles que têm contribuído mais diretamente para a super-difusão do princípio da dignidade da pessoa humana, e para a perpetuação da onipotência judicial.

A partir disto, o primeiro ponto a ser destacado é que a novidade do Estado constitucional é tal que afeta, sobretudo, a posição da lei. Esta, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação e subordinação, a uma norma hierárquica superior – a Constituição. Trata-se de uma profunda transformação que afeta necessariamente a concepção do direito<sup>309</sup>, pois se antes a ciência jurídica

---

<sup>307</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**, p. 116-117.

<sup>308</sup> Cf. GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 50-57.

<sup>309</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 34.

reduzia-se à lei, com o advento do Estado constitucional ela cede o seu lugar à Constituição, que passa a introduzir além dos critérios de validade formal já presentes, critérios de validade material capazes de condicionar a atividade legislativa mesmo em seus conteúdos e não só em suas formas<sup>310</sup>.

Não causa espécie, assim, a declaração de CLÈVE quando afirma que “o Estado democrático de direito é mais do que um Estado de Direito. É um Estado de Justiça”<sup>311</sup>. Esclareça-se, aqui, que foi justamente isso que a Constituição Federal de 1988 procurou fazer com o Estado brasileiro. Daí o referido autor lecionar que a função do Judiciário consiste não apenas em dirimir conflitos de interesses, mas também em distribuir justiça. Uma justiça, enfatiza-se, deduzida do próprio corpo da Constituição que privilegia a dignidade da pessoa humana. Neste diapasão, passa a ser perfeitamente possível advogar a inconstitucionalidade de uma lei injusta, assim entendida aquela lei ofensiva aos valores expressos no texto constitucional<sup>312</sup>.

Nessa exata trilha, é o parecer de SCHIER, quando ensina que no momento da aplicação do direito, “impõe-se a adequação material, substancial, da solução dos casos concretos com os padrões de justiça positivados na Constituição”<sup>313</sup>. Ou seja, ocorre uma espécie de filtragem constitucional<sup>314</sup>, no sentido que “diante da força normativa da Constituição, todo ordenamento jurídico deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e jurisdição constitucional”<sup>315</sup>.

Assim, com a perda da posição central da lei e da abertura das categorias de juridicidade, a Constituição passa a exercer sua supremacia, por meio de uma espécie de **empuxo** sobre todas as funções do Estado<sup>316</sup>, fazendo com que estas fiquem sujeitas à “força de atração” da Constituição que regulará, inclusive, o caráter de validade da

---

<sup>310</sup> Cf. POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 189.

<sup>311</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito constitucional**: e de teoria do Direito. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 45.

<sup>312</sup> Cf. Ibidem, p. 46.

<sup>313</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 130.

<sup>314</sup> Quanto ao tema da filtragem constitucional conferir SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. cap. 3.

<sup>315</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>316</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 18-22.

produção legislativa emanada de um Parlamento democraticamente eleito, operacionalizado desde um eventual controle de constitucionalidade”<sup>317</sup>.

Significa dizer que ao oferecer um denso conteúdo material composto de valores, consubstanciados em princípios e direitos fundamentais, é difícil conceber um problema jurídico que não encontre alguma orientação próxima ou remota ao texto constitucional. Como afirma SANCHIS “detrás de cada preceito legal se advém sempre uma norma constitucional que a confirma ou a contradiz”. A este fenômeno dá-se o nome de “impregnação”, ou “irradiação” da Constituição<sup>318</sup>. Daí a mudança na teoria das fontes que não pode mais gerar exclusivamente em torno da lei, haja vista que a Constituição, como norma suprema, projeta-se sobre o conjunto da ordem social<sup>319</sup>. Por esta razão, fala-se que o (neo)constitucionalismo teórico defende uma Constituição “invasora”<sup>320</sup>.

Em suma, pode-se afirmar que a Constituição passa a ser a norma hierárquica mais elevada do sistema jurídico, não apenas do ponto de vista formal, mas, sobretudo no seu aspecto substancial, por conta da positivação de toda uma série de valores, corporificados como princípios e direitos fundamentais. Estas normas, por sua vez, ganham eficácia normativa vinculante, e passam a ditar as regras do jogo no campo político e social. Neste sentido, a Constituição passa a ser o centro gravitacional de todo o sistema normativo, possuindo uma **eficácia irradiante**, no sentido de que a própria lei passa a ser interpretada a partir de uma perspectiva constitucional e, sobretudo principiológica.

Neste novo quadro, sem dúvida, uma das principais características do pós-positivismo<sup>321</sup> é o reconhecimento da força normativa dos princípios e da sua posição

---

<sup>317</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>318</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**, p. 119.

<sup>319</sup> Cf. Ibidem, p. 120-121.

<sup>320</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 25.

<sup>321</sup> Neste diapasão, BARROSO acrescenta que a ultrapassagem histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo desencadearam um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões denominado de pós-positivismo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 349. Portanto segundo esse autor “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

central relativa ao direito constitucional contemporâneo<sup>322</sup>. Portanto, se no positivismo clássico os princípios ocupavam uma posição secundária, meramente suplementar da ordem jurídica, a teoria moderna dos princípios se insurge contra a idéia positivista do decisionismo incontrolável do intérprete diante dos *hard cases*, e serve como principal argumento racional das escolhas dos operadores do direito, facilitando o controle social<sup>323</sup>.

Destarte, diferentemente do positivismo jurídico que prevaleceu desde o século XIX até a primeira metade do século XX, onde os princípios eram tidos como meras pautas programáticas supralegais, e sua normatividade relegada a um segundo plano, com o pós-positivismo os princípios passam a ser tratados como direito<sup>324</sup>. Nesse exato sentido, acentua BONAVIDES que “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício dos novos sistemas constitucionais”<sup>325</sup>.

Cumprido ressaltar e enfatizar, que a constitucionalização dos princípios no pós-positivismo ultrapassa a fase programática dos princípios, em que a sua concreção e objetividade era mínima, e possuía aplicabilidade diferida e abstrata. No pós-positivismo, ao contrário, os princípios alcançam normatividade constitucional máxima, e sua aplicação passa a ser direta e imediata, sem necessidade de mediações<sup>326</sup>.

Trata-se de uma verdadeira revolução de juridicidade, onde os princípios com positividade maior nas Constituições, passam a ser providos do mais alto peso, e a constituírem os valores supremos da ordem jurídica<sup>327</sup>. Por essa razão, pode-se dizer que “os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o

---

regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana”. Idem, p. 349.

<sup>322</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 78.

<sup>323</sup> Cf. Ibidem, p. 80-81.

<sup>324</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 263.

<sup>325</sup> Cf. Ibidem, p. 264.

<sup>326</sup> Cf. Ibidem, p. 274.

<sup>327</sup> Cf. Ibidem, p. 276.

critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”<sup>328</sup>.

É bastante valiosa a trajetória dos princípios traçada por BONAVIDES, a fim de demonstrar a sua evolução epistemológica dentro do sistema normativo:

As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema.

Os princípios baixaram primeiramente das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo, largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa<sup>329</sup>.

Daí este autor chegar a falar em **Estado principial**, e **jurisprudência dos princípios** referindo-se ao vasto espaço ocupado pelos princípios nesta nova ordem do Estado constitucional<sup>330</sup>, onde o principialismo é uma das principais teses deste novo paradigma.

Face ao exposto, conclui-se que uma vez modificado o objeto (da lei para a Constituição), não só a teoria (ligada ao Estado legalista), mas também a metodologia deve ser modificada<sup>331</sup>. Neste norte, afirma-se que o (neo)constitucionalismo reclama uma nova teoria do direito, que se afasta diametralmente do positivismo teórico. Como assevera SANCHIS, esta nova teoria pode ser resumida em cinco frases: i) mais princípios que regras; ii) mais ponderação que subsunção; iii) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; iv) onipotência judicial em lugar da autonomia do Legislador ordinário; v) coexistência de uma constelação plural de valores<sup>332</sup>.

Assim, existe hoje uma nova teoria do direito, cujo pressuposto é o paradigma constitucional, e o marco filosófico o pós-positivismo. Pode-se afirmar que essa superação do positivismo se dá em virtude da inaptidão das regras para solucionarem

---

<sup>328</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>329</sup> Ibidem, p. 293.

<sup>330</sup> Cf. Ibidem, p. 293-294.

<sup>331</sup> POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 196.

<sup>332</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**. p. 117.

todos os conflitos jurídicos, especialmente os *hard cases*<sup>333</sup>. Pois, como afirma DWORKIN, o positivismo proposto por HART serve muito bem para regras, mas quando foge desse padrão enfrenta dificuldades<sup>334</sup>. Daí o mérito daquele autor, de aproximar o direito da moral, ao defender que os juristas também “echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”<sup>335</sup>.

Com efeito, este novo paradigma afirma que os documentos constitucionais determinam o realinhamento do cortado vínculo entre direito e moral<sup>336</sup>, de tal forma que o que parece dividir os (neo)constitucionalistas dos positivistas é a concepção da Constituição, documento cheio de valores para uns, e documento estritamente jurídico para outros<sup>337</sup>. Daí a lição de FIGUEROA, para quem “o Direito apresenta virtudes morais e a moral apresenta virtudes jurídicas até o ponto em que a moral se tem convertido em uma forma deficiente do Direito, e o Direito se tem convertido em uma forma deficiente de moral”<sup>338</sup>.

É neste contexto, pois, que o (neo)constitucionalismo propõe certo modelo teórico para a explicação e descrição do direito do Estado constitucional, com base na aproximação conceitual entre direito e moral<sup>339</sup>. Esta explicação e descrição estariam fundadas no argumento dos princípios, que de alguma maneira fundam a vinculação do direito à moral, de tal forma que se pode dizer que se existem princípios no direito, então existe uma relação conceitual necessária entre direito e moral, e neste caso o positivismo jurídico seria inviável<sup>340</sup>.

Desse pressuposto, emerge a idéia de que no argumento dos princípios existe uma virtualidade antipositivista dupla: por um lado os princípios apresentam um conteúdo moral que repercute sobre o resto do ordenamento impregnado. Por outro, a

---

<sup>333</sup> Na expressão cunhada por DWORKIN.

<sup>334</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 72.

<sup>335</sup> Idem.

<sup>336</sup> POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 198.

<sup>337</sup> Ibidem, p. 199-200.

<sup>338</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003. p. 160.

<sup>339</sup> POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 188.

<sup>340</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. Op. cit., p. 179.

virtualidade antipositivista dos princípios surge do tipo de argumentação que introduz<sup>341</sup>. Disto resulta a necessidade do intérprete constitucional fazer uma leitura moral da Constituição no momento da sua aplicação<sup>342</sup>. Segundo DUARTE isto “termina por realizar, concomitantemente, a redução do discurso jurídico (raciocínio jurídico) ao discurso moral (raciocínio moral)”<sup>343</sup>. Portanto, pode-se deduzir que a ascensão normativa dos princípios ao ápice do ordenamento jurídico, causou uma espécie de revolução hermenêutica, que caracteriza em grande parte este novo momento do constitucionalismo.

## 2.1 CONCEPÇÃO DE NORMA JURÍDICA FUNDADA NA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Dessa forma, se hoje está consolidado o entendimento de que os princípios possuem força vinculante e desempenham um papel preponderante no cenário pós-positivista, cumpre ressaltar que nem sempre foi assim, pois a doutrina tradicional costumava diferenciar normas de princípios. Daí a importância de ressaltar que as normas jurídicas são formadas tanto por regras, como por princípios<sup>344</sup>. Corroborando com esse entendimento BONAVIDES, segundo o qual “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”<sup>345</sup>. Chega-se a afirmar que sem esta distinção<sup>346</sup> não poderia haver uma teoria adequada para a colisão de

---

<sup>341</sup> Idem.

<sup>342</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 68.

<sup>343</sup> Idem.

<sup>344</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1034.

<sup>345</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 271.

<sup>346</sup> Sobre a distinção entre regras e princípios ver também ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39, 52-56, 59, 71; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 277-279; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 1034-1036; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 16-21, 81; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**,

princípios, tampouco uma teoria capaz de revelar o verdadeiro papel que os princípios exercem em um sistema jurídico<sup>347</sup>. Para ALEXY a distinção entre regras e princípios é “uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”<sup>348</sup>.

Entretanto, esclareça-se, aqui, que a distinção entre regras e princípios costuma ser relacionada primeiramente à DWORKIN e o seu desenvolvimento atribuído à ALEXY<sup>349</sup>, sendo considerada como uma chave para a solução de problemas medulares da dogmática dos direitos fundamentais<sup>350</sup>, haja vista que atualmente muitos autores consideram estes direitos como princípios.

Para DWORKIN a distinção entre regras e princípios é de natureza lógica. Segundo este autor as regras são aplicadas na base do “*all or nothing*”. Dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou é inválida. Neste caso, a regra pode ter exceções, mas se tiver, é necessário enumerá-las. De outro lado, os princípios enunciam uma razão para decidir, que conduz o argumento em certa direção, mas que ainda necessita de uma decisão particular. Desta forma, os princípios devem ser levados em conta pelas autoridades públicas, como se fossem razões para decidir numa ou noutra direção. Significa dizer

---

p. 82-88; SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2003. p. 97-107.

<sup>347</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 81.

<sup>348</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>349</sup> Embora atualmente muitos autores tratem da distinção entre regras e princípios e das conseqüências que derivam desta distinção, nesta pesquisa faz-se uma opção metodológico por priorizar o pensamento de DWORKIN porque sua obra “Taking Rights Seriously”, publicada em 1977, foi um marco fundamental para a superação do positivismo HARTIANO, e a aproximação do direito e a moral, fundado naquela premissa. Da mesma forma, valoriza-se o pensamento de ALEXY, por ter sido o autor que por meio da sua obra “Teoría de los derechos fundamentales” desenvolveu a “teoría dos princípios”, explicitando a necessidade da ponderação nas colisões de princípios. Adotam-se os dois autores como referência, embora se reconheça que eles possuam visões distintas em muitos aspectos. Por exemplo, enquanto DWORKIN recorre à figura do Juiz HÉRCULES, que vai buscar sozinho a resposta correta para cada caso, ALEXY está mais preocupado com o controle social da argumentação jurídica da decisão monocrática. Outra divergência entre esses autores consiste na maneira mais restritiva que DWORKIN encara os princípios, unicamente como direitos individuais, reduzindo os bens coletivos a *polices*, enquanto que ALEXY amplia o conceito de princípio para aqueles se inserirem nesse. Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 281. Enfim, ressalte-se que ALEXY critica DWORKIN por não ter oferecido nenhum procedimento que demonstrasse como a resposta correta poderia ser encontrada, a não ser por meio da função monolítica desempenhada pelo Juiz HÉRCULES. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 251-252.

<sup>350</sup> Cf. BOROWSKY, Martin. Op. cit., p. 48-49.

que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, isto é, uma “*dimension of weight*” ou de importância<sup>351</sup>. Por isto, diante de uma colisão, o princípio que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa do outro princípio<sup>352</sup>.

Contudo, esta teoria é melhor desenvolvida por ALEXY, segundo o qual “la distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. (...) Se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto”<sup>353</sup>. Isto ocorre porque as regras<sup>354</sup> e os princípios são razões de tipo diferente<sup>355</sup>. Os princípios são sempre “razones prima facie”, enquanto as regras são “razones definitivas”, a menos que tenha sido estabelecida uma cláusula de exceção<sup>356</sup>. Enquanto os princípios devem ser aplicados na maior medida possível, as regras decidem-se na base do xequi-mate, ou tudo-ou-nada. Ainda sobre o âmbito de validade das regras jurídicas, ALEXY ensina que “las reglas son normas que sólo

---

<sup>351</sup> Registre-se que a teoria da *dimension of weight*, que permitiria a gradação valorativa e a solução de conflitos sem afetar a validade de princípios eventualmente colidentes, mediante a ponderação de bens, não é acolhida por CANOTILHO. Segundo este autor a tarefa de otimização constitucional alicerça-se mais racionalmente num princípio de concordância prática do que numa escala ordinal ou cardinal de valores constitucionais. Portanto, o autor faz a seguinte distinção entre normas e princípios: 1) a distinção entre normas e princípios baseia-se na objetividade e presencialidade normativa do último, independentemente da consagração específica em qualquer preceito particular; 2) de acordo com esse critério se deve operar quando se trata de separar os princípios das normas-fim. As normas-fim não possuem a mesma idoneidade normativa irradiante, capaz de justificar o alargamento da disciplina a casos substancialmente heterogêneos. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 281-283.

<sup>352</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 74-78.

<sup>353</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 87.

<sup>354</sup> Ao conflito entre regras, dá-se o nome de antinomia. A antinomia pode ser definida como sendo “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”. BOBBIO, Norberto. **Teoría do ordenamento jurídico**, p. 88. BOBBIO esclarece que os critérios fundamentais de resolução de antinomias são o cronológico, hierárquico e de especialidade. Cf. *Ibidem*, p. 92. Corrobora com este entendimento Roberto ALEXY para quem “un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. (...) Con la constatación de que en caso de un conflicto de reglas, cuando no es posible la inclusión de una cláusula de excepción, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida (...). El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como “lex posterior derogat legi priori” y “lex specialis derogat legi generali”, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 88.

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>356</sup> *Idem*.

puedem ser cumplidas o no: Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”<sup>357</sup>.

De outra banda, é importante enfatizar que o conflito entre princípios não ocorre de maneira abstrata, puramente no plano normativo, mas à medida que são concretizados pelo Legislador ou pelo juiz em face de situações concretas em que interesses contrapostos se chocam. Neste caso, não se trata de invocar um critério de solução de antinomia ou mesmo delimitar o âmbito de validade da norma, mas de harmonizar os princípios a uma situação concreta – esta situação, por influência da obra do jusfilósofo norteamericano DWORKIN, é chamada de “*hard case*”.

ZAGREBELSKY também se debruça sobre a temática da distinção entre regras e princípios. Para ele, só os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, ou seja, constitutivo da ordem jurídica. As regras<sup>358</sup>, apesar de estarem escritas na Constituição, não são mais do que leis reforçadas por sua especial forma, haja vista que elas se esgotam em si mesmas, ou seja, não tem nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam<sup>359</sup>.

Dessa forma, parece que o papel constitutivo da ordem jurídica desempenhado pelos princípios, conforme mencionado por ZAGREBELSKY, tem haver com o modelo referencial axiológico que esses preceitos jurídicos determinam, servindo como principal fonte de inspiração para a formatação do sistema. Talvez por essa razão, SCHIER tenha afirmado, com certa poesia, que “os princípios são ‘grávidos’ de regras”<sup>360</sup>.

Quanto ao modo de aplicação, registre-se que somente as regras podem ser aplicadas mecânica e passivamente. Isto porque as regras se aplicam através de esquemas lógicos como o silogismo judicial e a subsunção do pressuposto de fato concreto e o pressuposto abstrato da norma. Mas a hermenêutica positivista carece totalmente de sentido na medida em que o direito abrange princípios, pois a sua

---

<sup>357</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>358</sup> Aqui, é preciso esclarecer que a Constituição não é formada apenas por princípios, mas também por regras, no seu conceito tradicional, reforçadas por sua especial forma.

<sup>359</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 110.

<sup>360</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. Curitiba, p. 102.

aplicação exige do exegeta uma reação – uma tomada de posição – o que uma máquina não é capaz de fazer<sup>361</sup>.

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência, pois para que a coexistência entre princípios e valores<sup>362</sup> seja possível é necessário que percam seu caráter absoluto. Uma vez concebidos em caráter absoluto os princípios se converteriam rapidamente em inimigos entre si, mas no constitucionalismo pluralista isso não acontece. ZAGREBELSKY ensina que os princípios e os valores devem ser controlados para evitar que, adquirindo caráter absoluto se convertam em tiranos<sup>363</sup>. Com efeito, é próprio dos princípios sua capacidade de relativizar-se e conciliar-se reciprocamente, revelando dessa forma sua aptidão mais idônea para a supervisão de uma sociedade pluralista e democrática, cuja característica é o contínuo (re)equilíbrio através de transações de valores<sup>364</sup>.

## 2.2 A PROPOSTA DA PONDERAÇÃO COMO MODELO HERMENÊUTICO EM TEMPOS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Conforme foi visto no item anterior, com a promoção dos princípios à categoria normativa vinculante, há uma superação do modelo positivista de aplicação jurídica fundado no silogismo e na subsunção. Desse pressuposto, emerge a necessidade da doutrina buscar outros parâmetros hermenêuticos, capazes de dar conta dessa nova categoria jurídica. Por isso, POZZOLLO apresenta a estrutura do

---

<sup>361</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 111.

<sup>362</sup> Segundo ALEXY, apesar da estreita ligação entre princípios e valores, existe uma diferença importante entres esses conceitos. Seguindo essa lógica, sustenta que os princípios são conceitos deontológicos que se realizam nas esferas da proibição e permissão, isto é, ensejam mandamentos no campo do dever ser. Por outro lado, os valores são conceitos axiológicos que pertencem ao mundo da qualificação do que é “bom”. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 138-141. Em síntese, o autor comenta que “los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico”. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 141.

<sup>363</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 125.

<sup>364</sup> Cf. Idem.

ordenamento jurídico (neo)constitucional segundo três níveis, a saber: regras, princípios e procedimento<sup>365</sup>. Segundo essa autora “o primeiro nível oferece a força vinculante típica das regras, o segundo conferiria plenitude ao ordenamento e o terceiro nível asseguraria a racionalidade de um sistema orientado pela noção de razão prática”<sup>366</sup>.

Esta *razão prática* mencionada por POZZOLLO, corresponde ao princípio da proporcionalidade<sup>367</sup> desenvolvido por ALEXY, o qual se generalizou tanto nos últimos 50 anos, que se chega a falar em uma substituição do Estado de direito pelo Estado da ponderação<sup>368</sup>. Por este princípio, entende-se um juízo de ponderação em que se estabelece uma relação de precedência condicionada, de acordo com as circunstâncias do caso concreto<sup>369</sup>, o que difere essencialmente do tradicional modelo de resolução de antinomias<sup>370</sup>. A fim de compreender este método de conciliação entre princípios opostos, é fundamental a visualização dos princípios como mandatos de otimização que se realizam na maior medida possível, de acordo com as

---

<sup>365</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 82.

<sup>366</sup> Idem.

<sup>367</sup> Registre-se que para ÁVILA a proporcionalidade não é um princípio, nem uma regra, mas um postulado normativo aplicativo, isto é, uma metanorma, ou norma de segundo grau. Cf. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 121-124. Segundo esse autor “as normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são o objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. Enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas (...). Para usar uma metáfora: quem define a proporcionalidade como princípio confunde a balança com os objetos que ela pesa!”. Ibidem, 2006. p. 124-125, 127. No entanto, registre-se que não é a proposta desta pesquisa investigar mais afundo a natureza da proporcionalidade e suas implicações. Menciona-se apenas o entendimento de ÁVILA para demonstrar ciência da natureza controvertida da matéria. Por essa razão, para efeitos desta pesquisa adotar-se-á a terminologia de “princípio da proporcionalidade”.

<sup>368</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 640.

<sup>369</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 91. Segundo o próprio ALEXY “la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”. Cf. Ibidem, p. 92.

<sup>370</sup> De acordo com Bobbio os critérios fundamentais de resolução de antinomias são: o cronológico, o hierárquico e o de especialidade. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoría do ordenamento jurídico**, p. 92.

possibilidades fáticas e jurídicas<sup>371</sup>. A respeito desse tema, ALEXY esclarece que “los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”<sup>372</sup>.

Devido ao caráter de otimização dos princípios, a confrontação entre princípios opostos, não se resolve pela invalidação de um dos princípios colidentes, pois devido à sua natureza plástica, não se excluem, antes cedem, ajustando-se um ao outro, revelando sua capacidade de otimização. Os princípios contrapostos realizam-se em graus diferenciados, sendo que o princípio de maior peso será cumprido em grau superior ao princípio de menor peso para o caso concreto, o que será determinado pelas circunstâncias da realidade do caso, que se fossem outras, poderia inverter a precedência.

Assim, fica mais claro compreender porque a tradição da teoria da interpretação positivista resulta insuficiente no marco do (neo)constitucionalismo, especialmente no que toca à técnica da subsunção, quando aplicada aos princípios constitucionais. Por isso, aos princípios não se aplicam os critérios tradicionais de resolução de antinomias (hierárquico, cronológico e de especialidade), haja vista o seu caráter de otimização<sup>373</sup>. Desta forma, segundo ALEXY “el margen para la ponderación es la parte esencial de la dogmática de la Constitución como marco”<sup>374</sup>.

Em outras palavras, a tese esgrimida pelo iusfilósofo alemão ensina que quando há colisão entre princípios, um dos princípios têm de ceder em relação ao outro, isso não significa dizer que um dos princípios colidentes será declarado

---

<sup>371</sup> A respeito dos princípios como mandados de otimização assevera ALEXY: “los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”. Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 86.

<sup>372</sup> Idem.

<sup>373</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**, p. 126-127.

<sup>374</sup> ALEXY, Robert. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Argentina: Universidad Externado de Colômbia. 2003. p. 62.

(in)válido, mas que em razão das circunstâncias do caso concreto um dos princípios terá preferência em relação ao outro. Fossem outras as circunstâncias, a preferência poderia ser inversa. Esclarece ALEXY que devido às circunstâncias do caso concreto, aos princípios serão auferidos maior ou menor peso. Ressalta o autor que ao contrário do que acontece com os conflitos entre regras jurídicas, que se resolvem no âmbito da (in)validade, a colisão entre princípios, como são sempre válidos, soluciona-se pela dimensão do peso<sup>375</sup>. STEINMETZ esclarece que “peso, aqui, não tem significado quantitativo. Peso equivale a razões suficientes”<sup>376</sup>. Significa dizer que a solução da colisão se dará pelo maior ou menor peso dos argumentos em favor ou contra cada interesse<sup>377</sup>. Logo, a solução de tensões entre direitos fundamentais, não se vale da lógica do xeque-mate dos jogos de xadrez.

É justamente nesta situação de ter que decidir a qual dos interesses será atribuído maior peso no caso concreto, que consiste a ponderação de interesses<sup>378</sup>. Para solucionar esse campo de tensão entre direitos fundamentais, têm que ser levada em consideração as circunstâncias do caso concreto, para só então estabelecer o que ALEXY chama de relação de precedência condicionada<sup>379</sup>. Segundo o próprio ALEXY “la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”<sup>380</sup>.

O ponto nodal, portanto, consiste em observar as circunstâncias da realidade que envolve os princípios colidentes, para aferir sob quais condições um princípio deve ter prevalência, e sob quais condições deve ceder<sup>381</sup>. Esta precedência condicionada, como já foi dito, não significa dizer que um dos princípios terá de ser (in)validado. Isto porque os princípios possuem caráter *prima facie*, segundo o qual

---

<sup>375</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 89.

<sup>376</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípios da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 127.

<sup>377</sup> Cf. *Ibidem*, p. 126.

<sup>378</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 92.

<sup>379</sup> Cf. *Ibidem*, p. 91.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 93.

“los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas e fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*”<sup>382</sup>.

Desta forma, é possível sustentar, que, o princípio da proporcionalidade tem basicamente dois propósitos. O primeiro é identificar qual dos princípios colidentes deverá prevalecer ou ceder em face do outro, e em que extensão. O segundo é auxiliar o exegeta a fundamentar o motivo da sua escolha, a fim de que a aplicação do direito não fique a mercê do arbítrio despótico de seus operadores.

Por esta razão, é que o maior desafio do princípio da proporcionalidade reside em auferir legitimidade lógica e racional à escolha de precedência de um princípio em face de outro. A fim de conduzir o intérprete à melhor solução da tensão entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, segundo ALEXY, decompõe-se em três subprincípios<sup>383</sup>, ou *máximas parciales*: o princípio da adequação, o princípio da necessidade ou exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>384</sup>.

Neste diapasão, a ponderação ou *balancing* pode ser definida como “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”<sup>385</sup>. É por isso que a ponderação apresenta-se como uma alternativa necessária à técnica da subsunção, naqueles casos em que “não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior”<sup>386</sup>.

Seguindo outra linha argumentativa, mas que também visa condicionar a aplicação dos princípios a parâmetros de racionalidade, HESSE defende a aplicação do

---

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>383</sup> Sobre a estrutura da ponderação consultar ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 295-300.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 112. Ainda segundo ALEXY “los principios son mandatos de optimización com respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. (...) De la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”. *Ibidem*, p. 112-113.

<sup>385</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

<sup>386</sup> *Ibidem*, p. 31-32.

princípio da “concordância prática”, como uma condição necessária para a preservação do próprio princípio da unidade da Constituição, que por sua essência:

Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conservem su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro. Por el contrario, el principio de la unidad de la Constitución exige una labor de ‘optimización’: se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad; no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos. ‘Proporcionalidad’ significa en este contexto una relación entre dos magnitudes variables, concretamente aquella que mejor responda a dicha tarea de optimización, no pues una relación entre un ‘objetivo’ constante y uno o más ‘medios’ variables<sup>387</sup>.

Como se vê, a introdução e positivação dos princípios na Constituição, juntamente com o reconhecimento da sua força normativa vinculante, ensejou uma profunda transformação na teoria da interpretação tradicional adstrita ao silogismo da subsunção. Se antes a interpretação/aplicação ficava restrita unicamente à adequação da norma ao fato, agora, como afirma HESSE “la interpretación constitucional es ‘concretización’”<sup>388</sup>. O que significa dizer que a hermenêutica constitucional necessita dos elementos constitutivos da realidade – os problemas concretos – para preencher o conteúdo das normas constitucionais<sup>389</sup>. Isto porque, para este autor:

Solo conceptualmente, no es el proceso real, cabe distinguir esta condición de la interpretación constitucional de la segunda: ‘Comprender’ y, con ello, ‘concretizar’ sólo es posible con respecto a un problema concreto. El intérprete tiene que poner en relación con dicho problema la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aquí y ahora. Esta determinación, así como la ‘aplicación’ de la norma al caso concreto, constituyen un proceso único y no la aplicación sucesiva a un determinado supuesto de algo preexistente, general, en sí mismo comprensible. No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos<sup>390</sup>.

Neste sentido, o chamado método concretista de interpretação constitucional<sup>391</sup> associaria tanto a pré-compreensão do intérprete do componente semântico dos textos

---

<sup>387</sup> HESSE, Konrad. Op. cit., p. 45-46.

<sup>388</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>389</sup> Cf. Ibidem, p. 40-41.

<sup>390</sup> Cf. Ibidem, p. 42.

<sup>391</sup> Para uma melhor compreensão deste assunto ver SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica, p. 112-122.

normativos, quanto o componente fático, a partir da própria realidade<sup>392</sup>. Segundo esta perspectiva que abarcaria as esferas semântica e fática, o autor condiciona a interpretação constitucional ao momento da pré-compreensão, como fator determinante. Assim, segundo HESSE “el intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra”<sup>393</sup>.

SCHIER, tratando da interpretação constitucional como concretização de HESSE, expõe resenha cuja reprodução é inevitável para a compreensão do tema:

O momento da pré-compreensão, no método concretista, é determinante na problemática da hermenêutica. O sujeito cognoscente, que é o intérprete constitucional, no seu trabalho de compreensão/construção da realidade, para além de assumir uma postura passiva diante do seu objeto, participa com toda sua carga histórica e ideológica no estabelecimento da norma constitucional<sup>394</sup>.

De parte isso, devesse assinalar que o texto normativo nada mais é do que a “ponta do *iceberg*” do método concretista, servindo apenas como ponto de partida de qualquer atividade hermenêutica<sup>395</sup>. A ele deve acrescentar-se pelo menos outros dois elementos constitutivos: o ponto de vista do intérprete e o pressuposto de fato.

Por esta explanação, fica claro porque NEVES afirma que o direito deixou de ser apenas aplicação de normas legais, para manifestar-se como uma decisão judicial “através do qual, pela mediação embora do critério possivelmente oferecido por essas normas, mas com ampla actividade normativamente constitutiva, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do Direito, enquanto tal”<sup>396</sup>. Significa dizer que o direito moderno recupera a realização do **concreto**, e que a norma em abstrato não compreende o direito<sup>397</sup>, que só se realiza no caso em particular, com o

---

<sup>392</sup> HESSE, Konrad. Op. cit., p. 41.

<sup>393</sup> Cf. Ibidem, p. 41.

<sup>394</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica, p. 117.

<sup>395</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 222-230.

<sup>396</sup> NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 12.

<sup>397</sup> Por isso, ÁVILA leciona que “o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso”. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 33.

auxílio da finalidade interpretativa<sup>398</sup>. Esta, por sua vez, não é um ato simplesmente eventual na realização do direito, mas um momento essencial da sua vida, sem a qual a sua existência não se manifesta.

Diante dessa nova interpretação constitucional percebe-se que “a norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação”<sup>399</sup>, por isso o aplicador do direito “torna-se co-participante do processo de criação do direito, completando o trabalho do Legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”<sup>400</sup>. Em poucas palavras, o intérprete deixa de ser um mero aplicador do direito segundo a filosofia positivista legalista, para tornar-se o agente responsável pela determinação do conteúdo das normas.

### 2.3 ANÁLISE CRÍTICA DA LEITURA ARGUMENTATIVA DA PONDERAÇÃO

Diante desse novo modelo de hermenêutica jurídica, característico do paradigma (neo)constitucional, surgem inúmeras críticas que pela força dos seus argumentos e pela notoriedade dos seus defensores, não podem deixar de ser consideradas nesta pesquisa. Pois, se é verdade que os princípios exigem um modelo mais flexível de concretização, também é verdade que não se pode abrir mão da racionalidade das decisões judiciais, e neste aspecto parece que o direito moderno ainda não encontrou o ponto de equilíbrio perfeito.

Neste diapasão, o próprio HESSE admite ser “cierto que la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello sólo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad

---

<sup>398</sup> Cf. NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**, p. 12-13.

<sup>399</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**, p. 12.

<sup>400</sup> Idem.

posible”<sup>401</sup>. Significa dizer que este modelo de hermenêutica jurídica “nunca pasaría de ser la ficción y la perpetua mentira de los juristas trás de la cual, y de una forma implícita e incontrolada, se ocultarían los verdaderos motivos de la decisión o esta última sería sencillamente ocultada”<sup>402</sup>. Quiçá, por isso, HESSE acredita que somente seria possível falar-se de um critério de correção relativa da decisão jurídica, que por sua vez, reconheceria o caráter limitado da sua pretensão, capaz apenas de albergar certa dose de honestidade e limitada segurança jurídica<sup>403</sup>.

Por sua vez, o ponto de partida da crítica de BÖCKENFÖRDE, está na distinção da teoria liberal dos direitos fundamentais, como direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado e a teoria axiológica dos direitos fundamentais, como normas objetivas de princípios que tem validez para todos os âmbitos do direito<sup>404</sup>. Esta mudança radical na concepção dos direitos fundamentais conduz a uma transformação na estrutura da Constituição que afeta, sobretudo a função do tribunal constitucional federal que “ya no aplica únicamente contenidos previstos de la Constitución , sino que se convierte en órgano de la concretización jurídico-creativa de la Constitución”<sup>405</sup>. Portanto, segundo BÖCKENFÖRDE, esta concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípios traz inevitáveis e indesejáveis conseqüências para a hermenêutica constitucional, pois:

Es, en primer término, una cuestión puramente de elaboración de las ciencias del espíritu, y emancipada del método jurídico usual. La determinación del contenido de un derecho fundamental se convierte en una cuestión de averiguación del sentido del valor en él expresado, lo que sólo parece alcanzable intuitivamente en los términos de las ciencias del espíritu (...) En realidad no ofrece tal vía de solución, ya que hasta hoy no existe con claridad, en absoluto, ni una fundamentación racional para valores y una orden de valores, ni un sistema de preferencias discutible y reconocible racionalmente para la determinación de la jerarquía de valores y para una ponderación de valores edificadas sobre ella. (...) La invocación de un orden o a una ponderación de valores no es, por lo tanto, ninguna fundamentación de aquéllo para lo que se ofrece como fundamento. Más bien oculta decisiones ponderativas y sobre colisiones tomadas en otra parte que de este modo mantienen una apariencia racional y se sustraen a ala fundamencación real. En la práctica significa una fórmula velada del decisionismo judicial o, en su caso, interpretativo<sup>406</sup>.

---

<sup>401</sup> HESSE, Konrad. Op. cit., p. 48.

<sup>402</sup> Idem.

<sup>403</sup> Cf. Idem.

<sup>404</sup> Cf. BOCKENFORD, Ernst-Wolfgang. Op. cit., p. 95.

<sup>405</sup> Cf. Idem.

<sup>406</sup> Ibidem, p. 58, 60.

Desta forma, defendendo seu posicionamento, BÖCKENFÖRDE também critica a interpretação constitucional como concretização, afirmando que ela se assenta na argumentação tópica e sua indeterminação. Para esse tipo de interpretação não haveria nenhum critério de controle racional, permanecendo no terreno da intuição subjetiva. Assim, para esse autor este modelo hermenêutico “non son por su parte principios normativos que contenga interpretaciones obligatorias ofrecidas con antelación, sino solo puntos de vista interpretativos, ‘principales’ en el sentido del proceso tópico”<sup>407</sup>.

Em face disso, diante da ameaça do decisionismo judicial provocado pela mudança na dogmática dos direitos fundamentais, BÖCKENFÖRDE conclui que existe somente uma única alternativa: aderir à concepção dos direitos fundamentais como princípios e consolidar o Estado jurisdicional, ou então, voltar à concepção liberal dos direitos fundamentais como direitos de defesa, e garantir o retorno do Estado Legislador<sup>408</sup>.

Destarte, a racionalidade das ponderações é posta em dúvida de diversas formas, haja vista que diversas pessoas podem chegar a diferentes resultados sobre o peso e o grau de efetivação de um princípio<sup>409</sup>. Portanto, se por um lado a utilização da ponderação parece ser inevitável, por outro, deve-se admitir pelo menos os riscos e as insuficiências do recurso à ponderação como metodologia constitucionalmente adequada<sup>410</sup>, haja vista que “os sistemas jurídicos contemporâneos, e em particular o brasileiro, conferem ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo”<sup>411</sup>.

Não há dúvidas, pois, que o Estado democrático de direito aponta para a necessidade da “instituição de uma metódica constitucional capaz de dar conta, entre outras tarefas, da justificação jurídica que inclui a pretensão de correção normativa ou

---

<sup>407</sup> Cf. *Ibidem*, p. 32.

<sup>408</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**, p. 20.

<sup>409</sup> Cf. BOROWSKY, Martin. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>410</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 640, 693.

<sup>411</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p.

a retitude material das normas na estrutura do juízo ponderativo constitucional”<sup>412</sup>. Por isso, a grande preocupação levantada pela doutrina no campo da ponderação, diz respeito à utilização deste método dentro de um quadro de necessária garantia de previsibilidade e estabilidade, de forma a limitar e/ou reduzir a discricionariedade<sup>413</sup> judicial a níveis toleráveis<sup>414</sup>. Contudo, o que se verifica nos casos difíceis é que há sempre uma margem irreduzível da decisão de prevalência entre bens que depende do julgador. Ele decide essencialmente de acordo com o seu sentido normativo de justiça, ou seja, com a sua idéia de direito (justiça)<sup>415</sup>.

Isto acontece porque a interpretação de um princípio constitucional pode dar lugar a diferentes concepções, todas perfeitamente defensáveis dentro do direito constitucional<sup>416</sup>. Contudo, POZZOLLO esclarece que não se pode justificar nenhuma decisão judicial que seja feita exclusivamente com o argumento da correção moral, sem qualquer relação com o direito positivo<sup>417</sup>. Segundo essa autora o (neo)constitucionalismo se equivoca se a conexão entre o direito e a moral (positiva) de que se fala está referida a atividade do mero jurista, da mesma forma que estaria equivocado um iuspositivismo que afirmasse que o jurista-juiz pode individualizar o conteúdo do direito, sem socorrer a argumentos extra-jurídicos<sup>418</sup>.

Em face do que foi exposto, POZZOLLO sustenta que “parece não ser possível oferecer uma solução racionalmente fundada e controlável”<sup>419</sup> para o modelo da ponderação. Isto porque, a tese argumentativa “é uma escolha política baseada numa certa reconstrução do conceito de bem compatível com as diversas concepções

---

<sup>412</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 23.

<sup>413</sup> Conforme utilizado aqui, o conceito de discricionariedade diz respeito à esfera judicial (e não administrativa), entendido como liberdade de conformação de um dever jurídico na aplicação do direito por meio de uma opção entre várias decisões reconhecidamente válidas. Trata-se, na verdade, de uma liberdade de escolha entre soluções possíveis, juridicamente válidas a princípio, tendo como sua antítese a noção de subsunção. Cf. NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do pensamento jurídico, sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1. p. 537-538.

<sup>414</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 695.

<sup>415</sup> Cf. Ibidem, p. 722.

<sup>416</sup> Cf. POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 203.

<sup>417</sup> Cf. Ibidem, p. 205.

<sup>418</sup> Cf. Idem.

<sup>419</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 114.

veiculadas pelo texto constitucional”<sup>420</sup>. Além do que “os participantes do discurso têm um interesse preponderante em ‘conduzir’ o sentido dos enunciados para sustentar as suas próprias posições”<sup>421</sup>.

Por esta razão, o modelo da ponderação exige a explicitação de razões, sob pena de cada decisão cair “sob a lente do juízo individual”<sup>422</sup>. Com efeito “o neoconstitucionalismo tem se tornado porta-voz dessas exigências de fundação, argumentação e justificação do direito e, também, das eleições políticas que estão por trás”<sup>423</sup>. Significa dizer que a superação do formalismo legalista não desemboca necessariamente em um decisionismo arbitrário do juiz, pois as sentenças que estes hão de adotar encontram-se dentro do marco de razoamento prático orientados pelas pautas dos valores e princípios, que fundamentam o Estado de direito<sup>424</sup>.

Assim sendo, como assevera SANCHIS o constitucionalismo se assenta nos seguintes pilares: i) o conhecimento do direito requer assumir o chamado ponto de vista interno ou próprio do participante no sistema; ii) este ponto de vista apresenta um caráter normativo e não somente descritivo, onde a obrigatoriedade das normas há de repousar em um fundamento moral; iii) isto supõem a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, conexão que se produz por geral, não norma a norma, mas através dos critérios de identificação do sistema, ou seja, precisamente através das normas constitucionais<sup>425</sup>.

Portanto, uma das características mais fortes do (neo)constitucionalismo é a ênfase no ponto de vista<sup>426</sup> interno e singular do juiz, e não dos destinatários do

---

<sup>420</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>421</sup> Ibidem, p. 163.

<sup>422</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>423</sup> Idem.

<sup>424</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999. p. 20.

<sup>425</sup> Cf. Ibidem, p. 51-52.

<sup>426</sup> Conforme leciona BOFF “todo ponto de vista é a vista de um ponto. (...) A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam. Para compreender, é essencial conhecer o lugar social de quem olha. Vale dizer: como alguém vive, com quem convive, que experiência tem, em que trabalha, que desejos alimenta, como assume os dramas da vida e da morte e que esperanças o animam. Isso faz da compreensão sempre uma interpretação”. BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 9.

direito<sup>427</sup>. Dito de outra forma sobressai-se a visão do operador do direito, que vê a democracia de dentro<sup>428</sup>. Este personagem é que tem que ser fiel e leal aos valores e princípios esculpados no texto constitucional.

Mas, apesar de tudo, ainda é um problema de **ponto de vista**. De maneira que o constitucionalismo pós-positivista tem contribuído para a propagação de uma autêntica epidemia de sinceridade, oferecendo respaldo ou cobertura teórica para dizer com argumentos refinados o que quase todo mundo já sabia, ou seja: que quando se resolvem conflitos jurídicos se está oferecendo respostas morais e que, portanto, é perfeitamente lógico que o razoamento jurídico se conjuguem argumentos procedentes do direito estrito com outros derivados da filosofia e da justiça<sup>429</sup>.

A teoria dos princípios não representa um chamamento da responsabilidade e política do intérprete, mas um bálsamo de sua carência. Deve-se perder o temor de confessar que os operadores jurídicos são titulares de um poder de decisão, ainda que um poder de natureza distinta da que tem o Legislador. O direito segue sendo, agora mais do que nunca, mais fruto da vontade do que da razão, mais do poder do que da verdade<sup>430</sup>.

Dessa forma, vale registrar a síntese que BARCELLOS faz das principais críticas da doutrina dirigidas à ponderação como ferramenta hermenêutica jurídica: i) a ponderação não apresenta um conteúdo metodológico claro; ii) a ponderação dá margens a subjetivismos e arbitrariedades; iii) a ponderação enfraquece o princípio da legalidade e a segurança jurídica que dela decorre; iv) a lógica da ponderação leva o debate político para dentro dos tribunais, onde vantagens e desvantagens são (re)avaliadas por órgãos sem legitimidade popular, em franca oposição ao princípio da separação dos poderes; v) a ponderação põem em risco a certeza e a previsibilidade que deveria emanar das disposições constitucionais, especialmente os direitos fundamentais; vi) e finalmente, a ponderação induzirá os juízes a trazerem à nota novamente as convicções comuns da população acerca dos diferentes temas

---

<sup>427</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**. p. 55, 58.

<sup>428</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O modelo constitucional da ponderação**. Aula ministrada no curso de mestrado da UniBrasil, Curitiba, 13 set. 2007.

<sup>429</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**, p. 94.

<sup>430</sup> Cf. *Ibidem*, p. 95.

constitucionais<sup>431</sup>. E por fim, conclui que “a ponderação é metodologicamente inconsistente, enseja excessiva subjetividade e não dispõe de mecanismos que previnam o arbítrio”<sup>432</sup>.

Finalmente, sublinhe-se que o próprio ALEXY admite que a ponderação tem sido alvo de muitas críticas por não ser considerada um método de controle racional. No entanto, segundo este autor as críticas procedem apenas no sentido de se admitir que o método da ponderação não apresenta para cada caso uma mesma solução<sup>433</sup>. Pois, conforme defende o referido autor é na fundamentação que o arbítrio cai por terra, deixando transparecer os motivos e razões pelas quais um princípio prevalece sobre outro<sup>434</sup>.

Entretanto, HABERMAS critica não somente o método da ponderação em si, mas a própria teoria dos princípios de ALEXY<sup>435</sup>, segundo a qual estes são tidos como mandados de otimização. Isto porque segundo aquele autor esse entendimento reduziria a força dos direitos fundamentais. A objeção do autor consiste que:

Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines<sup>436</sup>.

Em outras palavras, segundo HABERMAS esta ponderação orientada a fins (teleológica), faria com que os direitos fundamentais perdessem a sua firmeza (deontológica), que só poderia ser alcançada mediante a sua compreensão como “regras” e não como “princípios”. Por essa razão, HABERMAS aduz que o tribunal constitucional e a *judicial review* se transformaria em uma instância autoritária ao deixar-se guiar pela teoria dos valores, haja vista que:

---

<sup>431</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 49-52.

<sup>432</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>433</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 157.

<sup>434</sup> Cf. Ibidem, p. 158.

<sup>435</sup> Em sua obra *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* ALEXY rebate as críticas feitas por HABERMAS e Böckendförde sobre a teoria dos princípios. Ver ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: J. San José. 2004.

<sup>436</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 327.

Si en caso de colisión todas las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico.(...) Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado<sup>437</sup>.

Dessa forma, ao se transformar os direitos fundamentais em mandados de otimização, se derrubaria a “parede corta fogo”, e aqueles direitos não apenas perderiam a sua força deontológica, como também aumentaria o perigo de servirem de fundamento para “juízos irracionais”<sup>438</sup>. Em suma, HABERMAS insurge-se contra a idéia da ponderação, porque para ele este modelo pressuporia uma confusão entre juízos axiológicos e deontológicos, e acabaria por resultar em insegurança jurídica, na medida em que fomentaria o decisionismo judicial.

Neste ponto, cumpre ressaltar que para NOVAIS a proteção da confiança dos cidadãos relativamente à ação dos órgãos do Estado é um elemento essencial, não apenas da segurança da ordem jurídica, mas também da própria estruturação do relacionamento entre Estado e cidadãos em um Estado de direito. Sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da atuação dos poderes públicos suscetíveis de se refletirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, com violação do princípio da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal<sup>439</sup>.

Outro aspecto importante a se ressaltar é que alguns autores, como SARMENTO e SANTOS, costumam associar o princípio da dignidade da pessoa humana como conteúdo material para a ponderação de bens. Nesse sentido, preleciona SARMENTO, para quem:

O método da ponderação de interesses não representa uma técnica puramente procedimental para solução dos conflitos entre princípios constitucionais. Pelo contrário, a ponderação incorpora uma irreduzível dimensão substantiva, na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção dos valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional.

---

<sup>437</sup> Ibidem, p. 332.

<sup>438</sup> Cf. Idem.

<sup>439</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 816.

Esses valores são sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que confere unidade teológica a todos os demais princípios e regras que compõe o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional<sup>440</sup>.

Segundo este entendimento, toda ponderação deverá ter como pano de fundo a dignidade da pessoa humana como critério material para a ponderação, a qual não poderá importar em desprestígio a esse princípio<sup>441</sup>. Esta corrente, sem dúvida favorece, e muito, a super-difusão do princípio em questão, pois se a ponderação é um símbolo da nova teoria do direito, a dignidade humana passa a ser a **cereja do bolo**. Ou seja, **o bolo só estará pronto quando a cereja for colocada no seu topo**. Daí a multiplicidade de decisões (interpretações) que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, como primeiro e/ou último recurso a ser utilizado em uma fundamentação.

Contudo, ALEXY apresenta o princípio da proporcionalidade como uma técnica procedimental, desprovida de conteúdo. Este autor defende a teoria da fundamentação jusfundamental do princípio da proporcionalidade. Para ele, esse princípio deriva da própria natureza dos princípios, que como mandados de otimização realizam-se de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Dizer que os princípios se aplicam de acordo com as possibilidades jurídicas, significa que quando os princípios colidem, a possibilidade jurídica de aplicação de um princípio depende do princípio oposto. Daí a necessidade da ponderação resultar do próprio caráter dos princípios<sup>442</sup>.

---

<sup>440</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**, p. 57.

<sup>441</sup> Esse raciocínio parece equivocado, pois se o princípio da dignidade da pessoa humana é critério material para a ponderação de bens e possui caráter absoluto, no sentido de que não pode ser relativizado, então se nega a sua natureza de princípio, ou há um erro de essência ou contradição na teoria dos princípios.

<sup>442</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 111-112.

## 2.4 A SUPREMACIA JUDICIAL EM FACE DA ESTRATÉGIA EPISTEMOLÓGICA (NEO)CONSTITUCIONAL

Em face de tudo o que foi exposto, fica evidente, pois, que a (re)materialização<sup>443</sup> da Constituição não é sem conseqüências, pois pressupõe um deslocamento da discricionariedade da esfera legislativa para a esfera judicial<sup>444</sup>. Não é por outra razão, que STRECK ensina que no Estado democrático de direito “ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional”<sup>445</sup>. Com isto, aumenta-se a responsabilidade dos juízes neste novo cenário constitucional, e todas as atenções se voltam para a necessidade da correção e da argumentação judicial<sup>446</sup>.

Observa-se, portanto, que o Parlamento perde o papel de destaque que possuía no Estado de direito do século XIX, pois passa a ser submetido aos princípios e valores albergados no texto constitucional. Ao mesmo tempo, verifica-se o fortalecimento do Poder Judiciário que passa a ser o órgão a dizer a última palavra em termos constitucionais<sup>447</sup>. Portanto, na realização da **política constitucional** a justiça

---

<sup>443</sup> Entende-se por (re)materialização o processo de consolidação dos valores no texto constitucional, por meio dos princípios.

<sup>444</sup> STRECK esclarece que “no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (...); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 53.

<sup>445</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.p. 32.

<sup>446</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 65-66.

<sup>447</sup> Segundo GARGARELA “el hecho de que en la actualidad los jueces gocen del poder que gozan tiene que ver, entre otros factores, con ciertos (implausibles) presupuestos que se tomaron en cuenta desde el mismo momento en que se organizó el sistema judicial, dentro del marco de una Constitución republicana. Me refiro a presupuestos de raíz conservadora, conforme a los cuales no era necesario consultar a la ciudadanía – de un modo efectivo -, si lo que se pretendía era tomar decisiones correctas. Y así también, presupuestos de raíz elitista, que directamente afirmaban que no todos los individuos estaban dotados de iguales capacidades, y que sólo algunos de ellos tenían las virtudes

constitucional é peça chave<sup>448</sup>. Isto porque não existe esfera em que a perspectiva constitucional não tenha algo a dizer e são precisamente os juízes que as dizem. De tal forma que o problema agora parece voltar-se para a discricionariedade do juiz<sup>449</sup>.

Se bem que, na verdade, parece que o problema apenas se repete, a partir de uma outra perspectiva, é claro. Se no positivismo a discricionariedade do juiz era posta à evidência como único meio de solucionar-se a relativa indeterminação das normas ou a sua ausência, no pós-positivismo essa discricionariedade é mais velada, e apresenta-se mitigada pela teoria da argumentação, embora não seja eliminada. No entanto, trata-se, sem dúvidas, de um avanço, pois a introdução de normas substantivas na Constituição - apesar de sua vagueza e porosidade - oferecem pautas ou *standards* normativos aonde antes somente existia a discricionariedade do arbítrio político. Significa dizer que “os princípios introduzem determinação em uma esfera antes confiada à discricionariedade”<sup>450</sup>, e que reclamam uma teoria da argumentação especialmente refinada que seja capaz de compensar o seu *deficit* de determinação<sup>451</sup>.

Feito este esclarecimento, do ponto de vista da sua aplicação, as normas materiais da Constituição podem incrementar a indeterminação do direito e da discricionariedade de um juiz antes submetido ao império da lei<sup>452</sup>. Contudo, para os Legisladores submetidos ao controle de constitucionalidade (abstrato ou concreto), o fenômeno é o contrário: onde antes existia discricionariedade política agora existe os princípios e, conseqüentemente, a ponderação e os juízes. Para SANCHIS isso é uma avanço significativo, pois “em lugar de decidir o legislador simplesmente ‘o que quer’ agora decide o juiz ‘o que deve’”<sup>453</sup>.

---

necesarias como para tomar decisiones ‘justas’”. Cf. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el caracter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 12.

<sup>448</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**. p. 128.

<sup>449</sup> Cf. Idem.

<sup>450</sup> Cf. Ibidem, p. 131.

<sup>451</sup> Cf. Ibidem, p. 132.

<sup>452</sup> Cf. Idem.

<sup>453</sup> Cf. Idem.

DWORKIN também se opõem ao dogma positivista da discricionariedade<sup>454</sup> do juiz, e demonstra preocupação acerca da edificação dos critérios interpretativos utilizados pelos juízes no momento da decisão do caso concreto. Para esse autor, tal liberdade deixará de existir em função do estabelecimento da teoria da resposta correta. Dar, portanto, liberdade aos juízes, nos casos difíceis, não é recomendável; primeiro, por que eles não possuem legitimidade para a criação de normas nem para aplicá-las de modo retroativo, pois, em caso contrário, não se estaria levando a sério a democracia. O juiz, então, precisa encontrar critérios e criar teorias para justificar suas decisões. Da mesma sorte, deverá balancear os princípios, optando por aquele que tiver maior peso<sup>455</sup>.

No entanto, DWORKIN não oferece uma teoria para a eliminação e/ou redução da discricionariedade do juiz na formulação da resposta correta. Para tanto, vale-se da figura mitológica de HÉRCULES, para ilustrar o modelo do juiz onisciente, dotado de habilidades sobre humanas, que conhece todas as normas e fatos relevantes e que tem tempo suficiente e todas as condições necessárias para solucionar todos os casos difíceis e, ao mesmo tempo, encontrar a resposta correta para todos os tipos de problemas, por meio da elaboração de uma teoria constitucional coerente<sup>456</sup>.

Portanto, DWORKIN defende uma espécie de ativismo judicial para a garantia dos direitos fundamentais, baseado na visão do juiz HÉRCULES, que por meio da sua capacidade e inteligência seria capaz de encontrar a única resposta correta para cada caso constitucional difícil. De acordo com essa concepção, o juiz sempre encontraria a resposta correta no direito preestabelecido. Significa dizer que o juiz não teria discricionariedade<sup>457</sup> nem poder político, pois a resposta correta seria aquela teoria que

---

<sup>454</sup> DWORKIN esclarece que no positivismo jurídico também se encontra uma teoria para os casos difíceis, que seria a discricionariedade do juiz. Para o positivismo, quando uma decisão judicial específica não puder ser submetida a uma regra de Direito pré-estabelecida, o juiz tem o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra. DWORKIN critica essa teoria, pois segundo ele nesse caso o juiz legisla novos Direitos jurídicos, e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. Portanto, essa decisão discricionária do juiz cria um Direito novo que se aplica a uma situação passada. Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 146.

<sup>455</sup> Cf. *Ibidem*, p. 13-14.

<sup>456</sup> Cf. *Ibidem*, 177-178.

<sup>457</sup> A respeito da discricionariedade dos juízes Maccormick sintetiza o pensamento de DWORKIN da seguinte forma “os juízes não dispõem de nenhum arbítrio ‘forte’ nos casos

melhor preservasse o modelo jurídico vigente. Dessa forma, o autor demonstra a sua preocupação em reduzir as incertezas do direito, por meio da racionalização do sistema jurídico<sup>458</sup>.

A despeito disso, o próprio DWORKIN reconhece que esse juízo encontraria dois problemas principais. O primero seria “decidir cuánto peso debe asignar, al construir un esquema de justificación para un conjunto de precedentes, a los argumentos que los jueces que decidieron esos casos relacionaron con sus decisiones”<sup>459</sup>. Daí decorre que talvez nem todos os juízes encontrem as mesmas justificações que o juiz HÉRCULES encontrou, e conseqüentemente, variem o todo de forma diferente<sup>460</sup>.

O outro problema seria a coesão (integridade) entre todas as decisões tomadas na história de uma instituição<sup>461</sup>. Isso porque “no todos los legisladores y jueces del pasado tenían la capacidad ni la penetración de hércules, ni tampoco eran hombres y mujeres de la misma ideología y opinión”<sup>462</sup>. Dessa forma, sua teoria interpretativa vê o direito como conseqüência de uma leitura construtiva da história institucional e do sistema legal. No entanto, ao longo de um período histórico as decisões dos juízes poderiam variar, ocasionando certa falta de coerência institucional, além do que o próprio juiz HÉRCULES poderia errar quando da sua concatenação histórica<sup>463</sup>.

---

exemplares porque, mesmo nesses casos, eles são obrigados a descobrir e fazer valer Direitos jurídicos existentes, não inventá-los em termos retroativos para um cidadão de sorte em prejuízo de seu oponente sem sorte. Isso exige realmente o exercício de um arbítrio ‘fraco’, o ‘arbítrio que envolve julgamento’ sobre o peso certo a ser atribuído às diversas normas jurídicas relacionadas à decisão”. E complementa com a sua opinião “existe em princípio uma resposta correta, muito embora na prática possamos nunca ter certeza de qual ela é ou de quem a detém”. MAcCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes 2006. p. 321. Portanto, Maccormick concorda com DWORKIN ao reconhecer que os juízes não têm arbítrio forte. Para esse autor “afirmar que, em casos exemplares, os juízes têm arbítrio forte significaria dizer que eles podem apenas de uma forma quase legislativa escolher a decisão que lhes parecer melhor com base nos motivos que considerarem adequados a essas escolhas”. Ibidem, p. 325.

<sup>458</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 19, 21.

<sup>459</sup> Ibidem, p. 192.

<sup>460</sup> Cf. Ibidem, p. 192-193.

<sup>461</sup> Cf. Ibidem, p. 193.

<sup>462</sup> Cf. Ibidem, p. 194.

<sup>463</sup> DWORKIN, portanto, sugere a criação de uma teoria de erros institucionais. Primeiro, o juiz HÉRCULES deve distinguir autoridade institucional (competência) de força gravitacional (princípios), e identificar o erro em um destes elementos. Dependendo do nível de constitucionalidade desta teoria encontrar-se-á na resposta um tipo determinado de solução (supremacia legislativa ou o

Assim, em virtude do processo de sopesamento dos princípios e valores em jogo ao decidir os *hard cases*, e dos fatores subjetivos inerentes ao juiz HÉRCULES, pode ocorrer, e com frequência ocorre, que os juízes passem a adotar decisões que contrariem a história da instituição, trazendo certa instabilidade ao direito.

CALSAMIGLIA aponta, então, algumas dificuldades para a concretização das idéias de DWORKIN, no que tange à escolha da teoria mais adequada e os problemas que poderiam decorrer de tal opção, dizendo que o autor não dá respostas para tais questionamentos<sup>464</sup>. Em seu prólogo à obra de DWORKIN, CALSAMIGLIA questiona se “este hércules acaso no ejerce un papel semejante a Dios o la Razón em la reflexión ius naturalista?”<sup>465</sup>.

Neste norte, POZZOLLO assevera que o (neo)constitucionalismo tem como premissa “o ‘bom juiz dotado de bom senso’”. Contudo, do ponto de vista constitucionalista-legalista, seria melhor adotar a perspectiva do ‘*bad man*’, já que o direito apresenta duas faces: uma de garantia e outra de opressão”<sup>466</sup>. Desta forma, parece que o (neo)constitucionalismo anda bem enquanto a interpretação moral da Constituição é feita por um “bom juiz”, mas se dissolve diante de um julgador que carece de bom senso. Por isso, nunca é demais repetir a lição de CLÈVE, de que “o juiz é um ser humano e não alguém que esteja acima do bem e do mal”<sup>467</sup>.

Mais ainda, para POZZOLLO o intérprete tem diante de si uma grande variedade de normas difusas e elásticas “que permitem resultados diversos (e algumas vezes contrastantes) sem provocar nem as mínimas reações sociais críticas”<sup>468</sup>. Ou seja, sempre pode haver mais de uma resposta correta para cada caso, e vários são os resultados juridicamente possíveis. Portanto, segundo o seu entendimento “um operador competente não é capaz de responder oferecendo uma única solução jurídica

---

peso dos precedentes). Segundo, o juiz HÉRCULES pode afirmar que sua teoria é mais consistente, dada que decisões anteriores a sua já não são mais pertinentes hoje, ou mesmo que o princípio até então aplicado não é mais justo. Cf. *Ibidem*, p. 193-198.

<sup>464</sup> Cf. *Ibidem*, p. 14.

<sup>465</sup> Cf. *Idem*.

<sup>466</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>467</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito constitucional**, p. 46.

<sup>468</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. *Op. cit.*, p. 146.

para nenhum caso com base somente na análise lingüística do direito”<sup>469</sup>. Enfim, a conclusão da autora é a de que “justamente onde parece desenvolver a sua função mais importante, o direito falha com sua função, não oferecendo uma resposta única juridicamente possível”<sup>470</sup>.

Isso acontece porque o direito já não produz significados unívocos e estáveis, pois atualmente o significado deve ser construído<sup>471</sup>. ZAGREBELSKY chega a usar a imagem do direito constitucional como um conjunto de materiais de construção, onde o edifício concreto não é obra da Constituição por si mesma, mas de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações desses materiais<sup>472</sup>. Segundo ZAGREBELSKY “las sociedades pluralistas actuales (...), esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar-las condiciones de posibilidad de la misma”<sup>473</sup>.

Dito de outro modo, a Constituição não é um projeto pronto e acabado, mas apenas um ponto de partida que pode conduzir e orientar às mais diversas ideologias, que serão determinadas pela política constitucional adotada. Desse modo, pode-se falar em erosão progressiva do princípio unitário de organização política, representado pela soberania e pela ordem que dela deriva. A partir desse fenômeno, os significados resultantes podem variar em função das constelações que se vão formando entre os elementos que compõem o direito público, de tal sorte que a sua característica mais marcante passa a ser a perda da sua posição central<sup>474</sup>. Dessa forma, substituiu-se a função ordenadora da soberania do Estado, pela soberania da Constituição e, não se pode esperar que este tipo de soberania nos leve aos mesmos resultados de outros tempos, ou seja, a unidade política estatal<sup>475</sup>.

Em virtude desse pluralismo e coexistência de valores no corpo da Constituição, é que ZAGREBELSKY cria a imagem de um **direito dúctil** para

---

<sup>469</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>470</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>471</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 12-13.

<sup>472</sup> Cf. Ibidem, p. 13.

<sup>473</sup> Idem.

<sup>474</sup> Cf. Ibidem, p. 12.

<sup>475</sup> Cf. Ibidem, p. 13.

representar o (neo)constitucionalismo. Segundo essa concepção os princípios e valores contidos na Constituição não assumem caráter absoluto, mas devem ser **flexíveis** ao ponto de permitir seu convívio com outros interesses possivelmente conflitantes<sup>476</sup>.

Daí ZAGREBELSKY falar na exigência de uma dogmática jurídica fluída ou líquida como algo que pode conter os elementos característicos do direito constitucional contemporâneo, “aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional”<sup>477</sup>. Em outras palavras, a dogmática constitucional deve ser como o líquido onde as substâncias se misturam, sem perder as suas propriedades e coexistem sem anulações, ainda que com certas variações<sup>478</sup>. Além disso, a fluidez ou ductibilidade do direito deixa de ser apenas uma característica desse **novíssimo** direito constitucional, e passa a ser uma condição *sine qua non* da sua existência, sem a qual o sistema se auto-destruiria.

Devido a essa heterogeneidade de valores do Estado democrático e pluralista, o ordenamento jurídico passa a ser mais um problema do que a solução. Isso porque o direito deixa de ser a expressão pacífica de uma sociedade política coerente, para ser apenas a extensão de um conflito de interesses e, se converte ele mesmo em instrumento e causa de instabilidade<sup>479</sup>. Trocando em miúdos, o direito e a Constituição passam a ser o reflexo de uma sociedade dividida e fragmentada, que se caracteriza pela pluralidade e incoerência.

Quiçá, por essa razão, MORAES afirme que o direito vive uma nova era, e que o mundo da segurança (dos Códigos) deu lugar a um mundo de insegurança e incerteza, dentro desse novo paradigma que é a pós-modernidade<sup>480</sup>. A autora chega a questionar: “ruídos os pilares desse ‘mundo da segurança’, o que se ergue em seu

---

<sup>476</sup> Cf. Ibidem, p. 14.

<sup>477</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>478</sup> Cf. Idem.

<sup>479</sup> Cf. Ibidem, p. 37-38.

<sup>480</sup> Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 59-60, 65.

lugar? Quais as implicações sociojurídicas decorrentes deste estado de dúvida e de perplexidade, tão marcadamente presente no espírito da virada do milênio?”<sup>481</sup>.

Enquanto isso, HESPANHA recomenda a necessidade de uma racionalidade da vida e, quanto possível, um proscrição do acaso e do imprevisto. A seu ver, racionaliza-se a vida, as previsões dos empresários tornam-se cada vez mais certas, acresce o rigor do cálculo e, os lucros tornam-se menos incertos e maiores<sup>482</sup>. Portanto, segundo essa ótica, o direito não deve ficar à margem desse processo de racionalização, mas deve ser dotado de estabilidade e certeza. Sendo assim, coisas há que não lhe serão de modo algum favoráveis no domínio jurídico: a obscuridade do direito e o arbítrio dos tribunais<sup>483</sup>.

No entanto, o que se vê é que a Constituição pluralista produz o que se pode chamar de “mundos constitucionalmente possíveis”<sup>484</sup>. O que significa dizer que devido ao caráter normativo da Constituição não é possível falar-se de uma ordem ou sistema de valores fechado e hierarquizado, mas, sim, em um pluralismo ou desordem de princípios que entram em jogo simultaneamente e que, na medida em que se fazem presentes são relevantes para o discurso de aplicação<sup>485</sup>.

Dessa forma, talvez a maior crítica tecida ao (neo)constitucionalismo seja a onipotência, discricionariedade e/ou irracionalidade das decisões do magistrado. Como foi dito anteriormente, o direito constitucional absorve todos os setores da sociedade, e quem diz a última palavra em termos constitucionais são os órgãos judiciais. Nesse contexto, afirma POZZOLLO que “o imperialismo da moral, típico do neoconstitucionalismo, elegeu um novo rei por cima do Direito, e quem tiver a sapiência para acender ao Conhecimento moral, poderia transformar-se em um déspota mais perigoso do que a autoridade política terrena”<sup>486</sup>. Por conta disso, não é de se

---

<sup>481</sup> Cf. *Ibidem*, p. 66.

<sup>482</sup> Cf. HESPANHA, Antônio Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. Separata de Vértice*, Coimbra, n. 340-342, 1972. p. 11.

<sup>483</sup> Cf. *Idem*.

<sup>484</sup> SANCHIS, Luis Pietro. *Justiça constitucional y derechos fundamentales*, p. 123.

<sup>485</sup> Cf. *Ibidem*, p. 125.

<sup>486</sup> POZZOLLO, Susanna. *Op. cit.*, p. 210.

admirar que o Legislador perca sua autonomia e o (neo)constitucionalismo desemboque na onipotência judicial<sup>487</sup>.

## 2.5 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CENÁRIO ARCAICO DA REALIDADE SOCIAL

Diante deste cenário, os desafios do (neo)constitucionalismo não são poucos. Por isso, esta pesquisa não tem a pretensão de apontar todas as incongruências do sistema, tampouco apresentar soluções definitivas para as mesmas. Pretende-se apenas levantar algumas questões que parecem decisivas para a compreensão do papel da dignidade da pessoa humana no contexto pós-positivista. Portanto, a seguir analisar-se-ão duas questões fulcrais para a adequada interpretação/aplicação da dignidade da pessoa humana neste **novíssimo** Estado constitucional – o constitucionalismo *versus* realidade e o constitucionalismo *versus* democracia (ver item 2.6).

Feito este esclarecimento inicial, um dos grandes desafios do (neo)constitucionalismo parece ser o de (re)conciliar o direito (especialmente o direito constitucional) com a realidade política, econômica e social do país. Na verdade, o grande questionamento que precisa ser feito é se o princípio da dignidade da pessoa humana - a cereja do bolo dessa nova teoria do direito - pode contribuir para um projeto emancipatório da sociedade brasileira, atuando como fator de transformação do *status quo*. E, acima de tudo, em sendo afirmativa a resposta, de que forma esse projeto emancipatório pode ser operacionalizado/viabilizado.

Para demonstrar essa necessidade de atribuir-se ao direito um caráter emancipatório, basta citar que o índice de desenvolvimento humano (IHD), desenvolvido pela Organização das Nações Unidas (ONU) demonstra que “em 1999 o Brasil ocupava a 75ª posição, sendo que em 2000 passou para o 73ª

---

<sup>487</sup> Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**, p. 120.

posto no rol das nações pesquisadas”<sup>488</sup>. Sequer é necessário o levantamento de mais dados estatísticos<sup>489</sup> para demonstrar que no Brasil, as promessas da modernidade foram sonegadas à maior parte da população e que os serviços prestacionais mais elementares devidos pelo Estado não correspondem às expectativas constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais que lhe fazem companhia.

Tem-se, assim, como bem assinalou STRECK, que o Brasil é um país de modernidade tardia e arcaica<sup>490</sup>, em que houve (há) apenas um simulacro de modernidade<sup>491</sup>. Por isso, nunca é demais (re)lembrar, que no Brasil, os benefícios do Estado social não se concretizaram<sup>492</sup>, e que a maior parte da população continua às margens desses benefícios. Aqui, como se sabe, “as promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros. Para os demais, o atraso! O *apartheid* social!”<sup>493</sup>.

Não é por outra razão, que DIAS observa que “os países do Terceiro Mundo se batem com o problema do descompasso entre os textos escritos – copiados na sua maior parte do direito constitucional Clássico – e as suas realidades próprias”<sup>494</sup>. Esse descompasso descrito pelo autor ocorre em virtude da distância que separa o que propõem/impõem o texto constitucional, e o que efetivamente se concretiza/materializa no campo da realidade - apenas um simulacro! Daí esse autor, assinalar que “procuram estes países, uns mais e outros menos, alterar as suas

---

<sup>488</sup> SCAFF, Fernando Facury. As contribuições sociais e o princípio da afetação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 98, p. 44-62, jan. 2003. p. 48.

<sup>489</sup> Para uma visão mais acurada dos principais indicadores sociais do país consultar o site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) <<http://www.ibge.gov.br>>.

<sup>490</sup> Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 69.

<sup>491</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 25.

<sup>492</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 164.

<sup>493</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 28.

<sup>494</sup> DIAS, Sérgio Novais; BAHIA, Saulo José Casali. **Constituição e a revisão de 1993: conceito de constituição no mundo moderno, revisão constitucional (art. 3., ADCT/88) e poder constituinte**. Salvador: Ciência Jurídica, 1992. p. 33.

constituições para identificá-las com a realidade política, econômica e social de cada povo<sup>495</sup>.

No entanto, parece evidente que a melhor solução para esse desencontro (Constituição *versus* realidade) não seria a de adequar a Constituição à realidade, mas, sim, à realidade à Constituição. Esse caminho inverso, sem dúvidas é mais longo e penoso, mas é o único caminho legitimado pela Constituição Federal de 1988.

Em relação a este tema, vale ressaltar que a Constituição brasileira de 1988 enquadra-se na categoria das constituições dirigentes, porque não se limitou a instituir o *design* institucional do país e a garantir os direitos individuais, antes formulou um grande espectro de diretrizes e objetivos para a comunidade política, que visam promover a justiça social por meio da transformação do *status quo*<sup>496</sup>. Com efeito, o Legislador constituinte, no Brasil, projetou uma verdadeira utopia social ao estabelecer como objetivo da República a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, capaz de erradicar a pobreza e a marginalização social e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Dito isto, cumpre resgatar por um momento a teoria da Constituição dirigente, para verificar se ainda faz sentido se falar sobre ela, em tempos de internacionalização do direito e globalização.

Deveras, CANOTILHO foi o principal responsável pela divulgação do conceito de Constituição dirigente no Brasil, concebida originalmente por PETER LERCHE<sup>497</sup> na Alemanha<sup>498</sup>. Assim, em sua tese de doutorado publicada em 1982 – *Constituição dirigente e vinculação do legislador* - CANOTILHO define a Constituição dirigente como sendo “o bloco de normas constitucionais em que se

---

<sup>495</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>496</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 124.

<sup>497</sup> Aqui, esclareça-se que as diferentes concepções de LERCHE e CANOTILHO sobre Constituição dirigente são evidentes. Enquanto LERCHE está preocupado em definir quais normas vinculam o legislador, e conclui que as diretrizes permanentes atribuem discricionariedade material ao legislador. CANOTILHO anota que não apenas uma parte da Constituição é dirigente, mas toda ela. Como ponto comum, os autores demonstram desconfiança em relação ao legislador, pois desejam encontrar uma maneira de vinculá-lo à Constituição. Cf. BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *et al.* **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 116.

<sup>498</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 124.

definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições”<sup>499</sup>. Nessa mesma linha, BERCOVICI esclarece que “a idéia de Constituição dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional”<sup>500</sup>.

Dessa forma, segundo a concepção original de CANOTILHO:

Uma teoria da constituição não pode e não deve circunscrever-se a um ‘processo’ tecnocraticamente apto a ‘justificar’ o funcionamento sem falhas do sistema; como instrumento normativo a constituição ‘preocupa-se’ com a ‘justeza’ das decisões, com a ‘identidade material’ de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político<sup>501</sup>.

Note-se, portanto, que ao optar pelo dirigismo constitucional, o constituinte brasileiro demonstrou uma nítida preocupação por estabelecer uma concepção de legitimidade material para as decisões do Estado. Vale dizer, a atividade estatal justifica-se à medida que concretizar o projeto social e o potencial emancipatório da Constituição<sup>502</sup>. Daí a preocupação levantada no início desse tópico de estabelecer o papel do Judiciário e do Legislador na promoção desses direitos sociais, capitaneada pela dignidade humana.

De parte isso, deve-se assinalar que a Constituição-programa ou Constituição dirigente representa a passagem do Estado liberal para o Estado social, uma vez que compreende as políticas públicas e os objetivos sócio-econômicos a serem alcançados pela sociedade. Dessa forma, a Constituição-garantia de cunho meramente limitativo do poder, passa a compreender um amplo programa de reformas sócio-econômicas a ser implementadas pelos Legisladores e pelos governos, de modo geral<sup>503</sup>.

---

<sup>499</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 224.

<sup>500</sup> BERCOVICI, Gilberto. **A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição**, p. 117.

<sup>501</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 108. Aqui, reitera-se a observação de que o posicionamento de CANOTILHO a respeito desse tema foi substancialmente alterado.

<sup>502</sup> Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: \_\_\_\_\_. **et al. Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 19.

<sup>503</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 6.

No entanto, como observa BINENBOJM, as últimas décadas do século XX foram marcadas por uma profunda crise do Estado de bem-estar social. O autor cita como as principais causas dessa crise: i) a expansão desordenada do aparelho burocrático estatal que se mostrou ineficiente para atender as crescentes demandas sociais; ii) a falta de recursos públicos para cumprir as promessas da Constituição; iii) o advento da globalização econômica e o conseqüente enfraquecimento da noção de soberania dos Estados<sup>504</sup>.

Em virtude desse novo cenário, propõe-se uma espécie de “esvaziamento axiológico da Constituição”<sup>505</sup>, ou, ainda, uma redução do seu campo de atuação, limitando-se a sua competência à definição de procedimentos e regras para o exercício do poder político<sup>506</sup>, “devolvendo-se aos corpos legislativos uma ampla liberdade de conformação”<sup>507</sup>.

Na esteira desse fenômeno, apesar de ter defendido a idéia de uma Constituição dirigente, CANOTILHO parece ter mudado de idéia adotando um modelo mais modesto e procedimental de Constituição<sup>508</sup>. Assim, como é sabido, no prefácio à sua segunda edição, o autor denuncia o dirigismo constitucional como uma tentativa utópica de “conformação do mundo político-econômico por meio do direito estatal estruturado sob a forma de pirâmide”<sup>509</sup>. O autor alega que o processo de internacionalização do direito teria contribuído de forma decisiva para que as constituições fossem relegadas “para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’”<sup>510</sup>.

Ademais, registre-se que por ocasião de uma videoconferência que reuniu alguns dos maiores expoentes do constitucionalismo nacional, CANOTILHO esclareceu de modo mais abrangente a mudança do seu posicionamento. Em resposta à

---

<sup>504</sup> Cf. *Ibidem*, p. 6-7.

<sup>505</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>506</sup> Cf. *Idem*.

<sup>507</sup> *Idem*.

<sup>508</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 124.

<sup>509</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. X.

<sup>510</sup> *Ibidem*, p. XI-XII.

pergunta de EROS GRAU, CANOTILHO deixou claro que o que acabou não foi a Constituição dirigente propriamente dita, mas a Constituição como centro dos sujeitos históricos<sup>511</sup> de transformação do projeto constitucional. Para esse autor, o sentido diretivo constitucional interno teria se deslocado para os textos internacionais de caráter imperativo, que apontam para a igualdade real e a coesão sócio-econômica<sup>512</sup>.

Todavia, se essa parece ser uma realidade para o caso específico de Portugal, que experimentou um processo de “europeização” do direito ao inserir-se no bloco da União Européia, não se dá o mesmo aqui em *terra brasilis*, com a realidade deficitária do Mercosul, ainda incapaz de gerir os direitos humanos de forma satisfatória<sup>513</sup>. Essa disparidade dos blocos, não passou despercebida por CLÈVE que anotou no prefácio da obra *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*, de GREBAN NETO:

Não vinculado a instituições supranacionais como os Estados (ainda Estados?) europeus, abandonado, o Brasil, à própria sorte com as fragilidades que ostenta, as quais, como se sabe, acabam por sugerir às elites transnacionais brasileiras ser vantajosa uma inserção subordinada no cenário internacional, no plano jurídico, só a Constituição será capaz de garantir os direitos fundamentais. Portanto, se nos países do hemisfério norte a Constituição não desempenha mais o mesmo papel, tudo se passa de modo diferente na república brasileira. Aliás, aqui, a Constituição transformadora continua essencial para a construção de uma sociedade igualitária, promessa ainda não cumprida entre nós<sup>514</sup>.

Por essa razão, BERCOVICI discorda da visão de CANOTILHO, de que a crise da teoria da Constituição é um reflexo da crise da soberania do Estado<sup>515</sup>. Para aquele autor, a crise desse paradigma jurídico se dá por outros motivos, em especial porque a “a Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria

---

<sup>511</sup> O autor aqui faz menção específica à classe trabalhadora e ao movimento das Forças Armadas, no contexto da Constituição portuguesa. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 14.

<sup>512</sup> Cf. Ibidem, p. 13-16.

<sup>513</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 234.

<sup>514</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 9-10.

<sup>515</sup> Cf. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou de nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 173.

do Estado e sem política”<sup>516</sup>. Em outras palavras, BERCOVICI sustenta que a Constituição dirigente é uma teoria “autoconcentrada em si mesma”<sup>517</sup>. Como se a Constituição fosse auto-suficiente para resolver todos os problemas sociais e promover o projeto de transformação da realidade sozinha, apenas por meio dos seus dispositivos constitucionais, sem o auxílio do Estado e da política<sup>518</sup>. Mas, o autor defende que essa crise pode ser superada com o retorno à teoria do Estado, em conexão com a política e a realidade social<sup>519</sup>.

Em linha similar, STRECK sustenta que “não é possível entender a Constituição sem o Estado”<sup>520</sup>, pois este é um pressuposto e uma condição para a realização daquela. Daí a necessidade levantada pelo autor de que a Constituição não seja apenas compreendida como normativa, sem qualquer conexão com a política, mas que haja uma integração entre Estado, Constituição e política, pois “só assim será possível perceber que a Constituição pertence também à realidade histórico-social”<sup>521</sup>.

Por sua vez, MARRAFON aduz que o paradigma moderno do Estado capitalista de razão mercadológica, aprofundou a crise do modelo de Estado de bem-estar social em face da relativização do conceito de dirigismo constitucional, e da incapacidade do Estado de realizar as políticas públicas e cunho econômico e social previstas na Constituição<sup>522</sup>. Todavia, o autor adverte que em países periféricos como o Brasil, onde as promessas da modernidade ainda não foram cumpridas, o dirigismo constitucional continua a desempenhar uma função precípua no projeto de

---

<sup>516</sup> Ibidem, p. 172-173.

<sup>517</sup> BERCOVICI, Gilberto. **A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição**, p. 119.

<sup>518</sup> Cf. Idem.

<sup>519</sup> Cf. Ibidem, p. 133, 137.

<sup>520</sup> STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos da Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury. (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169.

<sup>521</sup> Idem.

<sup>522</sup> Cf. MARRAFON, Marco Aurélio. Estado de bem-estar, preceitos programáticos e efetividade da Constituição: uma análise estrutural. In: SCAFF, Fernando Facury. (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 178.

emancipação social ao ditar os rumos da política pública, compatibilizando-a com os objetivos idealizados no texto constitucional<sup>523</sup>.

Dessa forma, tendo como base a obra de CLAUS OFFE, MARRAFON sustenta que os pressupostos para a crise do Estado providência nos países desenvolvidos não são válidos no contexto brasileiro. Isto porque a falência do Estado social nos países de primeiro mundo deu-se em virtude da plena realização desse modelo estatal, em virtude do esgotamento das suas possibilidades no plano sócio-econômico<sup>524</sup>. Nada obstante, bem diferente é a realidade aqui em *terra tupiniquim*, onde o Estado de bem estar social não aconteceu. Por essa razão, MARRAFON defende que a Constituição ainda é o caminho que surge para “se completar o percurso rumo à uma sociedade de bem-estar (...), uma vez que, resta preservado no texto constitucional esse conteúdo funcional típico de um modelo providencialista, fato que eleva o direito a importante instrumento de resistência contra o achaque neoliberal”<sup>525</sup>.

Ainda nesse diapasão, cumpre observar que a Constituição dirigente é o reduto garantidor do *Welfare State*, pois lhe confere legitimidade política para a implementação de suas diretrizes. Por essa razão, MARRAFON explicita que atacá-la por meio de reformas estruturais de cunho neoliberal, seria uma “etapa decisiva para a derrocada do modelo de bem-estar no que tange não só ao Estado, como também à Constituição, a qual perderia sua ‘substancialidade’ e se limitaria a normas organizatórias e procedimentais”<sup>526</sup>.

Assim, parece evidente que um país como o Brasil, onde a dignidade da pessoa humana ainda carece de efetividade social, não se pode abandonar o projeto emancipatório da sociedade brasileira objetivado na Constituição de 1988, antes mesmo de concluí-lo. Por isso, no que pese todas as críticas formuladas ao dirigismo constitucional, parece que as suas premissas simplesmente não se encaixam em países periféricos como o Brasil, e que aqui, ainda faz todo o sentido falar em Constituição dirigente.

---

<sup>523</sup> Cf. *Ibidem*, p. 181.

<sup>524</sup> Cf. *Ibidem*, p. 199.

<sup>525</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>526</sup> *Ibidem*, p. 206.

Superada esta questão, e estabelecida em bases firmes a vigência (ou seria emergência) da Constituição dirigente no Brasil, que propugna por um projeto de emancipação da sociedade, resta esclarecer qual o papel da jurisdição constitucional neste processo de consolidação. Em face desse desafio, STRECK declarou que “estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado, temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição que garante estes direitos da forma mais ampla possível. Este é o contraponto. Daí a necessária indagação: *qual é o papel do Direito e da dogmática jurídica neste contexto?*”<sup>527</sup>.

Observe-se, no entanto, que aqui, não se trata tanto de se optar por uma das duas concepções distintas acerca da função da dogmática jurídica de origem norte-americana: interpretativismo (originalismo)<sup>528</sup>, ou não-interpretativismo (ativismo judicial)<sup>529</sup>. Mas, sim, definir se diante das normas dirigentes e compromissárias do texto constitucional, o Judiciário deve assumir uma postura mais ativa ou conservadora. Embora a resposta a esta pergunta não seja tão simples, nem possa ser reduzida adequadamente a uma escolha binária, do tipo “ser ou não ser”<sup>530</sup> SHAKESPEARIANA, não restam dúvidas que diante do cenário arcaico da realidade social do Brasil, em um primeiro momento, não há como não se inclinar favoravelmente a, pelo menos, um certo grau de ativismo judicial. Parece ser esse o

---

<sup>527</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 85.

<sup>528</sup> O “interpretativismo” ou “originalismo” apresenta forte cunho positivista-conservador, e determina que os órgãos judiciais se atenham aos limites do texto constitucional. Segundo esta metodologia o magistrado deve buscar compreender a norma do mesmo modo que o fariam os autores da constituição, seguindo o mesmo contexto histórico em que estavam inseridos aqueles autores, buscando, dessa forma, alcançar a sua intenção original. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**, p. 92-93, 96-98. Portanto, segundo esta vertente o Poder Judiciário não teria legitimidade para declarar inválida uma norma produzida democraticamente, sob pena de ter-se “uma elite de magistrados não eleitos decidindo por toda a população”. *Ibidem*, p. 99.

<sup>529</sup> O “não-interpretativismo” ou “ativismo judicial” corresponde à superação metodológica do positivismo, com base em uma concepção construtiva da atividade judicial. Segundo esta dogmática, a Constituição é formada por normas genéricas, que devem adaptar-se às situações futuras e à realidade dos novos tempos, por meio da interpretação dos seus termos amplos. Cf. *Ibidem*, p. 92-95.

<sup>530</sup> Aqui, faz-se referência à expressão cunhada por SHAKESPEARE para o personagem de HAMLET, ao declarar: “Ser ou não ser...Eis o problema”. SHAKESPEARE, William. **Hamlet**: príncipe da Dinamarca. Tradução de Mario de Fondelli. Rio de Janeiro: Newton Compton Brasil, 1996. p. 48.

entendimento de autores como SOUZA NETO, STRECK, CLÈVE e SCHIER, para ficar apenas nestes.

Tem-se, assim, como bem assinalou SOUZA NETO, com base na filosofia de HÄBERLE, que uma teoria da decisão não deve estar apenas voltada para a interpretação literal do texto, “mas também pragmaticamente como realidade constitucional, a partir do contexto sociocultural em que está inserida e onde tem existência o ser humano concreto”<sup>531</sup>. Assim, é possível sustentar que “existe uma relação de determinação mútua entre a constituição e a realidade social”<sup>532</sup>. Por essa razão, HÄBERLE declara que “a Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz”<sup>533</sup>.

Ou seja, “ao mesmo tempo que a constituição desempenha uma função reguladora da atividade social, sua interpretação é definida por essa atividade”<sup>534</sup>. Vale dizer que a hermenêutica constitucional não pode limitar-se apenas a uma operação silogística formal, sem qualquer influência dos setores da vida social, mas deve buscar realizar o bem-estar da comunidade em que está inserida, levando em conta as suas distintas realidades.

STRECK<sup>535</sup>, por sua vez, parece justificar essa tendência por força da própria natureza da Constituição brasileira de 1988, tida como social, dirigente e

---

<sup>531</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**, p. 166.

<sup>532</sup> Idem.

<sup>533</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 34.

<sup>534</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**, p. 166.

<sup>535</sup> O autor ilustra o papel do juiz com uma interessante metáfora, conhecida como a síndrome de Abdula. Para o doutrinador “temos que repensar a dogmática jurídica. Com efeito, inserida em uma forte crise de paradigma(s), que sustenta a (des)funcionalidade do Direito, e retroalimentada por um campo jurídico que funciona como um corpus no interior do qual o operador jurídico “conhece”, “contempla” e “assume” o seu lugar, *a dogmática jurídica deve ser re-trabalhada em uma perspectiva criativa/criadora*. Esse “lugar assumido” pelos operadores jurídicos engendra uma espécie de ‘*síndrome de Abdula*’, que pode ser extraída de um conto de Ítalo Calvino. Pela estória, Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Este

compromissária<sup>536</sup>. Por isso, para esse pensador, seria lógico afirmar que o seu conteúdo “está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o direito, (...) deve ser visto hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc)”,<sup>537</sup>.

Assim, na ótica de STRECK, em função do Estado moderno “*o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social*”,<sup>538</sup>. O autor reconhece que o Estado democrático de direito tem um conteúdo utópico de transformação da realidade, e garantidor das condições mínimas de vida dos cidadãos<sup>539</sup>. Essa transformação/mudança de que fala o autor pode ser sintetizada na realização dos direitos fundamentais que compreendem os valores substantivos da Constituição<sup>540</sup>.

Em linha similar, CLÈVE também vê a valorização do direito enquanto espaço de luta, nos seguinte termos:

Deve-se entender a instância jurídica do estado contemporâneo como uma ‘condensação material e específica de uma relação de forças’ que se expressa como mediação, por meio de normas jurídicas, princípios e valores, e como espaço de confrontação – lutas: imposição de novos valores e normas jurídicas; novos compromissos – entre classes e frações. O direito contemporâneo é, pois, um espaço de mediação e de luta entre forças antagônicas e conflituosas<sup>541</sup>.

Por derradeiro, nesta quadra, calha registrar que ao tratar do tema da filtragem constitucional, assim entendida a capacidade do direito de ser realizado por meio dos valores constitucionais, SCHIER sustenta que a Constituição reflete “não apenas o que ‘é’, juridicamente, uma sociedade, mas também o que ‘pretende ser’, não apenas

---

fato scandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá”. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 232.

<sup>536</sup> Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 28.

<sup>537</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>538</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 33.

<sup>539</sup> Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 85.

<sup>540</sup> Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 39.

<sup>541</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 162.

juridicamente, mas social, econômica e politicamente”<sup>542</sup>. Como se vê, o autor entende que “o Direito, sim, intervém na realidade, transformando-a dentro de certos limites. Então, se o espaço jurídico é espaço de dominação, também pode ser um espaço de emancipação”<sup>543</sup>.

Neste diapasão, pode-se afirmar que o direito passa por um processo de “valorização da juridicidade enquanto espaço de lutas”<sup>544</sup>. E, que por conta dos valores esculpidos no texto constitucional, há espaço para a esperança e utopia, que passam a pautar uma “epistemologia possibilitadora da emancipação”<sup>545</sup>. Não há, pois, como negar que o Poder Judiciário deve assumir uma postura mais ou menos ativa, capaz de dar eco às reivindicações sociais emancipatórias postuladas pela Constituição, e, sobretudo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A grande questão que se impõem, na seqüência, diz respeito ao *modus operandi* desse ativismo judicial e dos limites imanentes a essa atividade. Pois, se é certo que a justiça constitucional não pode ficar de braços cruzados, também é certo que a sua ação deve pautar-se por certos procedimentos e reger-se dentro de certos limites. Assim, a pergunta que se impõem doravante é “como pode o Estado, nesse contexto, atuar, intervir, para (começar) resgatar essa imensa dívida social?”<sup>546</sup>.

À primeira vista, este questionamento parece ser mais complexo do que o primeiro, porque aqui entra em jogo o equilíbrio entre os poderes da República, e mais ainda, a necessária relação de harmonia (se é que é possível) que deve prevalecer entre as noções de constitucionalismo e democracia. Por isso, cumpre ressaltar que esta questão intrincada será objeto de análise mais detida no próximo capítulo, sendo apenas parcialmente adiantada nas próximas linhas, sendo que devido à complexidade do tema, algumas variantes serão repetidas nos itens que se seguem.

Primeiramente, é importante esclarecer que embora certo grau de ativismo judicial seja fundamental para promover o projeto de emancipação social, no Brasil, o

---

<sup>542</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**, p. 56.

<sup>543</sup> Idem.

<sup>544</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>545</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>546</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 28.

risco de que o seu papel seja pervertido é ainda maior em função de três fatores principais: i) o *design* institucional da Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da CF/88); ii) o desencantamento geral da população em relação à política, que se traduz em uma profunda crise de representatividade e desinteresse pela atividade legiferante; iii) a doutrina constitucional que foi a principal responsável por levar a Constituição para dentro da alçada dos tribunais<sup>547</sup>.

Além do que, antes de prosseguir, é preciso ter em mente que ativismo judicial nem sempre é sinônimo de progresso e modernidade<sup>548</sup>. Isto porque, conforme salienta BARROSO, historicamente a atuação pró-ativa da Suprema Corte<sup>549</sup> surgiu como uma bandeira do pensamento **conservador**, no início da experiência constitucional norte americana. Afinal, naquela Corte encontrou-se abrigo para a política da segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral. Sublinhe-se que após a crise de 1929, e a implementação do programa social e econômico do *New Deal* pelo recém eleito Presidente ROOSEVELT, a Corte daquele país passou a declarar inconstitucional a ampla legislação promulgada de cunho econômico e social, gerando o confronto entre os Poderes Executivo e Judiciário<sup>550</sup>.

Basta citar como exemplo a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Lochner v. New York* em que se declarou inválida a legislação que limitava em sessenta horas a jornada semanal dos padeiros, sob o fundamento de que “o empregado pode desejar ganhar dinheiro trabalhando mais do que o tempo prescrito [198 E.U. 45, 53], mas este estatuto proíbe o empregador de permitir o empregado

---

<sup>547</sup> SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e ativismo judicial no Brasil: limites e possibilidades**. Aula magna ministrada no curso de graduação em direito da UniBrasil, Curitiba, 22 ago. 2008.

<sup>548</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Jurisdição constitucional, caráter contramajoritário e democracia**. Aula ministrada no curso de mestrado da UniBrasil, Curitiba, 4 out. 2007.

<sup>549</sup> Apesar de atualmente, nos Estados Unidos da América, os liberais acamparem a tese da *judicial review* com algum ativismo judicial, e os conservadores defenderem a idéia do não interpretativismo, sublinhe-se que de algum tempo para cá, em virtude do amplo predomínio republicano e conservador na Suprema Corte, alguns juristas liberais já vêm questionando a chamada supremacia judicial e sustentando a retirada das questões constitucionais dos tribunais. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**, p. 50.

<sup>550</sup> Cf. *Ibidem*, p. 49.

ganhar”<sup>551</sup>. Ou, ainda, a decisão do caso *Dred Scott v. Sandford*, que negou cidadania americana aos negros, “pois não somente escravos, mas pessoas livres de cor, nascidos em alguns dos Estados, não são cidadãos”<sup>552</sup>.

Por conta disso, SARMENTO explicita que é preciso estabelecer balizas firmes para a atuação da jurisdição constitucional, e sugere três cuidados especiais: i) o emprego de uma metodologia racional; ii) a ampliação e democratização do próprio exercício da atividade jurisdicional, com a participação de novos atores sociais; iii) a adoção de uma postura mais moderada e respeitosa por parte dos juízes, em relação às decisões tomadas pelos demais poderes, em função da sua legitimidade democrática eleitoral<sup>553</sup>.

Seguindo essas diretrizes, não restam dúvidas, de que o intérprete pode e deve aplicar diretamente os princípios constitucionais, inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente de mediação legislativa. E, que está legitimado, da mesma forma, a interpretar o direito infraconstitucional a partir da Constituição, inclusive deixando de aplicar enunciado normativo que for incompatível com ela. Nada obstante, é igualmente imperioso que “o aplicador do Direito adote uma postura respeitosa em relação aos atos normativos do Legislativo”<sup>554</sup>, a fim de que não ocorra uma constante judicialização da política.

Portanto, no que tange aos limites e possibilidade do ativismo ou autocontenção judicial, é preciso destacar que esse fenômeno não deve ser homogêneo para todas as questões. Dito de outro modo, dentro de alguns contextos parece que a atuação do Judiciário deve ser mais ativa, enquanto que diante de outros elementos

---

<sup>551</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Lochner v. People of State of New York*, 198 U.S. 45. Relator: Justice Peckham. 17 abr. 1905. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=198&invol=45>>. Acesso em: 10 set. 2008. Citação original: “*the employee may desire to earn the extra money which would arise from his working more than the prescribed [198 U.S. 45, 53] time, but this statute forbids the employer from permitting the employee to earn it*”.

<sup>552</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393. Relator: Chief Justice TANEY. Distrito de Missouri, dez. 1856. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=60&invol=393>>. Acesso em: 10 set. 2008. Citação original: “*for not only slaves, but free persons of color, born in some of the States, are not citizens*”.

<sup>553</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 138-139.

<sup>554</sup> *Ibidem*, p. 141.

fáticos e jurídicos deve ser mais modesta. Deve-se ter cautela, isso sim, para evitar opções binárias do tipo: ativismo ou contenção! Antes de se optar por uma dessas linhas, a questão parece ser muito mais estabelecer *standards* e preconizar níveis diferenciados de ativismo e contenção judicial.

Como leciona SARMENTO, o critério deve ser a tutela dos direitos fundamentais e a higidez do procedimento democrático. Ou seja, quanto maior for o grau de participação no processo de elaboração de um ato normativo, menor deve ser o grau de ativismo judicial nessa questão. Assim, diante de uma lei aprovada por meio de um plebiscito, por exemplo, o Judiciário deve ter muito mais cautela ao exercer o seu controle, do que ao deparar-se com uma norma jurídica aprovada por um órgão eminentemente técnico. Outra variável levantada pelo autor é o grau de conhecimento técnico especializado requerido para apreciar o assunto, sendo que quanto mais o tema extrapola os limites jurídicos, mais o Judiciário deve dar deferência a especialistas. Seguindo esse raciocínio, recomenda-se certa equidistância do juiz, por exemplo, de questões que envolvam o controle de políticas econômicas que, de modo geral, escapam à sua formação profissional<sup>555</sup>.

Em suma, recomenda-se aos juízes certa modéstia para reconhecer que a sua toga não lhe confere “super-poderes”, e que existem limites para a sua atuação, tanto de ordem técnica, por falta de conhecimento especializado, quanto de ordem democrática, por deferência às opções políticas dos demais poderes eleitos pelo voto popular. Ademais, ressalte-se que se os critérios apontados acima, não são suficientes para determinar em que medida deve operar-se a intervenção do Poder Judiciário em todas as situações, pelo menos, de modo geral, servem para demonstrar a necessidade de adotarem-se níveis diferenciados de atuação/contenção.

## 2.6 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: UM NECESSÁRIO DIÁLOGO A CERCA DA POSSIBILIDADE DA SUA INTER-RELAÇÃO

---

<sup>555</sup> Cf. *Ibidem*, p. 139.

Dentre todos os desafios enfrentados pelo (neo)constitucionalismo, quiçá, o maior e mais relevante, seja o de (re)conciliar a democracia<sup>556</sup> com o constitucionalismo<sup>557</sup>. Com efeito, NINO sustenta que a união da democracia<sup>558</sup> com o constitucionalismo não ocorre sem tensões, e que a expansão de um parece limitar o progresso do outro. Parece que se tem de optar pelo fortalecimento da democracia e a redução do constitucionalismo, ou fortalecimento do constitucionalismo e a redução da democracia<sup>559</sup>.

Portanto, nesse tópico serão analisadas duas das principais causas que costumam estar associadas a essa tensão: a interpretação moral da Constituição pelos juízes, e o caráter-contramajoritário da jurisdição, bem como possíveis alternativas para a harmonização da democracia *versus* constitucionalismo.

No que tange ao primeiro fator de tensão, ou seja, a interpretação moral da Constituição pelos juízes, cumpre salientar que no paradigma atual quem diz a última palavra sobre a Constituição é o Judiciário. Cabe aos seus órgãos determinar o conteúdo de categorias vagas e abstratas como o princípio da dignidade da pessoa humana, revelando o seu verdadeiro sentido e substância. De fato, no modelo atual, a

---

<sup>556</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Jurisdição constitucional, caráter contramajoritário e democracia**. Aula ministrada no curso de mestrado da UniBrasil, Curitiba, 4 out. 2007.

<sup>557</sup> Neste sentido, BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO afirmam que “parece, à primeira vista, não ser possível identificar o Constitucionalismo com a democracia, se bem que, depois, seja difícil imaginar em concreto uma democracia não constitucional. (...) Deste modo, se a democracia é o Governo da maioria, poder-se-ia paradoxalmente afirmar que essa forma de Constitucionalismo torna efetivo o Governo da minoria”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Op. cit.*, p. 256-257.

<sup>558</sup> Faz-se necessário esclarecer que a democracia compreende inúmeras concepções. Uma concepção recorrente e que remonta à própria etimologia do vocábulo é aquela que a define como “governo do povo”. Sendo o governo do povo, uma das suas principais características é a participação do povo no governo. Com o surgimento dos estados modernos essa participação deixou de ser direta, e passou a ser exercida por meio de representantes eleitos pelo voto popular. Não é necessário muito esforço argumentativo para demonstrar que a democracia representativa não é um sistema perfeito, sobretudo pela crise da representação política gerada pelo descompasso entre a vontade dos representados e a vontade dos representantes. Por essa razão, MORO esclarece que a democracia deve ser entendida não como a descrição de uma situação real, mas como um *ideal* a ser perseguido, em que se procura expor as decisões políticas à maior participação popular possível. Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 112-113.

<sup>559</sup> Cf. NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 13-14.

justiça constitucional é tão relevante, que passa a ser “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”<sup>560</sup>.

Em outras palavras, significa dizer que uma das causas de desequilíbrio entre os poderes é que o agente da interpretação moral da Constituição é o juiz e este processo decisório importa em escolhas<sup>561</sup>. Afinal, o Poder Judiciário cada vez mais atua como instrumento de contrabalanceamento do Poder Legislativo, controlando e anulando as decisões que ultrapassam a sua competência legislativa. Desta forma, o (neo)constitucionalismo retira cada vez mais a tarefa das decisões políticas do poder do Legislador, e coloca nas mãos da jurisdição. Com isso, segundo POZZOLLO cria-se o risco da instituição do assim chamado “governos dos juízes”, ou “governos dos juristas”<sup>562</sup>. Como bem frisou BARROSO, nos últimos anos, além da ascensão institucional do Poder Judiciário “verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final”<sup>563</sup>.

Com efeito, a interpretação moral da Constituição pelo juiz causa alguma perplexidade, pois se a participação na vida social e a reflexão coletiva são fundamentais para o processo democrático, pergunta-se por que atribuir-se à reflexão solitária do juiz superioridade moral em relação à valoração do Legislador<sup>564</sup>. Daí a pertinência do questionamento de POZZOLLO, que merece reprodução integral:

Coloca-se o sujeito mais irresponsável e imóvel a reformular as decisões político-valorativas adotadas através do processo democrático: se a reflexão moral individual de um único juiz (ou de alguns ‘sábios’) é considerada superior à discussão intersubjetiva, qual o sentido de se manter um procedimento para a tomada de decisões coletivas do tipo democrático?<sup>565</sup>.

Por isso, POZZOLLO questiona com certa perplexidade “quem controla o controlador?”<sup>566</sup>. Ademais, na medida em que a tutela dos direitos fica adstrita mais à interpretação moral do juiz, do que ao próprio direito, relativiza-se a própria

---

<sup>560</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 99-100.

<sup>561</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 99-100.

<sup>562</sup> Cf. Ibidem, p. 100.

<sup>563</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**, p. 45.

<sup>564</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 101.

<sup>565</sup> Ibidem, p. 101-102.

<sup>566</sup> Idem.

importância do direito<sup>567</sup>. Assim, aparentemente o direito, e, sobretudo a dignidade da pessoa humana, ganham uma dimensão que transcende a sua juridicidade, de tal forma que o seu conteúdo somente se encontra fora dele, por meio da teoria do discurso.

Em face disso, o surgimento do paradigma (neo)constitucional “traz implícita a problemática da tensão entre jurisdição e legislação”<sup>568</sup>, pois a hermenêutica constitucional não pode ser feita à revelia da valoração política, com boa dose de subjetivismo. Daí STRECK afirmar que “o juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas”<sup>569</sup>.

O segundo fator de tensão entre democracia e constitucionalismo que costuma ser apontado pela doutrina reside na “dificuldade contra-majoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*), expressão cunhada por ALEXANDER BICKEL no cenário norte-americano<sup>570</sup>.

Para compreender-se a objeção contra-majoritária da jurisdição constitucional, é necessário delimitar-se de antemão, no que consiste a democracia, e o que pressupõe o constitucionalismo. Para tanto, vale-se da concepção de democracia utilizado por BOBBIO de “democracia como via, como método, como conjunto de regras do jogo que estabelecem como devem ser tomadas as decisões coletivas e não quais decisões coletivas devem ser tomadas”<sup>571</sup>. Por isso, registre-se que embora a democracia moderna não se limite à regra da maioria, é caracterizada por ela, embora não se ignore a possibilidade de sistemas políticos não-democráticos também conhecerem o princípio majoritário<sup>572</sup>.

Com efeito, BOBBIO leciona que nos sistemas políticos democráticos a regra da maioria é essencial, embora nem sempre seja democrática, como no caso de quando a maioria aceita um órgão de decisão supremo. Na verdade, o autor esclarece que toda

---

<sup>567</sup> Cf. *Ibidem*, p. 102.

<sup>568</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 102.

<sup>569</sup> *Idem*.

<sup>570</sup> Sobre o tema consultar BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. New York: Irvington publishers, 1962.

<sup>571</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**, p. 426.

<sup>572</sup> Cf. *Ibidem*, p. 428-429.

a discussão sobre o princípio majoritário resume-se a questões dirigidas aos órgãos decisórios, independentemente do regime político adotado<sup>573</sup>.

Em contrapartida, em termos gerais, NINO leciona que se pode afirmar que o constitucionalismo<sup>574</sup> significa uma forma de governo limitado<sup>575</sup>. E, que um sentido

---

<sup>573</sup> BOBBIO leciona que a regra da maioria se justifica, não tanto como pressuposto fundamental da democracia, mas como um recurso técnico suficientemente ágil para se alcançar um fim. Mas, adverte que infelizmente a decisão da maioria espelha mais uma sociedade de conformados, do que de homens livres. Cf. *Ibidem*, p. 428-438.

<sup>574</sup> NINO esclarece que o constitucionalismo na experiência dos Estados Unidos tem se concentrado principalmente na idéia de um governo limitado. Esta concepção originou-se da idéia de divisão de poderes que evita que algum órgão do governo reclame a representação da totalidade do povo. Trata-se de um sistema de *checks and balances* na estrutura federal do governo. Neste sentido a divisão de poderes tem um caráter multifacetário, fazendo com que o poder seja repartido em diferentes órgãos. Já a experiência européia, por outro lado, se deu de forma muito distinta, colocando-se ênfase maior sobre o aspecto participativo e democrático do constitucionalismo robusto. Assim, como ensina NINO, “na Europa, os governos parlamentares unificam a representação popular a fim de que possa reclamar um maior grau de legitimidade democrática”. NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 19. Portanto, na Europa a ênfase maior é no aspecto participativo. Exige-se maior participação popular para reclamar maior grau de legitimidade, e privilegia-se o sistema político partidário. Significa dizer que o governante não pode governar se não tiver a maioria absoluta. Há casos em que o próprio governante pede para antecipar as eleições, quando não possui a maioria parlamentar, haja vista que a governabilidade passa pelo crivo do apoio popular. Cf. MALISKA, Marcos Augusto. **Constituição e democracia: direitos fundamentais e democracia deliberativa**. Aula ministrada no curso de mestrado da UniBrasil, Curitiba, 20 abr. 2007. Contudo, como afirma NINO, na América Latina encontra-se uma curiosa mescla de participação popular (cultura européia) e governo limitado (tradição americana). Cf. NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 20. No entanto, a internalização dessas duas culturas foi feita apenas de maneira parcial. Sublinhe-se que a adesão das pessoas à democracia é muito mais ativa na participação política, do que no respeito aos direitos individuais. Registre-se, que o Brasil ainda está aperfeiçoando as suas instituições democráticas. Daí a dificuldade ainda maior de auferir, no Brasil, o devido peso ao constitucionalismo e à democracia, haja vista que os dois conceitos foram importados de modelos alienígenas e incorporados à cultura nacional apenas de forma fragmentária, e prescindiram de uma experiência histórica. Como evidência dessa dificuldade, observa-se que no texto “Cidadania na encruzilhada”, DE CARVALHO relata pesquisa baseada em amostra representativa da população da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, na qual se tentou avaliar a cultura política brasileira segundo os parâmetros de três versões clássicas da tradição democrática ocidental: (i) o conceito liberal de cidadania como titularidade de direitos, na qual só há lugar para o indivíduo e seus interesses, ficando de fora a virtude cívica; (ii) o conceito republicano clássico ou do humanismo cívico, cujas origens remonta a CÍCERO e que passa por MAQUIAVEL e MONTESQUIEU e chega a HANNAH ARENDT, que enfatiza a *res publica*, mesmo que isto exija o sacrifício do interesse individual; (iii) e a visão comunitária, que participa de características da segunda (republicana), mas não se confunde com ela, e compreende a cidadania numa perspectiva que vem de ARISTÓTELES e tem sua formulação moderna em ROUSSEAU e Comte, entendendo-a como o sentimento de pertencimento a uma comunidade política. Segundo o autor “a pesquisa buscou detectar na cultura política brasileira indicadores das três tradições. O resultado, que corrobora e aprofunda o que já fora revelado por outras pesquisas de opinião e por estudos que utilizaram outros tipos de evidência, foi negativo. Nossa cultura política, não parece enquadrar-se em nenhuma das versões que marcaram a tradição ocidental”. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania na encruzilhada*. In: NEWTON, Bignotto (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 100-117.

mais robusto de constitucionalismo<sup>576</sup> pressupõe não apenas a existência de normas que organizam o poder e permanecem inalteradas frente aos processos legislativos, mas também, requerem estruturas específicas de procedimentos de controle das leis que regulam a vida pública<sup>577</sup>.

Portanto, uma vez estabelecido o princípio majoritário<sup>578</sup> como um pressuposto fundamental da democracia dos modernos, e o procedimento de controle das leis como uma exigência de um constitucionalismo mais robusto, verifica-se que a objeção contra-majoritária consiste justamente em que “órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular”<sup>579</sup>. Daí a necessidade, levantada por NINO de justificar a regra da maioria e a regra da minoria ao mesmo tempo<sup>580</sup>.

No entanto, apesar do controle judicial de constitucionalidade das normas jurídicas sancionadas por órgãos democráticos ser uma das características centrais das democracias constitucionais, os juízes não costumam possuir origem democrática, razão pela qual suas decisões não gozam do valor epistêmico das que se tem no processo democrático. Isto porque sua perspectiva se encontraria limitada à das pessoas diretamente afetadas por um conflito sobre o qual tem que decidir. Por isso,

---

<sup>575</sup> Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 17.

<sup>576</sup> Apesar da sua compreensão genérica como forma de governo limitado, NINO explicita que o constitucionalismo pode apresentar uma ampla gama de significados de acordo com a sua densidade e robustez conceitual: 1) idéia básica de *rule of law*, que significa a preservação de algumas regras jurídicas fundamentais que limitam em certa medida o que um governo pode fazer; 2) A distinção entre lei e Constituição. A Constituição exige um processo mais complexo do que aquele que é requerido para modificar a legislação ordinária; 3) A Constituição impõe restrições formais para as leis; 4) Separação de poderes, com especial ênfase na independência do poder judicial e os órgãos legislativos; 5) A constituição reconhece direitos individuais que não podem ser eliminados por nenhum órgão do Estado. Isto é, os direitos individuais devem ser observados pelos órgãos Estatais; 6) Existe o controle judicial de constitucionalidade; 7) Se agrega à democracia os requerimentos mencionados para julgar a origem de algumas instituições do governo; 8) A robustez do conceito de constitucionalismo depende do modelo particular de democracia que se toma em suas instituições específicas, tais como a representação e a democracia direta<sup>576</sup>. Assim, ao comparar a presença ou ausência desses elementos acima descritos, é possível determinar as diversas concepções do constitucionalismo. Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 17.

<sup>577</sup> Cf. Ibidem, p. 18-19.

<sup>578</sup> Repita-se, aqui, que democracia e substancialismo não são valores necessariamente antagônicos, sendo possível a sua relação harmoniosa. Sobre as diversas formas de democracia consultar HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 318-322.

<sup>579</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**, p. 47.

<sup>580</sup> Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 25.

NINO sustenta que a perspectiva usual de que os juízes estão mais bem situados para resolver questões, é consequência de certo tipo de *elitismo epistemológico*<sup>581</sup>.

Por sua vez, GARGARELLA adverte que existe uma tensão toda vez que os juízes analisam a validade de uma lei, que consiste na possibilidade da jurisdição declarar que essa norma não é válida<sup>582</sup>. Sobre esta tensão, colhe-se preciosa declaração do autor:

Cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? Cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía (como sí solo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (al tener estabilidad en sus cargos, y estar libres, así, del directo escrutinio público) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Parece claro, al menos, que existen problemas en el hecho de que la justicia se ocupe de todo tipo de cuestiones constitucionales, como hoy lo hace, y que resuelva tales cuestiones con la autoridad que significa poder decidir ‘la última palabra’, como hoy ocurre<sup>583</sup>.

Por essa reflexão, fica evidente a tensão que existe entre a função que o Poder Judiciário exerce no constitucionalismo atual, e a democracia que se alicerça na legitimidade popular dos seus membros, pois para GARGARELLA “la justice puede imponer su voz – sobre todas las restantes – (...) con la idea de que es ella la que, en definitiva, representa el espíritu de la Constitución”<sup>584</sup>.

Isto traz à tona a questão de como deveria funcionar um sistema democrático, pois aparentemente todos teriam algo a falar a respeito de questões tão relevantes como a legalização do aborto, a liberação da pesquisa em células tronco, ou a legitimidade da intervenção do Estado na economia<sup>585</sup>. O enfoque aqui, é que boa parte dos constitucionalistas e cientistas políticos reconhecem que existe uma tensão na organização democrática da sociedade e a função judicial de revisão das leis, que consiste na “la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes”<sup>586</sup>.

---

<sup>581</sup> Cf. Ibidem, p. 269.

<sup>582</sup> Cf. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 11.

<sup>583</sup> Idem.

<sup>584</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>585</sup> Cf. Idem.

<sup>586</sup> Ibidem, p. 13.

Em suma: uma vez que a democracia se caracteriza pelo princípio majoritário, é forçoso reconhecer que a jurisdição constitucional, pelos motivos já expostos, representa uma instituição problemática no cenário democrático. Daí a necessidade de investigar se ela pode ser considerada compatível com o princípio democrático<sup>587</sup>, e, sendo afirmativa a resposta, de que forma a sua atuação pode minimizar os efeitos dessa tensão.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que o problema da legitimidade da ação jurisdicional não repousa necessariamente sobre os mecanismos de investidura de seus membros, mas em outros termos. Nesse sentido, CLÈVE esclarece que embora a investidura dos membros do Judiciário, no Brasil, independa da vontade popular expressa nas urnas, a experiência norte-americana tem demonstrado que o juiz eleito não é necessariamente um juiz mais independente. Ademais, o sistema brasileiro de investidura do magistrado, pautado no modelo de concurso público, parece muito adequado à realidade nacional, pois evita que os candidatos à toga se corrompam com o exercício da atividade político-partidária<sup>588</sup>. Além do que, não se pode perder de vista que o *déficit* democrático do Poder Judiciário, decorrente dessa dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior que a do Legislativo, “cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação”<sup>589</sup>.

No entanto, a justificação que costuma ser apontada pela doutrina, no que tange ao caráter **contra-majoritário** dos juízes têm duas vertentes: a primeira, aduz que a própria Constituição, como expressão maior da soberania popular, outorgou ao Judiciário o papel de aplicar o direito, e invalidar as leis que se opusessem à Constituição. A segunda salienta que aos juízes cabe o papel de preservar os valores

---

<sup>587</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 120-121.

<sup>588</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito constitucional**, p. 42, 44.

<sup>589</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**, p.

essenciais da comunidade, e assegurar os procedimentos adequados de participação e deliberação típicos de um Estado democrático<sup>590</sup>.

Em síntese: justifica-se a dificuldade contra-majoritária ao constatar-se que as decisões tomadas pela maioria também podem padecer de vícios de forma e conteúdo, e que esta mesma maioria, investida do poder constituinte, estabeleceu este modelo de relação entre os poderes estatais<sup>591</sup>.

Portanto, não se quer aqui negar a legitimidade da garantia da Constituição pelo Poder Judiciário. Quer-se, apenas, refutar a idéia que parece circular entre alguns membros do Supremo Tribunal Federal de que não existe nenhuma tensão entre democracia e constitucionalismo, como parece indicar o voto do Ministro Celso de MELLO sobre a questão da infidelidade partidária, onde consagrou doutrina que aponta o Supremo Tribunal Federal como uma espécie de “poder constituinte permanente”<sup>592</sup>. Ou, ainda, o voto do Ministro Gilmar MENDES a respeito das pesquisas em células-tronco, onde com base em ALEXY, sustenta que se o Parlamento possui representação política, o Judiciário possui representação argumentativa<sup>593</sup>.

Com efeito, o próprio ALEXY reconhece a tensão entre constitucionalismo e democracia e sustenta que “a única forma de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como representação”<sup>594</sup>. Por isso, defende o posicionamento de que “a chave (...) para a solução do problema geral da jurisdição constitucional, é o conceito de representação argumentativa”<sup>595</sup>. Assim, chega à conclusão de que se a idéia de representação<sup>596</sup> do povo pelo Parlamento é, ao mesmo

---

<sup>590</sup> Cf. *Ibidem*, p. 47.

<sup>591</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>592</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.603-1. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/pdf/fidelidade\\_celso.pdf](http://www.conjur.com.br/pdf/fidelidade_celso.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2008.

<sup>593</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.510. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2008.

<sup>594</sup> ALEXY, Robert. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular**, p. 301.

<sup>595</sup> *Idem*.

<sup>596</sup> BOBBIO elucida o significado dessa palavra ao lecionar que “representar” significa tanto, sem sentido técnico-jurídico, ‘agir em nome e por conta de um outro’, quanto, na linguagem comum e na linguagem filosófica, ‘reproduzir’ ou ‘espelhar’, simbolicamente, metaforicamente, mentalmente, ou de inúmeros outros modos, uma realidade objetiva, independentemente do fato de

tempo, volitiva e argumentativa, a verdadeira representação do povo por uma corte constitucional é puramente argumentativa<sup>597</sup>.

A despeito dessa teoria de ALEXY, não se pode perder de vista que embora o Judiciário possua legitimidade argumentativa, essa legitimidade não deve sobrepor-se à legitimidade política do Parlamento, a não ser em casos excepcionais, pois por que razão deve atribuir-se ao argumento dos juízes superioridade epistemológica em relação aos argumentos do Legislador, que agrega legitimidade volitiva?

Entretanto, no que pese esses fatores de tensão, é preciso ressaltar que o constitucionalismo pode ser considerado compatível com a democracia. Nesse sentido, de forma pioneira, HAMILTON, no *Federalista 78*, manifesta-se a favor da legitimação da Constituição e da jurisdição constitucional como uma opção política democrática. Isto porque segundo esse autor, a Constituição é tida como autêntica expressão da vontade popular, e a jurisdição constitucional têm a função de preservar essa vontade original do povo contra possíveis desvios das legislaturas ordinárias. Nesse sentido, são as palavras do autor:

Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.

Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias<sup>598</sup>.

Neste diapasão, ACKERMAN parece alinhar-se ao pensamento de HAMILTON, ao conferir legitimidade democrática à Constituição, por meio da sua concepção dualista de democracia. Embora essa teoria seja analisada com maior vagar no capítulo 3, de forma sucinta, pode-se adiantar que ACKERMAN sustenta que existe

---

que essa realidade só possa ser 'representada', ou possa também dar-se em si". BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**, p. 457.

<sup>597</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular**, p. 302-303.

<sup>598</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herdera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 578.

diferença qualitativa entre as decisões políticas tomadas em uma democracia. E, que a formação da Constituição pressupõe uma atuação mais mobilizada da cidadania, razão pela qual, seria legítimo equipara-la à vontade popular<sup>599</sup>.

Nada obstante, MORO adverte que conferir à Constituição um caráter democrático, não qualifica automaticamente a jurisdição constitucional como uma opção política democrática<sup>600</sup>. Portanto, na tentativa de contornar esse impasse, serão analisadas duas propostas de DWORKIN que consistem: i) na concepção do Poder Judiciário como legítimo representante do Poder Legislativo; ii) e na distinção entre argumentos de política e de princípio, juntamente com as suas respectivas críticas, para verificar se são aptas a superar essa tensão até aqui anunciada.

Quanto à sua primeira contribuição, DWORKIN sustenta que, muitas vezes, devido à complexidade da matéria e abertura do sistema os juízes se vêem obrigados a criar um novo direito<sup>601</sup>. No entanto, ressalta que ao agir dessa forma, os juízes “deben actuar como representantes del legislativo, promulgando el derecho que, en su sentir, promulgaria este de verse entretanto con el problema”<sup>602</sup>. Significa dizer que, para esse autor, os juízes atuam como legítimos representantes do Poder Legislativo, no sentido de terem de interpretar e aplicar a lei, especialmente naqueles casos em que essa tarefa implique na criação de uma nova regra.

Ora, essa concepção de DWORKIN, por certo contradiz o princípio da separação dos poderes consagrado no artigo 2º, da Constituição Federal de 1988. Afinal, ao exercer a sua atividade jurisdicional para criar “nova lei” os juízes não estariam apenas atuando como delegados do Poder Legislativo, mas, como um poder paralelo autônomo, ou, ainda, um segundo Poder Legislativo, sem possuir legitimidade para tanto.

No entanto, se a teoria da separação dos poderes de cunho liberal, ensejava a separação entre política e direito, entregando àquela exclusivamente ao Legislador, e

---

<sup>599</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3-45.

<sup>600</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 131.

<sup>601</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 147.

<sup>602</sup> Idem.

este aos juízes<sup>603</sup>, não restam, dúvidas, que diante de uma atividade jurisdicional cada vez mais constitutiva e concretizadora, “impõe-se uma reflexão sobre o próprio sistema das fontes do direito e sobre a estrutura de contrapesos até hoje pensadas para limitar juridicamente o poder”<sup>604</sup>.

Quiçá, por essa razão, BÖCKENFÖRDE defenda que a mudança causada na estrutura da Constituição em virtude da ampliação dos efeitos dos direitos fundamentais, abalou a relação tradicional dos poderes do Estado. O resultado é que:

Junto a la progresiva superposición jurídico-constitucional de la especificidad de los sectores particulares del Derecho, un cambio en la ordenación de los poderes y una traslación del centro de gravedad entre ellos. Se produce un resbaladizo transito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional. (...) El concepto de la división de poderes característico del Estado constitucional europeo-continental, concepto que descansa en la clara distinción organizativo-institucional, resulta un tanto descompuesta<sup>605</sup>.

Por conta disto, passa-se à segunda proposta de DWORKIN, que tenta conciliar ativismo judicial e concepção tradicional de separação de poderes, a partir da distinção entre argumentos de princípio (*principle*) e argumentos de política (*policy*)<sup>606</sup>. Para esse autor as diretrizes políticas “justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta coletiva, de la comunidade en cuanto todo”<sup>607</sup>. Por outro lado, os argumentos de princípio “justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo”<sup>608</sup>. Assim, segundo DWORKIN: princípios dizem respeito a direitos individuais ou coletivos, e políticas dizem respeito a metas coletivas.

---

<sup>603</sup> Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**, p. 82.

<sup>604</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 121.

<sup>605</sup> BOCKENFORD, Ernst-Wolfgang. Op. cit., p. 131.

<sup>606</sup> Para MacCormick um princípio “é uma norma relativamente geral que, do ponto de vista da pessoa que a considera um princípio, é vista como uma norma geral à qual é desejável aderir e que, desse modo, possui efeito explanatório e justificatório em relação a decisões particulares ou a regras particulares para a tomada de decisão”. MACCORMICK, Neil. Op. cit., p. 338-339. Por sua vez “a política é a complexa linha de ações articuladas no sentido de atingir o objetivo postulado (que podemos chamar de ‘meta política’; mas, segundo DWORKIN, a meta não é a política”. Ibidem, p. 342.

<sup>607</sup> DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 148.

<sup>608</sup> Idem.

Com base nesta distinção, DWORKIN defende que mesmo nos *hard cases*, as decisões judiciais devem valer-se de argumentos de princípio, e não de argumentos de políticas. Isso porque os juízes não têm legitimidade para decidir com base em diretrizes políticas, haja vista que não foram eleitos democraticamente pelo povo<sup>609</sup>. De modo mais simples, o autor comenta que “una comunidad debe ser gobernada por hombres e mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no so electos, (...) el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición”<sup>610</sup>.

Portanto, embora DWORKIN reconheça o impasse que existe entre o juiz HÉRCULES e a democracia, sustenta que a objeção ao poder criador do juiz, é muito mais forte nas decisões judiciais fundamentadas em diretrizes políticas do que nas decisões geradas por princípios. Por conseguinte, sustenta que as decisões políticas devem ser tomadas mediante a operação do processo democrático destinado a reproduzir os interesses da comunidade<sup>611</sup>. Mas, acredita que “un juez consigue justificar adecuadamente una decisión en un caso difícil (...), con razones que no son políticas, sino de principio”<sup>612</sup>.

Ocorre que esta distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política é muito frágil, e tem sido alvo de inúmeras críticas, em face da dificuldade de se separar os direitos individuais dos objetivos coletivos. Segundo GARGARELLA, por exemplo, a própria reflexão em torno da classificação do ato, nesta ou naquela categoria, implicaria em subjetivismos, e daria grande margem para a discricionariedade da justiça<sup>613</sup>.

MAcCORMICK, por sua vez, também critica a definição de DWORKIN de princípios como direitos individuais, e políticas como metas coletivas<sup>614</sup>. Segundo esse autor “as esferas dos princípios e da política não são distintas e mutuamente opostas,

---

<sup>609</sup> Cf. *Ibidem*, p. 150.

<sup>610</sup> *Idem*.

<sup>611</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 150-151.

<sup>612</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>613</sup> Cf. GARGARELLA, Roberto. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>614</sup> Cf. MAcCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 336-338.

mas irremediavelmente entrelaçadas”<sup>615</sup>. Assim sendo, “expressar a conveniência de alguma meta geral de política é enunciar um princípio”, ao passo que “enunciar um princípio é estruturar uma possível meta política”<sup>616</sup>. Portanto, o autor refuta categoricamente a distinção de DWORKIN dos termos “princípio” e “política”.

Assim, não é desarrazoado afirmar, que esta distinção entre argumentos políticos e argumentos de princípios seja mais adequada em um país com alto índice de desenvolvimento sócio-econômico como os Estados Unidos. De outra banda, um país como o Brasil, onde as mazelas sociais estão por toda a parte, o Legislador constituinte se preocupou em estabelecer normas dirigentes e programáticas voltados para conduzir a atividade política, comprometida com o projeto de emancipação social. Portanto, no Brasil, em face da Constituição dirigente, não faz sentido distinguir princípios de políticas, pois, aqui, pode-se afirmar que todo argumento político se confunde com princípios<sup>617</sup>.

Dessa forma, autores como GARGARELLA, sustentam que o caráter contra-majoritário do Poder Judiciário fundamenta-se na tradição conservadora e/ou elitista, na qual se compreende o juiz HÉRCULES de DWORKIN - que apesar de representar com muita propriedade o fenômeno do juiz monológico do (neo)constitucionalismo - nem por isso deixa de ser antidemocrático.

Nessa linha, GARGARELLA defende que a solução para atender adequadamente à vontade das majorias sem negar a devida proteção às minorias, é o que ele denomina de tradição radical, na qual “‘todos los posibles afectados’ por una determinada decisión deben tomar parte de dicho processo de toma de decisiones; pero que a la vez reconoce la falibilidad que es propia de los procesos de toma de decisiones mayoritarios”<sup>618</sup>. Esta tradição radical, diga-se de passagem, seria uma resposta à tradição conservador ou elitista, que apregoa que para se tomar decisões políticas corretas ou imparciais não é necessário consultar a todos os indivíduos potencialmente afetados por tais decisões, pois somente algumas pessoas, ou um grupo

---

<sup>615</sup> Ibidem, p. 343.

<sup>616</sup> Idem.

<sup>617</sup> Cf. MALISKA, Marcos Augusto. **O modelo constitucional da ponderação**. Aula ministrada no curso de mestrado da UniBrasil, Curitiba, 27 abr. 2007.

<sup>618</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 13.

de virtuosos e ilustres seriam capazes de fazer uma reflexão imparcial, e garantir as decisões justas<sup>619</sup>.

Por sua vez, HABERMAS também faz uma reflexão sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional, tomando como ponto de partida a teoria de DWORKIN, para analisar o problema da racionalidade da jurisdição, cujas decisões devem satisfazer, tanto a segurança do direito quanto a aceitabilidade racional<sup>620</sup>. HABERMAS tem uma visão pragmática e procedimentalista<sup>621</sup> do discurso jurídico, e questiona “de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras (o que a faria soterrar a ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei)?”<sup>622</sup>.

Crítico ferrenho da jurisprudência constitucional alemã, HABERMAS assevera que no que tange ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas a competência do tribunal constitucional alemão é problemática, por causa do princípio da separação dos poderes. Isso porque este tribunal funcionaria no sentido de uniformização do direito, e assumiria a função de reflexão e autocontrole da produção legislativa<sup>623</sup>.

Segundo esse autor “a concorrência do tribunal constitucional com o Legislador legitimado pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas”<sup>624</sup>. Isto porque o tribunal constitucional faz um exame para saber se uma lei decidida pelo Parlamento é conforme a Constituição. Assim, HABERMAS chega a sugerir que essa

---

<sup>619</sup> Cf. *Ibidem*, p. 48.

<sup>620</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>621</sup> Para uma melhor compreensão do procedimentalismo HABERMASIANO e sua crítica ao ativismo judicial ver STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 41-44; STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 134-138. E para contrapontos à tese HABERMASIANA ver STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 45-46; STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 142-153. Ademais, registre-se que a teoria procedimental da jurisdição constitucional de HABERMAS, é extremamente complexa, e não haveria como descrevê-la aqui a não ser superficialmente.

<sup>622</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>623</sup> Cf. *Ibidem*, p. 299.

<sup>624</sup> *Ibidem*, p. 300.

reflexão sobre a constitucionalidade da lei seja feita pelo próprio Legislador<sup>625</sup>, o que ele denominado de “autocontrole do legislador”<sup>626</sup>.

Para o filósofo alemão, “o legislador não dispõe dá competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei”<sup>627</sup>. Por isso, segundo HABERMAS, o controle abstrato de normas, à luz do princípio da separação de poderes, deveria ser função indiscutível do Legislador, inclusive como uma “auto-reflexão” sobre o processo Legislativo<sup>628</sup>. Em outras palavras, para HABERMAS a instância legítima para a afirmação de valores substantivos deveria ser exclusivamente o Parlamento, cabendo ao Judiciário simplesmente assegurar os pressupostos necessários para o bom funcionamento da democracia.

Aqui, cumpre destacar que embora as críticas de HABERMAS sejam pertinentes, são, todavia, insustentáveis em *terra brasilis*, pois como leciona SARMENTO “uma boa concepção sobre a jurisdição constitucional não pode lastrear-se em fundamentos que sejam flagrantemente incompatíveis com a própria constituição”<sup>629</sup>. Por isso que uma teoria puramente procedimental da jurisdição constitucional como a de HABERMAS, que se posiciona contrariamente à visão do Judiciário como instância legítima para a tutela de valores substantivos, simplesmente não combina com uma Constituição altamente substancialista como a brasileira<sup>630</sup>.

Contudo, registre-se, desde logo, que não é objetivo do presente estudo apresentar a solução mais adequada para a realização do controle da

---

<sup>625</sup> Aqui se faz necessária uma auto-reflexão. Não se pode perder de vista que o Parlamento é dado aos debates, aos *lobbys*, e representa muitas vezes interesses de segmentos poderosos da sociedade. Nesta disputa política, em que a barganha se faz presente, abre-se um campo muito próspero para a difusão da corrupção. Por isso, nesse ponto pode-se questionar: será que o parlamento teria condições de fazer uma análise neutra da legislação, sem sofrer pressões de grupos sócio-econômicos da sociedade? Não seria o Poder Judiciário o órgão mais neutro e equidistante das pressões dos diferentes grupos sociais? Talvez, neste ponto, a crítica de HABERMAS devesse ser (re)pensada. Cf. MALISKA, Marcos Augusto. **O modelo procedimental: jurisdição constitucional e autonomia pública**. Aula ministrada no curso de mestrado da UniBrasil, Curitiba, 11 maio 2007.

<sup>626</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 300.

<sup>627</sup> Ibidem, p. 301.

<sup>628</sup> Cf. Idem.

<sup>629</sup> SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 137.

<sup>630</sup> Cf. Idem.

constitucionalidade das normas, no plano democrático. Quer-se tão somente destacar que existe “um deslocamento preocupante dos pesos entre parlamentos e tribunais constitucionais”<sup>631</sup>. E, que esta preocupação agrava-se quando se constata que existe uma situação constitucional, como o caso do Brasil, que não garante apenas a proteção jurídica individual de cunho liberal; mas que também promove o bem-estar social dos cidadãos<sup>632</sup>.

Deveras, se no modelo liberal, a clássica divisão dos poderes encontrava-se bem definida e estruturada<sup>633</sup>, verifica-se que com o surgimento da ordem jurídica materializada do Estado Social, abalam-se os fundamentos dessa estrutura constitucional, pois a justiça passa a ter um significativo aumento de poder, ao passar a exercer uma atividade voltada para construir o futuro das pessoas<sup>634</sup>.

Dessa forma, parece que um dos grandes desafios enfrentados pelo (neo)constitucionalismo, de modo geral, consiste na distribuição problemática de competências entre Legislador democrático e justiça constitucional, na perspectiva do princípio da divisão dos poderes, em face de um modelo de Estado Social, ou ainda, no *plus* normativo que representa o Estado democrático de direito<sup>635</sup>. Por isso, STRECK adverte que “é desta intrincada engenharia política que exsurge um novo papel para o Direito e, por conseqüência, para a Constituição”<sup>636</sup>.

Nada obstante, parece claro que a fricção entre esses dois grandes vetores políticos (constitucionalismo e democracia) não é insuperável, nem mesmo no plano dogmático da tripartição dos poderes, e que o Judiciário deve preservar o seu papel de agente transformador do *status quo*. Da mesma forma, reconhece-se a necessidade e

---

<sup>631</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 304.

<sup>632</sup> Cf. Idem.

<sup>633</sup> O Judiciário decidia as questões do passado; a administração controlava os problemas do presente; e o legislador tomava as decisões voltadas para o futuro. Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 305.

<sup>634</sup> Cf. Ibidem, p. 307.

<sup>635</sup> STRECK esclarece que o “Estado Democrático de Direito representa um *plus* normativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 32. Por *plus* normativo, o autor quer dizer que “o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 38.

<sup>636</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 105.

legitimidade de se estabelecerem limites para as maiorias de cada momento histórico, especialmente no que toca à proteção dos direitos fundamentais e das próprias regras do jogo democrático, ficando a encargo do Judiciário a proteção desses limites.

No entanto, sobretudo no caso brasileiro, o que preocupa não é a existência de limites propriamente ditos, mas a sua extensão exagerada, que constringe o Legislador ordinário e retira do âmbito da sociedade o poder de decidir sobre questões de menor relevo, como por exemplo, a quem deve pertencer os cartórios (arts. 31 e 32 ADCT)<sup>637</sup>. Assim, é inegável que a constitucionalização do direito suscita problemas de ordem democrática, pois uma questão constitucionalizada é uma questão fora do alcance das maiorias, e quando em excesso, pode ser antidemocrática<sup>638</sup>.

Nessa exata trilha, SARMENTO adverte que a constitucionalização do direito pode provocar uma espécie de “anarquia metodológica” por força da filtragem constitucional das normas jurídicas vagas e abstratas esculpidas no texto constitucional, que quando aplicadas pelo Judiciário de forma indiscriminada podem comprometer os valores do Estado democrático de direito<sup>639</sup>.

No entanto, embora a Constituição dirigente seja alvo de contestação, em face da excessiva restrição da liberdade de conformação do Legislador democraticamente eleito a cada momento histórico<sup>640</sup>, MORO sustenta que o dirigismo-constitucional normativo “não é necessariamente incompatível com a abertura da Constituição”<sup>641</sup>. Isto porque programas como o princípio da dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza, são suficientemente abstratos para permitir a sua implementação por meio das mais diversas concepções da sociedade pluralista democrática, pois o que vincula é o objetivo a ser atingido, não a forma de alcançá-lo<sup>642</sup>.

Assim, o problema que exsurge com a dimensão da Constituição dirigente é que ao suspeitar-se do Legislativo, vinculando-o materialmente à Constituição,

---

<sup>637</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 131.

<sup>638</sup> Cf. *Ibidem*, p. 116-117.

<sup>639</sup> Cf. *Ibidem*, p. 116.

<sup>640</sup> Cf. MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 271.

<sup>641</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 235.

<sup>642</sup> Cf. *Ibidem*, p. 235-236.

acabou-se por supervalorizar o Judiciário ao entregar o controle de constitucionalidade em suas mãos<sup>643</sup>. Daí o questionamento de SARMENTO, se é legítimo, em uma democracia “amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação das normas constitucionais, sobretudo diante da constatação de que o grande ‘agente’ desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente perante o povo”<sup>644</sup>?

Neste norte, é bem verdade que a legitimidade das decisões judiciais decorre de sua correspondência à ordem jurídica pré-estabelecida, e não propriamente da sua aprovação popular. Também não há como negar que uma das virtudes do Judiciário é a sua independência, que o torna capaz de defender os princípios e valores constitucionais da pressão das multidões. Todavia, como já foi aqui explicitado, o elevado grau de indeterminação das normas constitucionais atribui ao intérprete um papel decisivo na definição dos resultados, pois certamente envolve certo grau de volição. Justamente por isso, não há como escapar ao debate da legitimação democrática das decisões<sup>645</sup>.

Em face disso, como assevera SARMENTO “é preciso dosar com cuidado os ingredientes desta fórmula”<sup>646</sup> que une democracia e constitucionalismo, pois o excesso de um, pode representar a falta do outro, e comprometer a própria noção de Estado democrático de direito.

Por isso, antes de prosseguir, é necessário anotar que na busca do ponto ideal de equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, deve-se ter cautela para não se mistificar nenhuma das suas instituições. Por um lado, é preciso lembrar que os juízes não são semi-deuses, como parece sugerir o juiz HÉRCULES de DWORKIN, e que no Brasil, eles convivem com uma absurda sobrecarga de processos, que não lhes permitem aprofundar-se em grandes debates teóricos ou equacionamentos ponderativos nos chamados casos difíceis. Por outro lado, é preciso ter em mente que

---

<sup>643</sup> Cf. BERCOVICI, Gilberto. **A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição**, p. 118.

<sup>644</sup> SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 136.

<sup>645</sup> Cf. Idem.

<sup>646</sup> Ibidem, p. 127.

as leis estão longe de encarnarem a vontade popular, especialmente em virtude da profunda crise de representatividade vigente no país<sup>647</sup>.

É nesse contexto, pois, que se repete aqui, a fórmula anunciada no item anterior (2.5), onde se falou em adotar-se *standards* e níveis diferenciados de ativismo e contenção no exercício da função jurisdicional. Este, novamente, parece ser o fator decisivo para a harmonização da democracia com o constitucionalismo.

É sob o ângulo dessas relações, que MORO defende uma espécie de abordagem funcional para a legitimação da jurisdição constitucional, por meio da adoção de padrões diferenciados para a sua atuação, a fim de adequá-la com o regime democrático. Segundo essa concepção, repita-se, em alguns contextos recomenda-se uma postura mais passiva da jurisdição, enquanto que em outras situações, reclama-se uma atuação mais incisiva. O fator determinante na recomendação da postura adotada pela jurisdição constitucional deve ser a avaliação de seus resultados, e o impacto que a sua atuação pode causar na democracia<sup>648</sup>.

Isso significa que, de modo geral recomenda-se ao Judiciário uma postura de autocontenção, com deferência aos atos dos demais poderes constituídos, em homenagem ao regime democrático. No entanto, cumpre destacar que passividade judicial não se confunde com conservadorismo, pois em determinados contextos ela é necessária para promover a democracia, tampouco se coaduna com a abstenção do controle de constitucionalidade. Apenas, quer dizer que essa postura deve ser adotada sempre que o juiz não tiver razões suficientes para demonstrar que a sua interferência na atividade política é consistente<sup>649</sup>.

Por outra via, MORO defende que o juiz deve preservar a sua função de guardião da democracia e dos direitos fundamentais, o que demanda uma postura ativa nos seguintes contextos:

i) para a proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especificamente a liberdade de expressão, o direito de informação e

---

<sup>647</sup> Cf. *Ibidem*, p. 137.

<sup>648</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 200-202.

<sup>649</sup> Cf. *Ibidem*, p. 204-206, 262.

direitos de participação. Segundo o autor, leis que afetam esses direitos preferenciais<sup>650</sup> devem submeter-se a um severo exame judicial, pois aqui se inverte a presunção de constitucionalidade, devido ao seu alto risco de potencial ofensivo à democracia<sup>651</sup>.

ii) para a proteção judicial dos pobres, considerando a pobreza como ponto vulnerável do processo político democrático. Isto porque os grupos sociais desprovidos das condições materiais mínimas costumam carecer de representação política, ficando à margem do processo democrático. Daí a justificativa para o Judiciário intervir de forma mais ativa a fim de promover os seus direitos sociais, bem como para fiscalizar de forma mais rigorosa legislação reguladora ou restritiva desses direitos<sup>652</sup>.

iii) para salvaguardar o caráter republicano da democracia<sup>653</sup> e do papel da lei nesse cenário, evitando-se a degeneração do processo político em um mercado de interesses privados, sujeito exclusivamente ao processo de barganha. Aqui, quer evitar-se que os atos legislativos sejam motivados por interesses particulares de grupos de acentuada influência política e sócio-econômica, sem qualquer vinculação com alguma concepção de interesse público<sup>654</sup>.

Este padrão diferenciado de atuação da jurisdição constitucional é reforçado por SARMENTO, ao afirmar que devido ao fenômeno de “inflação” da matéria constitucional, o intérprete não deve ignorar o valor axiológico de cada norma constitucional no momento de sua aplicação. Explica que normas constitucionais que expressam direitos fundamentais como a saúde pública, justificam um ativismo maior do que aquelas que salvaguardam interesses puramente corporativos<sup>655</sup>. Assim, observa-se que seguindo esses parâmetros o ativismo judicial deixa de ser um

---

<sup>650</sup> MORO esclarece que “atribuir a um direito fundamental posição preferencial é reforçar a sua proteção contra restrições legislativas, exigindo-se, nesse caso, que estas sejam necessárias e adequadas, e que persigam um interesse público de especial magnitude. Em caso de colisão entre direitos ou entre direitos e interesses comunitários, aquele ao qual foi atribuída posição preferencial tem, *prima facie*, precedência, podendo ceder apenas em casos excepcionas”. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 282.

<sup>651</sup> Cf. *Ibidem*, p 263-273.

<sup>652</sup> Cf. *Ibidem*, p 273-294.

<sup>653</sup> Essa concepção de democracia republicana será objeto de análise mais detida no capítulo 3. Aqui, basta referenda-la como justificativa para o ativismo judicial.

<sup>654</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p 294-304.

<sup>655</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 132-134.

adversário da democracia, e passa a ser um instrumento de potencialização democrático.

Por fim, conclui-se que se a jurisdição constitucional não é imprescindível à democracia, também não precisa ser incompatível com ela. De fato, a jurisdição constitucional pode ser uma faca de dois gumes, e agir tanto de forma antidemocrática, minimizando a vontade política popular, quanto de forma a contribuir para o aprofundamento da democracia. De tal forma que, o fator harmonizador dessas duas grandezas (Constituição e democracia), parece ser a forma de atuação do juiz constitucional, que deve alternar conforme o contexto, momentos de ativismo com momentos de autocontenção, segundo padrões de intensidade diversa<sup>656</sup>. Assim, cabe aos operadores do direito, a responsabilidade de tornar a jurisdição constitucional compatível com a democracia, pois como afirma MORO “a atividade da jurisdição constitucional será tanto mais legítima quanto mais contribuir para o aprimoramento da democracia”<sup>657</sup>.

Na mesma linha, GRIMM defende que não há nem contradição, nem necessidade do controle judicial de constitucionalidade em uma democracia<sup>658</sup>, e, reconhece que a jurisdição constitucional apresenta vantagens e riscos para a democracia. As vantagens, segundo ele, são muitas, e compreendem o afastamento dos juízes do plano político partidário, a sua especialização, autonomia e independência, de tal forma que se pode afirmar que a jurisdição constitucional pode fortalecer o sistema democrático. Contudo, isso não significa que não existam riscos para a democracia, como a falta de responsabilidade e de controle democrático, a judicialização do discurso político, e a interpretação sujeita a elementos cognitivos e voluntaristas<sup>659</sup>.

No que pese todos esses riscos, GRIMM conclui que não é impossível colher os benefícios da jurisdição constitucional, mas admite que para que se alcance tal

---

<sup>656</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 313-317.

<sup>657</sup> Ibidem, p. 201.

<sup>658</sup> Cf. GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 3-22, out./dez. 2006. p. 6, 9.

<sup>659</sup> Cf. Ibidem, p. 11, 13-15.

objetivo deve-se apelar para “a ética profissional ou democrática dos juízes”<sup>660</sup>. Por isso, reconhece-se que a garantia do sucesso dessa operação permanece precária, porque “em larga medida, depende dos juízes a reconciliação entre jurisdição constitucional e democracia, uma vez que não há um órgão superior para colocar a corte no seu devido lugar”<sup>661</sup>.

Quiçá, por razão análoga, CLÈVE tenha afirmado que “precisamos de um outro tipo de operador jurídico, um operador jurídico que saiba superar, afinal de contas, os postulados da compreensão positivista”<sup>662</sup>. E, arremata lecionando que “precisamos superar o decisionismo por um lado, mas precisamos, por outro lado, produzir uma espécie de operador jurídico que seja responsável pela sua obra hermenêutica”<sup>663</sup>.

Por fim, pode-se afirmar que a democracia não se resume apenas ao princípio majoritário, mas compreende também um espaço de diálogo, de respeito pela posição do outro, de garantia dos direitos fundamentais e de proteção das minorias. É nesse contexto, portanto, que o Judiciário desempenha um papel primordial, como verdadeiro guardião da democracia, zelando pelo seu bom funcionamento, a fim de que o povo possa tomar as suas próprias decisões autonomamente<sup>664</sup>. No entanto, como afirma SOUZA NETO, “é necessário reconhecer que a definição do papel do Judiciário em nossa democracia não chegou ainda a um bom termo”<sup>665</sup>. E, que este ponto de estabilidade só será possível à medida que os juízes inteirarem-se de todas estas questões, pois como afirma CLÈVE “o que se quer, hoje, é democracia[!]”<sup>666</sup>.

---

<sup>660</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>661</sup> Ibidem, p. 20-21.

<sup>662</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira. (Org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 57.

<sup>663</sup> Idem.

<sup>664</sup> Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: \_\_\_\_\_. *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 62-63.

<sup>665</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>666</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito constitucional**, p. 122.

### **3 ACESSO DIRETO AOS PRINCÍPIOS *VERSUS* MEDIAÇÃO DO LEGISLADOR**

Antes de avançar em considerações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, é conveniente fazer um resgate do inventário doutrinário que norteia esse princípio, conforme apresentado no capítulo 1, a fim de contextualizar e justificar as opções dogmáticas adotadas na parte final desse trabalho. É o que se passa a fazer no próximo item.

#### **3.1 RECONTEXTUALIZAÇÃO DO INVENTÁRIO DOUTRINÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

À guiza de revisão, é importante assinalar que a despeito das conquistas protagonizadas em nome da dignidade humana, mormente a partir da segunda metade do século XX, fez-se aqui a opção metodológica de focar alguns aspectos controvertidos do princípio, com o propósito de demonstrar que a sua concretização enseja alguns riscos, que devem ser devidamente considerados pelo operador do direito. Ademais, reproduziram-se algumas construções doutrinárias que parecem estar contribuindo para uma espécie de super-valorização do postulado no plano hermenêutico constitucional.

Segue, portanto, antes de prosseguir, um compêndio das principais idéias desenvolvidas nesse trabalho a respeito do princípio em questão:

i) por ser um dos fundamentos da República brasileira, a doutrina majoritária, considera a dignidade humana como o valor supremo da ordem jurídica, ou seja, de hierarquia superior em relação aos demais princípios e valores constitucionais.

ii) parte da doutrina sustenta que a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento de todos os direitos fundamentais, os quais seriam apenas densificações normativas daquele princípio.

iii) a doutrina costuma atribuir ao princípio da dignidade humana o papel de elemento unificador e legitimador do sistema normativo, e principal referencial axiológico no processo hermenêutico-sistemático.

iv) devido ao seu elevado grau de abstração e generalidade, o conteúdo normativo da dignidade humana costuma ser preenchido pelo próprio intérprete, a partir das mais diversas **concepções** acerca do princípio.

v) a doutrina majoritária qualifica a dignidade humana como um atributo intrínseco da pessoa, pelo simples fato de existir.

vi) encontra-se na doutrina, a teoria de que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um valor absoluto, no sentido de que terá sempre preferência em relação aos demais princípios.

vii) a dignidade humana possui um duplo aspecto constitutivo: uma dimensão negativa como limite e garantia contra ofensas de terceiros, e uma dimensão positiva ou prestacional que exige a atuação do Estado.

viii) para muitos autores, a dignidade humana consagra o conceito de mínimo existencial, pois enseja um conjunto de condições materiais necessárias para a subsistência das pessoas. Mas, aqui a doutrina divide-se no que tange ao conteúdo dessas prestações e ao alcance dessa responsabilidade por parte do Estado.

ix) ALEXY esclarece que a dignidade da pessoa humana é composta em parte por regra, em parte por princípio, sendo que a parte absoluta dessa norma jurídica corresponde à regra, e não ao princípio.

x) a doutrina constata a desnecessidade e mesmo impossibilidade de proceder a uma conceituação fechada do princípio em tela, em homenagem ao pluralismo democrático.

Da junção de todos esses elementos, há como extrair, ainda, outra constatação de relevo também para os desenvolvimentos subseqüentes, qual seja, o fenômeno da super-difusão da dignidade da pessoa humana no plano dogmático-jurisprudencial.

Com efeito, o desenvolvimento doutrinário do postulado sob análise, parece ter influenciado em maior ou menor grau, todos os ramos do direito, sendo, freqüentemente requisitado pelos operadores do direito como fundamento de petições e decisões judiciais.

Nada obstante, não se trata apenas do volume jurisprudencial que compreende o princípio da dignidade da pessoa humana que causa uma certa perplexidade (ou, seria euforia?), pois, deve-se reconhecer que esse não é um fenômeno homogêneo para todas as questões. Todavia, o que causa uma preocupação maior é a dimensão que esse princípio assume em algumas questões da maior relevância, como, por exemplo, a autorização concedida pelo Supremo Tribunal Federal para pesquisas em células-tronco, em homenagem a esse princípio. Daí a necessidade de se investigar até que ponto a jurisdição está legitimada a dizer o que é a dignidade humana, sem o aval do Parlamento, em respeito à democracia.

### 3.2 O PAPEL DA LEI NA DENSIFICAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como se afirmou no capítulo 2, a pergunta que exsurge em meio à ascensão dos princípios no cenário pós-positivista, e a correspondente perda do papel central da “lei”, é justamente qual seria a função desempenhada por esta última neste contexto em que se insere o moderno direito constitucional. Isto porque, como foi amplamente visto, neste novo paradigma jurídico recorre-se diretamente aos princípios, e em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, para resolverem-se demandas de alto interesse político e social. É possível afirmar que diante dessa ascensão vertiginosa dos princípios ao posto mais elevado do sistema jurídico, as “regras” passaram por um processo inverso de relativização e discriminação operacional, passando a ocupar a periferia do sistema.

Assim, antes de abordar-se a *crise* do positivismo legalista, é necessário estabelecer alguns contornos da escola que predominou até a primeira metade do século XX, a fim de se ter uma visão mais clara da dimensão da crise dos seus postulados e os possíveis motivos da sua superação. Para tanto, vale-se de esquema elaborado por BRONZE que mapeia o positivismo jurídico a partir de cinco coordenadas caracterizadoras<sup>667</sup>:

i) na sua dimensão político-institucional, o positivismo jurídico está atrelado a certa compreensão do Estado democrático de cunho liberal-individualista, que procurou solucionar juridicamente o problema do poder. Esta concepção de Estado de direito de legalidade formal assenta-se na clássica separação dos poderes, na democracia representativa, na onipotência do Legislador, no princípio da legalidade, e na função meramente aplicadora do juiz<sup>668</sup>.

ii) a mediação especificamente jurídica em que o direito se confunde com a lei, e esta se reduz à manifestação da vontade do povo, a partir das características de generalidade, abstração, formalidade e permanência. Neste contexto, a lei seria constituída por meio de ato racional praticado por uma assembleia representativa, que seria a expressão da “*volonté générale*”<sup>669</sup>.

iii) no plano axiológico, os valores consagrados são o formalismo e a segurança jurídica. Segundo essa coordenada, preconiza-se a igualdade perante a lei (meramente formal) e a certeza do direito, a fim de garantir-se o exercício previsível da liberdade de cada indivíduo. Como consequência, a axiologia do positivismo era indiferente ao conteúdo das leis<sup>670</sup>.

iv) como coordenada funcional, caracteriza-se por contrapor a **política**, expressão exclusiva do Legislativo, ao **direito**, limitado a uma metódica de concretização formal, sem valorações de ordem moral ou de justiça. Cingiu-se, dessa

---

<sup>667</sup> Cf. BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 321-322.

<sup>668</sup> Cf. Ibidem, p. 324-330.

<sup>669</sup> Cf. Ibidem, p. 331-335. Tradução livre do autor: vontade geral.

<sup>670</sup> Cf. Ibidem, p. 331-337.

forma, o momento criativo do direito, entregue ao Parlamento, do momento aplicativo do direito, restrito ao Poder Judicial<sup>671</sup>.

v) como coordenada epistemológico-metodológica. Epistemológica porque a ciência do direito objetivava uma construção conceitual de um sistema jurídico abstrato e normativo. Metodológica porque reduz o âmbito de incidência do direito à legalidade pré-escrita, por meio da lógica dedutiva da subsunção. Assim, o pensamento positivista era um método que pretendia orientar o conhecimento exegético-dogmático da lei, por meio de uma estrutura lógico-dedutiva do método de aplicação<sup>672</sup>.

Como é fácil perceber, nenhuma dessas coordenadas tomadas em sentido rigoroso, se sustenta como teoria adequada para o direito moderno quando comparadas aos pressupostos do paradigma (neo)constitucional. Assim, mesmo diante da relativização de algumas coordenadas positivistas, segundo a pluralidade de suas correntes, é inegável<sup>673</sup> a constatação de FERREIRA FILHO de que o pensamento que valoriza a lei e o processo Legislativo atravessa uma verdadeira crise<sup>674</sup>.

Segundo esse autor, essa crise ocorre por conta de alguns fatores, sendo o primeiro deles a multiplicação<sup>675</sup> das leis num ritmo muito acelerado, em todos os setores da atividade humana. Isto porque essa proliferação da lei seria fruto de sua transitoriedade, e carregaria consigo o estigma da leviandade<sup>676</sup>, pois “quanto maior o número de leis que se editam, menor o respeito que cada qual inspira”<sup>677</sup>. Outros fatores apontados pelo autor que colaboram para o desprestígio da lei é a lentidão do

---

<sup>671</sup> Cf. *Ibidem*, p. 337-339.

<sup>672</sup> Cf. *Ibidem*, p. 339-341.

<sup>673</sup> Em sentido contrário ver: POZZOLLO, Susanna. **Um constitucionalismo ambíguo**, p. 187-210.

<sup>674</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12.

<sup>675</sup> Para demonstrar a realidade desse fenômeno o autor explicita que “no Brasil, por exemplo, durante todo o Império, foram promulgadas cerca de 3.400 leis. Durante a Primeira República, de 1891 a 1930, cerca de 2.500 leis. E de 18 de setembro de 1946 a 9 de abril de 1964, nada menos que 4.300. E de 1964 até hoje mais de 7.000 leis. E de 1967 para cá mais de 2.000 decretos-leis”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, p. 12.

<sup>676</sup> Cf. *Ibidem*, p. 12-13.

<sup>677</sup> *Ibidem*, p. 13.

processo de sua elaboração e a falta de aptidão dos parlamentares para o exercício da função legislativa<sup>678</sup>.

No cenário atual, LAPORTA também reconhece que a lei<sup>679</sup>, como fonte de direito, atravessa profunda crise, e exemplifica esse fenômeno com base na produção diária de inúmeras normas e decisões jurídicas<sup>680</sup> que regulam a vida social sem qualquer menção ou referência ao território privativo da lei<sup>681</sup>. De fato, o fenômeno da sobreconstitucionalização tem relegado à lei<sup>682</sup> a uma posição subalterna permanente, e a Constituição “se ha tornado tan omnipresente y operante que las leys han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano de la incertidumbre”<sup>683</sup>. Não restam dúvidas, pois, que como afirma MORO a lei tenha perdido a sua “aura de sagrado”<sup>684</sup> que ocupou em outros tempos e o Poder Legislativo tem sido posto sob o crivo do juízo constitucional, sendo aquelas declaradas com certa frequência como inconstitucionais<sup>685</sup>.

Dito isto, o que importa, nesta quadra, antes de adentrar-se no estudo do papel da lei na densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, é estabelecer, ainda que de forma sucinta a concepção de lei adotada nesse trabalho. Por certo, não é a mesma concepção idealizada pelos revolucionários liberais do século XVIII, ao afirmarem solenemente na abertura do artigo 6 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 - “a lei é a expressão da vontade geral”<sup>686</sup>. Ou ainda, “a lei pode

---

<sup>678</sup> Cf. Ibidem, p. 14.

<sup>679</sup> Sobre as propiedades históricas da lei, LAPORTA descreve que “se nos apresenta desde la historia como una disposición creada deliberadamente, emanada del poder soberano localizado en un órgano representativo, que incorpora normas sobre el uso de la fuerza en la sociedad, se dirige a destinatarios generales y contempla supuestos típicos, modula la libertad y propiedad de los ciudadanos y determina los límites recíprocos de sus derechos y deberes, y establece las cargas y beneficios económicos de la sociedad; sirve con todo ello al mismo tiempo como control y límite jurídico a la acción de los poderes públicos”. LAPORTA, Francisco L. **El imperio de la ley una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007. p. 156.

<sup>680</sup> LAPORTA chama de “adjucação do direito” ao processo de aplicação do direito sem levar em consideração o conjunto de regras preestabelecidas. Cf. Ibidem, p. 169-170.

<sup>681</sup> Cf. Ibidem, p. 151, 158.

<sup>682</sup> Sobre o princípio da legalidade ver MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?: afastamento da presunção de constitucionalidade da lei**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 29-33.

<sup>683</sup> LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 159.

<sup>684</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?**, p. 53.

<sup>685</sup> Cf. LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 159.

<sup>686</sup> LEWIS, Jon E. Op. cit., p. 349. Citação original: “*law is the expression of the general will*”.

proibir somente aquelas ações consideradas injuriosas para a sociedade”<sup>687</sup>, como se a lei servisse exclusivamente aos interesses do bem comum.

É evidente, pois, que nos regimes constitucionais pluralistas, no plano da realidade, a lei deixa de ser a expressão da vontade geral, para ser a expressão de uma vontade político-partidária, pois não se ignora o fato de que a vontade dos homens divide-se em grupos divergentes, quando não hostis. Assim, o sistema democrático prevê a rotação dos grupos no poder<sup>688</sup>, que por sua vez, impõem a sua vontade política dentro dos limites constitucionais previamente fixados. Dessa forma, “a lei é tirada do pedestal (...). Deixa de ser o fruto da vontade de todos, pois a unanimidade é relegada ao rol das utopias. Reduz-se à expressão da vontade de u’ a maioria, mutável como cambiante são as maiorias”<sup>689</sup>.

Esclareça-se, aqui, que o conceito de representação<sup>690</sup> também parece ser decisivo, pois se de acordo com o liberalismo clássico os representantes são mandatários da nação inteira, e a vontade geral (da burguesia) confunde-se com a vontade dos seus representantes, na democracia moderna, especialmente com o advento do sufrágio universal, os representantes dividem-se em grupos de interesses e lutas de classes, e a representação passa a ser político-partidária, como fruto de uma sociedade dividida e fragmentada<sup>691</sup>.

Nessa exata trilha, é o parecer de MOREIRA quando afirma que “a idéia de democracia como vontade do povo inteiro é substituída pela vontade de um povo parcelar, de uma democracia parcelar, que, no entanto, prevalece sobre a democracia nacional”<sup>692</sup>. Uma evidência disso é a atuação dos grupos de pressão política, que

---

<sup>687</sup> Idem, p. 349. Citação original: “*the law has the right to forbid only such actions as are injurious to society*”.

<sup>688</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, p. 79.

<sup>689</sup> Cf. Idem.

<sup>690</sup> MONTESQUIEU já lecionava que “o povo, na democracia, é, em certos aspectos, o monarca, e, em outros aspectos, o súdito”. MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 23. Era monarca por intermédio dos sufrágios que constituíam as suas vontades. Nesse contexto, o princípio da representação já estava presente na sua obra, como se observa pela leitura dessa passagem - “o povo, quando tem o poder soberano, deve fazer por si mesmo tudo aquilo que possa fazer corretamente; e tudo o que não puder fazer corretamente, cumpre que o faça por intermédio de seus ministros”. Ibidem, p. 24.

<sup>691</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, p. 81-87.

<sup>692</sup> MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 278.

motivados por fortes interesses corporativos e econômicos buscam influenciar o Parlamento a servir aos seus próprios interesses. Daí a significativa iniciativa norte-americana de regulamentar o *lobbying* por meio do *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 1946, na expectativa de que a transparência ajude a reduzir os abusos da sua atividade<sup>693</sup>.

Neste diapasão, CLÈVE leciona que o sufrágio universal teria sido o responsável pela revelação do “outro lado” da lei. Vale dizer, se antes a lei era tida como expressão da vontade geral, incapaz de contrariar os interesses do povo, “vamos nos surpreender com a descoberta de que o Legislador, feito exatamente para proteger o cidadão, ele mesmo pode ser o veículo da opressão”<sup>694</sup>.

Assim, se o advento da revolução científica e o paradigma econômico produziram no cenário religioso da ética protestante, o que WEBER denominou de conclusão do “grande processo histórico-religioso de desencantamento do mundo”<sup>695</sup>, da mesma forma, parece que o sufrágio universal trouxe para a arena política o mundo desencantado de WEBER, pois revelou-se ser um espaço de luta, que não apenas declara, mas constitui – não só para a justiça, mas também em seu desfavor<sup>696</sup>.

Note-se, portanto, que nem sempre as leis são elaboradas pela representação popular<sup>697</sup>, sendo, muitas vezes, produto do que LAPORTA denominou de “mercado de las leyes”, de acordo com os interesses corporativos<sup>698</sup>. Quiçá, por essa razão, MORO aduziu que no estágio atual da democracia, compreender a lei como uma

---

<sup>693</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, p. 94-98.

<sup>694</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Controle de constitucionalidade e democracia**, p. 53.

<sup>695</sup> WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 96. Nas palavras de WEBER: “aquele grande processo histórico-religioso do desencantamento do mundo que teve início com as profecias do judaísmo antigo e, em conjunto com o pensamento científico helênico, repudiava como superstição e sacrilégio todos os meios mágicos de busca da salvação, encontrou aqui sua conclusão.” Idem.

<sup>696</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Controle de constitucionalidade e democracia**, p. 54.

<sup>697</sup> Seria ingenuidade presumir que o Parlamento estaria imune às pressões dos diversos grupos sociais, especialmente aqueles economicamente mais fortes, e que deixaria de legislar a favor dos seus interesses corporativos, para cumprir sua missão de promover o bem comum. Por essa razão, não se deve exagerar na legitimação democrática do Parlamento, pois como se sabe, a influência das camadas mais pobres da sociedade, nas decisões desse órgão, é bastante reduzida.

<sup>698</sup> Cf. LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 160.

vertente pura da vontade popular requer certo grau de “mistificação”, sendo que o mesmo pode ser dito sobre a Constituição<sup>699</sup>.

Daí a conclusão de FERREIRA FILHO de que a lei no regime constitucional pluralista contemporâneo:

(...) se torna instável e flutuante ao sabor das paixões e dos grupos predominantes. Não é mais regra que dura e impõe respeito. É norma passageira, apoiada numa fração, criada pela contingência de uma vitória eleitoral, desprezada, hostilizada pelas facções vencidas, prontas a revogá-las, se triunfantes no próximo pleito. A lei assim se particulariza, é a expressão de vontades predominantes, de interesses, *hic et nunc* prevalecentes, dispostos a tirar dessa feliz circunstância o máximo de proveito possível. A lei deixa de ser, por isso, geral, abstrata e permanente. É feita para grupos, não raro para resolver situações particulares e efêmeras<sup>700</sup>.

É claro que isso gera desvalorização da lei no plano jurídico-político, em favor do que FERREIRA FILHO denomina de **supremacia dos fins**, ao fazer referência ao princípio construído pelos juristas soviéticos. De acordo com a supremacia dos fins, de origem socialista, os objetivos políticos devem prevalecer sobre toda e qualquer situação<sup>701</sup>. Apesar da comparação grotesca, a supremacia dos fins revolucionários parece assemelhar-se à supremacia dos princípios (no Ocidente), pelo menos no que tange a posição secundária da lei. Daí concluir o autor que “a supremacia da lei, como exigência da segurança e, como tal, imperativo da liberdade, é inerente ao regime, a que nossa civilização se apegou. Na verdade, só o pleno restabelecimento da supremacia da lei, mas da lei orientada para a Justiça, é que pode salvar essa civilização”<sup>702</sup>. Quiçá, por essa razão, o autor revele um interessante paradoxo ao declarar que a crise da lei significa a democracia em crise<sup>703</sup>!

É nesse contexto de crise do positivismo legalista, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana parece ocupar todos os espaços possíveis, o que faz conduzir à seguinte reflexão: se o intérprete recorre diretamente aos princípios (em especial à dignidade humana) para resolver questões do mais alto interesse social, e à ponderação de valores para buscar a noção de justiça no caso concreto, qual o papel das “regras” neste contexto? O fato é que ao serem destituídas do seu papel central, as

---

<sup>699</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?**, p. 33.

<sup>700</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, p. 129.

<sup>701</sup> Cf. *Ibidem*, p. 129-130.

<sup>702</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>703</sup> Cf. *Ibidem*, p. 17.

regras ainda não encontraram o seu lugar/espço neste **novíssimo** direito constitucional.

Assim, ao que tudo indica a (re)definição do **papel das regras** e da **mediação do Legislador** no plano jurídico-normativo parece ser a pedra de toque que falta para ajustar o prumo do princípio da dignidade da pessoa humana, delinear o seu verdadeiro papel no Estado democrático de direito, e estabelecer critérios para sua adequada aplicação e operacionalização. No entanto, antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência, que esta pesquisa não tem a pretensão de apresentar soluções definitivas para estas complexas e intrincadas questões, mas, sim, apontar possíveis caminhos para a construção de alternativas viáveis.

Assim, como já mencionado anteriormente no capítulo 2, o problema do razoamento prático<sup>704</sup>, típico do (neo)constitucionalismo, é que muitas vezes, o intérprete decide de acordo com o seu próprio ponto de vista, com base no seu próprio convencimento político e ideológico, alegando estar em busca de “una presunta justicia material de índole suprrracional frente a la justicia formal que pudieran suministrar las reglas”<sup>705</sup>.

Ocorre que, como leciona LAPORTA, o mundo dos princípios é um mundo sem regras, que procura organizar a ordem jurídica com base em postulados ético-normativos de caráter racional<sup>706</sup>. De fato, a solução proposta por DWORKIN para os *hard cases*, se encontra em certas pautas normativas que procuram regular o caso *ex ante*, e, portanto, fazem parte do império do direito, pois procuram determinar a solução jurídica para o caso concreto<sup>707</sup>. A diferença é que essas pautas não são regras, mas, sim, princípios<sup>708</sup>.

---

<sup>704</sup> Para LAPORTA razoamento prático é “una secuencia argumental de acuerdo con la cual una conclusión sobre lo que debe hacerse es obtenida a partir de un conjunto de enunciados previos que, como en todo razonamiento, se denomina premisas”. LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 113 Significa dizer que “el carácter de razonamiento que tiene el razonamiento práctico se deriva de la especial relación que tiene la conclusión con las premisas”. Ibidem, p. 114.

<sup>705</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>706</sup> Cf. Ibidem, p. 122.

<sup>707</sup> Ao tratar do tema da “justiça do caso concreto”, apregoada por tantos autores como Zagrebelsky, LAPORTA define o caso concreto como “un caso concreto nos es sino la pregunta por el status normativo de una cierta acción, actividad o estado de cosas que se da en el espacio y en el tiempo. Un caso jurídico será la pregunta por el status normativo jurídico de una cierta acción,

Em face disso, LAPORTA propõe um novo exercício mental em que se suspende a realidade cognitiva para supor um mundo abstrato em que só existam os princípios para solucionarem-se os conflitos. Trata-se de questionar como seria um sistema de interpretação e aplicação do direito em que o hermenauta não dispusesse das regras, e pudesse contar somente com os princípios. Nesse mundo sem regras, o intérprete contaria apenas com dois elementos: o caso concreto (o problema) de um lado, e os princípios, de outro<sup>709</sup>.

Não se pretende aqui repetir o já cansativo discurso de que os princípios se caracterizam por sua vagueza e imprecisão terminológica. Mas, em face dessas características, LAPORTA afirma que o julgador estaria diante de apenas dois caminhos a seguir: no primeiro deles, assumiria a típica função de Legislador. Ou seja, o juiz, de posse do princípio identificado, teria que formular todas as decomposições lógicas decorrentes desse princípio, justificando, dessa forma, a estipulação de regras aplicáveis ao caso concreto por meio da subsunção, para só assim alcançar a solução. No segundo caminho, que parece ser o mais razoável, o julgador contemplaria com a maior precisão possível todas as circunstâncias do caso concreto e, a partir disso, trataria de formular as condições de aplicação de uma regra. De qualquer forma, observa-se que seja qual for o caminho escolhido pelo intérprete para aplicação do princípio, somente serviria para obter-se uma regra para aquele caso concreto<sup>710</sup>.

Parece evidente, pois, que a afirmação de que os princípios podem guiar a conduta de seus destinatários, somente pode ser aceita a partir de um sentido muito lato. Pois, os princípios podem ser satisfeitos por meio de uma incontável manifestação de ações, e justificam uma multiplicidade de normas de conduta. No entanto, apresentariam problemas crônicos de coordenação e não seriam eficientes

---

actividad o estado de cosas”. LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 117. O autor faz esse aporte doutrinário para concluir que se é assim, não parece razoável afirmar que os casos concretos tragam em si a sua própria solução normativa, pois “el caso concreto no trae consigo ni justicia alguna ni solución alguna”. Ibidem, p. 118. Ou ainda, “un problema no es una solución, ni una pregunta es una respuesta. La idea, pues, de que los casos pueden obtener a partir de sí mismos una solución (justicia del caso concreto) es confusa”. Ibidem, p. 205.

<sup>708</sup> Cf. Ibidem, p. 123.

<sup>709</sup> Cf. Ibidem, p. 125.

<sup>710</sup> Cf. Idem.

veículos para a obtenção dos seus fins. Contudo, mesmo que esses problemas fossem sanados, restaria ainda um problema inevitável, qual seja que os destinatários desses comandos normativos não teriam a necessária ciência antecipada da expectativa de sua conduta. Esta, somente seria possível ao ser prolatada a decisão, ou seja, *ex post*<sup>711</sup>.

Daí a necessidade das condutas sociais serem reguladas por meio das regras jurídicas, em virtude da compreensão da natureza do direito como uma convenção, que se expressa em um conjunto de expectativas mútuas<sup>712</sup>. Isto porque, segundo LAPORTA, a capacidade de terem-se expectativas de conduta, ou seja, a capacidade de prever-se a conduta futura de terceiro, é uma condição *sine qua non* da própria existência da vida em sociedade. Sendo que tal expectativa deve refletir-se de igual modo na ordem jurídica pré-estabelecida, de tal forma que se não houvesse a possibilidade de fazerem-se tais predições, o próprio sistema jurídico seria inviável<sup>713</sup>. Não restam dúvidas, pois, que essa possibilidade de predizer as condutas humanas e as expectativas mútuas, se expressa melhor por meio de regras que governam a prática social e regulamentam as instituições<sup>714</sup>.

Note-se, portanto, que a previsibilidade é uma condição para a própria existência do direito<sup>715</sup>. O atributo da previsibilidade do direito encarna o conteúdo das regras por conta da sua própria estrutura de “proporcionar *ex ante* soluciones a sucesos *futuros*, es decir, tratan de *prever* las soluciones de casos”<sup>716</sup>. Ora, nesse ponto, encontra-se o argumento nuclear do autor, pois “si se pudiera reconstruir el razonamiento práctico de los jueces mediante una apelación de las reglas válidas del sistema jurídico, entonces habríamos alcanzado el más alto grado de predecibilidad”<sup>717</sup>. Nestes termos, o autor apresenta a previsibilidade das decisões como uma condição necessária à segurança jurídica e ao império da lei<sup>718</sup>, sem a qual a própria noção de justiça restaria prejudicada.

---

<sup>711</sup> Cf. LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 126.

<sup>712</sup> Cf. Ibidem, p. 131.

<sup>713</sup> Cf. Ibidem, p. 132.

<sup>714</sup> Cf. Ibidem, p. 133.

<sup>715</sup> Cf. Idem.

<sup>716</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>717</sup> Idem.

<sup>718</sup> Cf. Ibidem, p. 127-129.

Nada obstante a aparente simplicidade do que se acaba de registrar, extraem-se de suas premissas três constatações da maior importância para os desenvolvimentos subseqüentes: i) as regras são mais aptas para regular as condutas dos seus destinatários do que os princípios; ii) elas o fazem *ex ante*, ao contrário dos princípios que o fazem *ex post*; iii) as regras proporcionam um mínimo de previsibilidade às relações sociais, o que favorece a segurança jurídica. Quiçá, por essa razão, BOBBIO tenha afirmado que “o objetivo principal do estudo da moral e do direito é a *lei*, vale dizer, uma enunciação através da qual fica estabelecido aquilo que se deve ou não se deve fazer”<sup>719</sup>.

Não causa espécie, assim, a defesa de LAPORTA no sentido de que “el núcleo del ordenamiento jurídico debe estar compuesto por normas en el sentido de reglas”<sup>720</sup>, pois a sua existência seria uma condição necessária para a própria realização o ideal da justiça<sup>721</sup>. Quiçá, por isso, ao tratar do tema do império da lei sob uma perspectiva atual o autor comenta que:

El imperio de la ley ha de ser entendido como un ingrediente de la idea de Justicia, es decir, como uno de los ideales ético-políticos que nos dicen como ‘debe ser’ el derecho positivo. Y creo que, como tal ideal, lo primero que plantea al orden jurídico es una suerte de exigencia de ‘normativismo’, la exigencia de que, si no todo el derecho positivo, al menos sí el núcleo central y más importante del ordenamiento jurídico esté compuesto por esa clase especial de normas que llamamos en sentido estricto ‘reglas’. Reglas de conducta y reglas de competencia. No principios, ni estándares, ni valores, ni directivas de otro tipo, sino reglas. El derecho debe guiar las conductas de los ciudadanos y los actos del poder por medio de reglas, porque son las reglas y su vigencia en una sociedad las que logran establecer un contexto en el que la autonomía de las personas se hace posible<sup>722</sup>.

Daí LAPORTA concluir ser necessário reinventar<sup>723</sup> a lei ou algo que lhe equivalha<sup>724</sup>, pois segundo sua ótica “la pretensión de que el lugar de ella pueda ser

---

<sup>719</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**, p. 477.

<sup>720</sup> LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 107.

<sup>721</sup> Cf. Ibidem, p. 84.

<sup>722</sup> Idem.

<sup>723</sup> A partir dessa constatação o autor passa a citar em ordem decrescente oito maneiras tidas como suficientes para cumprir essa reivindicação de se reinventar a lei, que se passa a reproduzir de forma sucinta: viii) a definição de regras que estipulem os termos da cooperação social é necessária para a realização do ideal de justiça; vii) as regras são necessárias para estabelecer uma configuração precisa dos limites dos direitos e das liberdades elementares dos indivíduos, tendo em vista a sua autonomia pessoal; vi) as regras devem carregar um conteúdo substancial de justiça, devendo, para alcançar esse objetivo, possuir as seguintes características: generalidade, universalidade, e abstração; v) devem formar limites e critérios para o exercício do poder; iv) as regras devem organizar o uso da

ocupado por una constitución, por la costumbre o por el derecho jurisprudencial es ilusoria”<sup>725</sup>. Como se vê, o que LAPORTA parece sugerir é muito mais uma espécie de “vuelta a la ley”<sup>726</sup>, no sentido de (re)descobrir o seu papel fundamental na sociedade, do que a sua (re)invenção propriamente dita. No entanto, salienta que se trata de uma espécie de lei remodelada para os tempos atuais, deixando de lado sua versão meramente formal e procedimental, para abarcar uma dimensão material capaz de satisfazer as necessárias exigências de caráter ético<sup>727</sup>. Significa dizer que a noção de lei formal e vazia teria entrado em crise, e que em seu lugar teria surgido um novo instrumento normativo. Contudo, como salienta o autor, “no podemos aceptar que la ley como vehículo normativo idóneo para la satisfacción de nuestras demandas éticas sea arrastada por esa llamada crisis de la ley y sea ignorada y degradada como la otra”<sup>728</sup>. Diante dessa perspectiva, a Constituição se apresentaria como uma fonte necessária para preencher o conteúdo ético da lei, servindo mesmo como uma condicionante genérica da sua materialidade, e uma alternativa eficaz em face de uma eventual corrupção por parte do Poder Legislativo. De outra banda, como bem observou o autor, o que não se pode admitir é que a Constituição seja usada para substituir a lei em toda variedade e complexidade dos seus conteúdos<sup>729</sup>. Dessa forma, salienta o autor que:

Por eso parece necesario volver a recordar que el núcleo más importante y decisivo del ordenamiento jurídico debe estar integrado por un cuerpo coherente de leyes generales y abstractas a las que se ha de tributar una deferencia privilegiada, y que frente a esa exageración tan de moda de adscribirle todas las tareas normativas a la Constitución y a sus innumerables intérpretes, y de reclamar su presencia en todos y cada uno de los pequeños y grandes conflictos que se suscitan cotidianamente, es preciso hoy volver a reafirmar la confianza en el legislador y a plantearse con seriedad los términos de su reconstrucción y

---

força/violência na sociedade; iii) a elaboração dessas regras deveriam ser confiadas a um órgão representativo dos seus destinatários; ii) essas regras deveriam ser o produto de atos de uma suprema autoridade pública – soberana; i) essa fonte de direito deveria ser fruto de uma construção racional deliberada. Cf. LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 161-166. No que pese, a inovação sugerida por LAPORTA, observa-se que no plano dogmático a sua lista pouca inova.

<sup>724</sup> Cf. Ibidem, p. 161.

<sup>725</sup> Idem.

<sup>726</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>727</sup> Cf. Ibidem, p. 166-167.

<sup>728</sup> LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 167.

<sup>729</sup> Cf. Idem.

presencia. El mensaje para reflexión sería, pues, este: menos neoconstitucionalismo y más neocodificación<sup>730</sup>.

Com efeito, LAPORTA apregoa a **primazia da lei** como fonte do direito, em face das exigências da autonomia pessoal e dos postulados políticos que primam pela declaração *ex ante* das pautas que devem reger a comunidade<sup>731</sup>. Conforme já foi visto, sem regras claras e bem definidas surgiriam problemas complexos de justiça, convivência social e mais ainda, legitimidade<sup>732</sup>. Daí a conclusão do autor de que é necessário reivindicar novamente o papel da lei na composição do sistema normativo, procedendo a uma espécie de (re)descoberta da lei como fonte de direito.

Em face disso, não é de se admirar que MORO coloque a função legislativa, acima das demais funções estatais, como a administrativa e a judicial, pois, defende a necessidade de uma intermediação/concretização proposta por meio de direitos fundamentais e regras, formuladas por um Parlamento eleito democraticamente<sup>733</sup>. No entanto, antes que se prossiga com este tema, a questão que se impõe é a seguinte: no processo de densificar a compreensão normativa da dignidade da pessoa humana o Legislador pode restringir esse postulado, ou trata-se de um princípio absoluto imune a limitações?

Sem embargos, AFONSO DA SILVA esclarece que é possível aceitar que a dignidade da pessoa humana também seja objeto de sopesamento e que tenha de ceder ante eventuais circunstâncias de um caso concreto. Como já foi visto anteriormente, como forma de evitar esse problema, ALEX<sup>Y</sup><sup>734</sup> propõe uma estrutura diferenciada para a garantia da dignidade. Segundo esse autor, a dignidade seria, ao mesmo tempo, uma regra e um princípio. Essa divisão corresponde, ao reconhecimento da existência de um conteúdo essencial absoluto da dignidade humana, que será caracterizado pela “parte regra” da norma que garante esse direito. Por sua vez, a “parte princípio” da norma que garante a dignidade, teria a mesma estrutura de todo e qualquer princípio e

---

<sup>730</sup> Idem.

<sup>731</sup> Cf. Ibidem, p. 151.

<sup>732</sup> Cf. Ibidem, p. 169.

<sup>733</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?** p. 19.

<sup>734</sup> Sobre a impossibilidade de haver princípios absolutos Ver ALEX<sup>Y</sup>, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 105-108.

seria, portanto, relativizável quando houvesse fundamentos suficientes para tanto<sup>735</sup>. O próprio ALEXY admite que existem numerosos casos em que o Legislador tem competência para decidir se impõem ou não restrições<sup>736</sup>.

Segundo AFONSO DA SILVA a dignidade segue os mesmos parâmetros de todos os demais princípios e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que a própria Constituição, em normas com estrutura de regra, define condutas absolutamente vedadas nesse âmbito. A principal delas seria, na opinião do autor, a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5º, inciso III, da CF/88), que imporá uma barreira intransponível (imune a ponderações), no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana. Com isso, abrir-se-ia a possibilidade de proteção absoluta da dignidade, naqueles casos em que esta garantia reveste-se da estrutura das regras, sem que para isso tenha que se socorrer a exceções ao modelo desenvolvido<sup>737</sup>.

Em relação a este tema, SARLET esclarece que não existe previsão expressa em nossa Constituição sobre a intangibilidade desse princípio, haja vista que ele não consta no rol das cláusulas pétreas<sup>738</sup>. De parte disso, devesse assinalar que a tese de que o princípio da dignidade da pessoa humana pode sofrer restrições merece algumas reflexões. Pois, na medida em que os direitos e garantias fundamentais, pelo menos na sua maioria, podem ser reconduzíveis àquele princípio, verifica-se que ao menos de forma indireta, o conteúdo de dignidade desses direitos constitui limite material ao poder de reforma constitucional (art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988)<sup>739</sup>.

Por essa razão, é possível defender a idéia de que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser tido como uma espécie de limite material implícito ao poder de reforma constitucional. No entanto, essa condição de limite ao poder constituinte derivado, não corresponde por si só, a uma intangibilidade do princípio<sup>740</sup>. O que

---

<sup>735</sup> Cf. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. Op. cit., p. 264-265.

<sup>736</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 284.

<sup>737</sup> Cf. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. Op. cit., p. 266.

<sup>738</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 113.

<sup>739</sup> *Ibidem*, p. 113-114.

<sup>740</sup> *Ibidem*, p. 114.

ocorre é que este princípio “constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”<sup>741</sup>. Isto não significa a impossibilidade de se estabelecerem restrições, mas apenas que essas restrições não devem ultrapassar o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana. Ou seja, mesmo que se admita a possibilidade de eventuais restrições ao princípio da dignidade da pessoa humana, estas devem preservar o seu núcleo essencial<sup>742</sup>.

Feitas essas considerações, registre-se que a abordagem sobre o papel da lei no processo de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, restaria incompleta se não fosse visitada novamente, ainda que de forma sucinta, a noção de democracia republicana<sup>743</sup> mencionada no capítulo 2. Isto porque, como afirma MORO, a lei desempenha um papel primordial para a promoção do ideal democrático de viés republicano, pois “lei e democracia estão intimamente vinculadas, pois a primeira é considerada o veículo da vontade popular”<sup>744</sup>, pelo menos no plano dogmático.

Neste diapasão, em sua obra *Republicanism - una teoría sobre la libertad e el gobierno*, PETTIT esclarece que a despeito de outros valores<sup>745</sup>, o traço mais importante da tradição republicana é a sua concepção distinta de liberdade<sup>746</sup>, entendida como **não-dominação**<sup>747</sup>. Saliente-se que essa concepção de liberdade como não-dominação se distingue da concepção BERLINIANA<sup>748</sup> de liberdade positiva e negativa, pois dominação não se equivale a interferência, tampouco se confunde com

---

<sup>741</sup> Idem.

<sup>742</sup> Ibidem, p. 114-115.

<sup>743</sup> Registre-se que, por mais fascinante que seja o tema do liberalismo e republicanismo, não é possível uma passagem mais do que superficial pelos seus termos, pois seria necessária uma outra dissertação para esgotar esse assunto e os seus autores. Daí a opção metodológica de concentrar essa parte da pesquisa na obra de PETTIT.

<sup>744</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 294.

<sup>745</sup> Esses outros valores que compreendem o ideal republicano são: o império da lei ao invés do império dos homens, o sistema constitucional de freios e contrapesos e o regime de virtude cívica.

<sup>746</sup> Cf. PETTIT, Philip. **Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno**. Tradução de Toni Doménech. Barcelona: Paidós, 1999. p. 39.

<sup>747</sup> Cf. Idem.

<sup>748</sup> Esse conceito se distinguiria da concepção de Isaiah BERLIN, que dominou as discussões contemporâneas a respeito da organização social e política a partir da sua distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva. Cf. PETTIT, Philip. Op. cit., p. 35.

autodomínio<sup>749</sup>. A distinção entre dominação e interferência é evidente, pois segundo os republicanos é possível haver dominação sem interferência, assim como é possível haver interferência sem dominação<sup>750</sup>.

Assim, com base na ideologia republicana, pode haver interferência sem a perda da liberdade, quando ela se dá de forma não arbitrária e não representa uma forma de dominação. Quando essa interferência ocorre com o consentimento dos afetados e esta de acordo com os seus interesses, diz-se que é legítima e não representa uma ameaça à liberdade republicana<sup>751</sup>.

Assim, uma forma de interferência sem dominação é o direito propriamente constituído. Partindo-se da premissa idealista de que o direito atende sistematicamente aos interesses gerais do povo, trata-se de uma interferência que não compromete a liberdade das pessoas, ou, em outras palavras, é uma interferência não dominadora. Pelo contrário, na ótica republicana o direito é um poder criador de liberdade e as leis uma forma de assegurá-la<sup>752</sup>, “de maneira que la libertad es vista en la tradición republicana como un status que existe sólo bajo un regime jurídico adecuado”<sup>753</sup>.

Dito de outra forma, sem leis não há liberdade, porque sem a interferência legítima do governo, deixa-se espaço aberto para a dominação dos mais fortes. Assim, embora as autoridades políticas possam ser vistas como dominadores em potencial, o certo é que, de modo geral, estão restringidas da mesma forma pelo sistema normativo, gozando do mesmo grau de liberdade que o povo, e apesar de exercerem interferência, não praticam poder **arbitrário** sobre os demais<sup>754</sup>.

Em contrapartida, a visão liberal surge com Thomas HOBBS. Ferrenho crítico das idéias republicanas, esse autor é o primeiro a conceber que a liberdade é mais bem compreendida como não-interferência, ao invés de não-dominação. Segundo esse autor, a liberdade consistiria apenas na ausência de duas coisas: ausência de

---

<sup>749</sup> Cf. Ibidem, p. 39.

<sup>750</sup> Cf. Ibidem, p. 41-42.

<sup>751</sup> Cf. Ibidem, p. 56.

<sup>752</sup> Cf. Ibidem, p. 57.

<sup>753</sup> Idem.

<sup>754</sup> Cf. Ibidem, p. 58.

coerção física e moral<sup>755</sup>. Assim, de acordo com essa concepção de liberdade, HOBBS acusou o direito de ser um invasor da liberdade das pessoas, por mais benigna que se revelasse essa invasão ao longo prazo<sup>756</sup>. Por essa ótica, a ausência das leis seria um pressuposto para a concepção HOBBSIANA de liberdade, ou seja, quanto menos leis, mais liberdade.

Contudo, observa-se que a noção HOBBSIANA de liberdade teve pouca influência antes do século XVIII, época em que imperou a noção republicana de liberdade como não-dominação<sup>757</sup>. Apesar do triunfo temporário da ideologia republicana, o que se percebeu foi um fenômeno peculiar de ascensão da liberdade como não-interferência. Pensadores que se opunham ao republicanismo e à causa da independência americana, como Thomas HOBBS, John LIND, Jeremy BENTHAM e William PALEY, logo se popularizaram, não somente entre autoritários e reacionários, mas também entre os defensores da democracia e da liberdade<sup>758</sup>.

Dessa forma, começou a haver um processo histórico de deslocamento da prevalência da noção da liberdade como não-dominação, para a noção de liberdade como não-intervenção, de cunho liberal. Como consequência, a lei passou a ser compreendida como um mal necessário, sem perder a noção de que representa uma restrição da vontade privada<sup>759</sup>.

Nesse contexto de ascensão da compreensão da liberdade como não-intervenção, o filósofo inglês PALEY, chegou a afirmar que o ideal republicano de liberdade como não-dominação “inflaman expectativas incumplibles por sempre jamás, y enturbian el contento público con agravios tales, que ni el más sabio y benevolente de los gobiernos podría erradicar”<sup>760</sup>. Vale dizer, PALEY acusa o ideal republicano de ser uma utopia demasiada exigente para com o Estado. De outra banda, PETTIT concorda com PALEY ao afirmar que o ideal de liberdade como não-dominação é um objetivo extremamente denso para o Estado, mas discorda que o Estado não seja capaz

---

<sup>755</sup> Cf. *Ibidem*, p. 59, 64.

<sup>756</sup> Cf. *Ibidem*, p. 59.

<sup>757</sup> Cf. *Ibidem*, p. 67.

<sup>758</sup> Cf. *Ibidem*, p. 63-64, 66, 68.

<sup>759</sup> Cf. *Ibidem*, p. 68-69.

<sup>760</sup> *Ibidem*, p. 71.

de realizá-lo. Para este autor o direito não-dominador se apresenta como um recurso indispensável de transformação das estruturas sociais<sup>761</sup>.

Com efeito, não se pode negar que as relações humanas são marcadas pela dominação. Ela está presente nas relações entre pais e filhos, marido e mulher, professor e aluno, empregado e empregador, consumidor e fornecedor, juiz e partes, etc. Por isso, a fim de proteger e promover o princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado Legislador precisa intervir para regular essas relações de domínio. Por essa razão, o Legislador resguardou o caráter republicano da democracia ao promulgar, por exemplo: o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e Adolescente, o Estatuto do Idoso, e a Consolidação das Leis de Trabalho. Um exemplo claro, dessa necessidade de intervenção legislativa do Estado, se manifesta nas relações trabalhistas. Podem-se imaginar as conseqüências nefastas para o assalariado, caso o Estado deixa-se de intervir nessa relação com uma legislação protetora. É bem provável que voltasse a imperar o cenário de opressão dessa classe, que marcou o início da revolução industrial.

Nesta direção, cumpre salientar que o papel de regulamentar as relações humanas é mais bem desempenhado pelas regras, do que pelos princípios, por causa da sua alta densidade normativa. Dessa forma, resta evidente o papel preponderante que as regras desempenham em uma democracia. Elas são fundamentais para proteger e promover os direitos fundamentais, sobretudo a liberdade e a igualdade entre as pessoas, a fim de inseri-las em um processo democrático justo. Corrobora com esse entendimento MORO, para quem a tradição republicana “vê na lei não somente um instrumento de garantia da liberdade e da propriedade, mas também um veículo para a afirmação da autonomia pública”<sup>762</sup>.

Parece ser esse o papel das regras no processo de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana: regular as relações de domínio e intervir para que os cidadãos possam ser verdadeiramente livres para atuar no jogo democrático. Se essa função ficar adstrita somente à abstração dos princípios e ao juízo de ponderação dos

---

<sup>761</sup> Cf. Idem.

<sup>762</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 295.

juízes, a República brasileira, ao invés de ser o lugar de todos, continuará a ser o espaço de ninguém! Daí a importância de enfatizar que as regras têm a sua razão de ser no sistema normativo, especialmente em um contexto democrático, como se procurará demonstrar no próximo item.

### 3.3 UMA NECESSÁRIA DEFERÊNCIA AO PAPEL DO LEGISLADOR EM FACE DO IDEAL DEMOCRÁTICO

De início, cumpre salientar que outro aspecto que favorece o renascimento das regras no cenário pós-positivista, diz respeito ao tema da distribuição do poder. Isto porque, como argumenta LAPORTA, existe uma diferença crucial entre uma decisão fundamentada em regras e uma decisão livre da sua influência<sup>763</sup>. A diferença consiste que, na primeira hipótese, o poder de decisão repousa sobre quem ditou a regra, ao passo que, na última situação, o poder de dar a solução encontra-se nas mãos de quem toma a decisão que se refere ao caso concreto<sup>764</sup>. Não é por outra razão, que o autor justifica que “al hacer uso de las reglas situamos el poder en aquel que dicta esas reglas y no en aquel que las aplica, y seguramente hemos de buscar para justificarlo una razón ulterior”<sup>765</sup>.

Como se vê, a preferência pela aplicação das regras no cenário jurídico tem haver com a questão da legitimidade política do poder de decisão, que deve estar assentada na instituição de maior representação popular, isto é, o Parlamento. Dessa

---

<sup>763</sup> LAPORTA esclarece essa diferença nos seguintes termos: “la regla tiene la vocación de decidir ex ante, y con ello, de atribuir el poder de decisión a quien la emite. Por el contrario, la solución que se basa en las particularidades del caso y en apelaciones genéricas a la justicia deja a quien la toma casi todo el poder de decisión. No es sólo, por tanto, el temor a que las decisiones sean tomadas lo que puede invitar a no fomentar la toma de decisiones particularista, sino un problema de legitimidad política o de asignación de poder. Más allá de la justificación formal que se pueda derivar de la congruencia de la preexistencia de reglas con la posibilidad de conformar los planes de vida individuales, nos encontramos aquí con la importante sugerencia de que también hay que tomar en cuenta quién debe ser el titular del poder de decidir”. Cf. LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 144.

<sup>764</sup> Cf. Ibidem, p. 144.

<sup>765</sup> Ibidem, p. 146.

forma, é fácil perceber que para o princípio da dignidade da pessoa humana ser levado a sério, a voz dos participantes da vida social deve ser ouvida no momento de tomarem-se as decisões, e isso somente será possível à medida que levarem-se em consideração as regras estabelecidas pelo Legislador eleito democraticamente. Seguindo esse raciocínio, é possível sustentar que a noção de dignidade da pessoa humana, em um contexto democrático, só pode ser estabelecida dentro de um universo jurídico dominado pelas regras, pois é como se manifesta a vontade popular. Daí LAPORTA afirmar que, partindo do pressuposto de que cada pessoa possui dignidade, “sería perfectamente contradictorio que a esa persona le negáramos la capacidad para gobernarse a sí misma a través de las reglas necesarias para la vida social”<sup>766</sup>.

Assim, uma vez estabelecido que a aplicação das regras fortalece o ideal democrático, encarnado na figura do Legislador eleito pelo voto popular, cumpre analisar o grau de liberdade concedido a esse órgão a fim de concretizar os princípios e valores fundamentais previstos na Constituição, bem como para levar a cabo o seu projeto de emancipação social.

Com esse propósito, tendo como pano de fundo a Constituição dirigente e a vinculação dos poderes, CANOTILHO debruça-se sobre o problema da discricionariedade legislativa e da liberdade de conformação do Legislador. Para enfrentar esse problema, o autor parte da premissa de que o Legislador ocupa uma posição jurídica-constitucional de conformador dos preceitos constitucionais<sup>767</sup>.

Seguindo esse pressuposto da lei como conformação da Constituição, CANOTILHO explicita que o Legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar e tomar decisões. Isso faz com que o Legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolva uma atividade política constitucional criadora, no sentido de conformação livre dos fins políticos e sociais<sup>768</sup>.

Uma vez consagrada a tese da vinculação jurídico-constitucional do Legislador, a questão que exsurge, por exigência do princípio da constitucionalidade

---

<sup>766</sup> Idem.

<sup>767</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 216.

<sup>768</sup> Cf. Ibidem, p. 218.

material, tem haver com “o espaço livre” ou esfera de “discricionariedade” deixado à lei no momento de concretização dos preceitos constitucionais<sup>769</sup>. Para responder a essa pergunta CANOTILHO visita a doutrina das determinantes autônomas e heterônomas<sup>770</sup>. Nesse sentido, estabelece que determinantes heterônomas (ou exteriores) são aquelas normas constitucionais que “vinculam positivamente o exercício discricionário do poder legiferante (direcção positiva) e estabelecem os limites desse mesmo exercício (função negativa)”<sup>771</sup>, e, por sua vez, justificam uma verdadeira discricionariedade legislativa<sup>772</sup>.

Por sua vez, as determinantes autônomas “abrangem a determinação de fins pela legislação”<sup>773</sup>. Nesse sentido, pode-se afirmar que a tarefa do Legislador compreende uma atividade autônoma de fixação de fins e interesses públicos primários, respeitados os limites materiais da Constituição<sup>774</sup>.

Trocando em miúdos, CANOTILHO sustenta que essa vinculação jurídico-constitucional do legislado se dá tanto em virtude das determinantes heterônomas quanto das determinantes autônomas. Ou seja, a sua vinculação está sujeita aos fins e princípios jurídico-constitucionais (determinantes heterônomas) e aos fatores de ponderação e valoração própria do Legislador (determinantes autônomas). E, ainda que, apesar de em diversas situações o Legislador não estar vinculado a fins constitucionais previamente determinados (limites externos), continua vinculado a limites internos de proporcionalidade na fixação da relação meio-fim<sup>775</sup>.

Apesar dessa relação vinculada Constituição-lei, não se pode perder de vista a legitimidade democrática imediata do Legislador. Pois, como afirma CANOTILHO “o princípio democrático assegura à instância legiferante uma fundamental liberdade de decisão”<sup>776</sup>. Segundo esse autor o Legislador possui uma autêntica função ordenadora

---

<sup>769</sup> Cf. *Ibidem*, p. 218-219.

<sup>770</sup> Cf. *Ibidem*, p. 225-226.

<sup>771</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>772</sup> Cf. *Idem*.

<sup>773</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>774</sup> Cf. *Idem*.

<sup>775</sup> Cf. *Ibidem*, p. 262, 264.

<sup>776</sup> *Ibidem*, p. 238.

e liberdade de conformação do conteúdo constitucional<sup>777</sup>, que implica um “Estado-legislativo criador, suficientemente livre na determinação dos fins e na escolha dos meios”<sup>778</sup>. Nesse ponto, as normas constitucionais serviriam apenas de guia para o ato constitutivo e volitivo do Legislador<sup>779</sup>. Seguindo essa linha, a lição de CANOTILHO é inafastável:

A idéia de liberdade de conformação do legislador é ainda confirmada a partir do problema do controle da actividade legiferante. O carácter criador, constitutivo, volitivo, não executivo, do acto legiferante, não se compadece com qualquer controle judicial. A justiciabilidade de uma medida pressupõe a existência de limites jurídicos objectivos que se possam determinar inequivocamente numa decisão judicial, o que não é o caso da ponderação de interesses, apreciação de situações e factos ou juízos de valor feitos pelo legislador. A injusticiabilidade das valorações do legislador ressalta com mais clareza ainda o ‘carácter político’ da decisão legiferante. A indeterminação objectiva das normas vinculantes deixam ao legislador um espaço para decisões politicamente motivadas e, sob pena de se transformar o controle judicial num controle político, tem de se subtrair esta motivação política à fiscalização judicial. Os perigos de uma inadmissível ‘juridicização do político’ ou da ‘politicização da justiça’ justificariam, nesta perspectiva, apenas um controlo dos ‘limites externos’ dos actos legislativos, mas não já uma ‘devassa’ das considerações políticas subjacentes ao acto legislativo. Esta rejeição de um controle constitucional ‘positivo’ dos actos de legiferação ganhará maiores foros de plausibilidade de se ponderar que a tarefa politicamente conformadora do legislador incide, muitas vezes, sobre complexas questões económico-sociais. Ora, se os factores económicos e sociais não são de natureza extrajurídica, eles implicam, pelo menos, uma ‘ponderação livre’, sob uma multiplicidade de pontos de vista, que não está ao alcance de um órgão judicial, visivelmente inadaptado para tarefas sociais e económicas de conformação positiva<sup>780</sup>.

Nada obstante, a teoria da liberdade de conformação do Legislador deixa em aberto o problema central dos limites positivos e da força determinante das normas constitucionais na actividade de qualificação do interesse público pelo Legislador<sup>781</sup>. Isto porque em um Estado democrático de direito, a lei “não é um acto livre dentro da Constituição; é um acto, positiva e negativamente determinado pela lei fundamental”<sup>782</sup>.

Em face disso, a idéia de vinculação constitucional “implica a determinação positiva dos actos legislativos pelas normas constitucionais”<sup>783</sup>. Contudo, é preciso

---

<sup>777</sup> Cf. *Ibidem*, p. 239.

<sup>778</sup> *Idem*.

<sup>779</sup> Cf. *Ibidem*, p. 240.

<sup>780</sup> *Ibidem*, p. 240-241.

<sup>781</sup> Cf. *Ibidem*, p. 241-242.

<sup>782</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>783</sup> *Ibidem*, p. 249.

esclarecer que a força determinante das normas constitucionais não é homogênea para todas as situações, podendo variar de um grau máximo a uma espécie de grau-zero<sup>784</sup>. Portanto, se por um lado é inegável que o Legislador está juridicamente vinculado ao conteúdo material da Constituição, por outro é imperioso salientar que esta vinculação não é incompatível com a idéia de uma conformação mais ou menos livre efetuada pelo Legislador<sup>785</sup>. Dito de outra forma, “ainda subsiste, no esquema de vinculação constitucional (...), um reduto de discricionariedade legislativa”<sup>786</sup>.

No entanto, no exercício desse reduto de liberdade de conformação do Legislador, CANOTILHO afirma que no caso de arbítrio, irracionalidade, discriminação injustificada, e indeterminabilidade da lei, é geralmente admitido o controle jurisdicional baseado na violação dos princípios constitucionais determinantes, entre eles: o princípio da proibição do arbítrio, o princípio de proibição do excesso, o princípio da determinabilidade e o princípio da igualdade (determinantes heterônomas)<sup>787</sup>.

Em outros termos, significa dizer que não se descarta a possibilidade de desvio de função do Poder Legislativo, ou ainda situações de abuso e fraude à Constituição por meio da lei. Na esteira desse entendimento, CANOTILHO leciona que deixando de lado a análise do mérito da escolha política, pode e deve haver uma fiscalização rigorosa da lei quando ela se afasta dos fins e interesses constitucionais (determinantes heterônomas), especialmente naqueles casos em que ela favorece interesses particulares de pessoas, grupos ou entidades<sup>788</sup>.

Por isso, CANOTILHO parece deixar claro que ao proceder-se ao controle da lei não está em causa a sua valoração política – se a lei é “boa” – mas, sim, se ela observa os fins e diretrizes materiais das determinantes heterônomas da Constituição, que vinculam a discricionariedade do Legislador. Sob esse ângulo, o Legislador preserva a sua capacidade de valorar autonomamente os elementos factuais, as relações econômico-político-sociais e culturais da lei. Dessa forma, a fiscalização

---

<sup>784</sup> Cf. *Ibidem*, p. 251.

<sup>785</sup> Cf. *Ibidem*, p. 255, 257-258.

<sup>786</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>787</sup> Cf. *Ibidem*, p. 261.

<sup>788</sup> *Ibidem*, p. 262.

constitucional escapa à alçada do juízo de mérito da seleção das determinantes autônomas, e concentra-se na identificação de eventuais excessos do Poder Legislativo<sup>789</sup>. Assim, “só quando se verifica um desvio de determinação é possível concluir-se que o exercício funcional da actividade legiferante teve ou pôde ter uma ‘causa’ que, ‘com evidência’, não obedece às directivas materiais heterônomas”<sup>790</sup>.

É importante assinalar ainda, que a concepção de **excesso de Poder Legislativo** ou **vício de discricionariedade** nos termos empregados por CANOTILHO não põe em causa: i) o primado da decisão legislativa; ii) a inadmissibilidade da intromissão nos motivos do Legislador; iii) e a liberdade de conformação do Legislador. O controle da relação material Constituição-lei, refuta, simplesmente, a idéia do Legislador onipotente que delibera livremente sobre os fins do ato Legislativo<sup>791</sup>. Na esteira desse pensamento é que se revela o verdadeiro sentido da Constituição dirigente, pois “os fins constitucionais requerem uma legislação ‘actualizadora’ e concretizadora das ‘tarefas’ por eles ‘determinadas’”<sup>792</sup>.

Na mesma linha, colhe-se a perspectiva de SARMENTO quando afirma que “a Constituição não pode ser vista como a fonte da resposta para todas as questões jurídicas. Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o Legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e a autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas”<sup>793</sup>.

O enfoque aqui, parece ser que a Constituição não preenche todos os espaços de liberdade de conformação, e que o Legislador também é intérprete da Constituição, razão pela qual as suas escolhas merecem ser respeitadas, dentro do quadro de discricionariedade demarcado pelo constituinte. É justamente por conta disso que quando o Legislador já tiver ponderado princípios ou valores colidentes, o Judiciário

---

<sup>789</sup> Cf. *Ibidem*, p. 265.

<sup>790</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>791</sup> Cf. *Idem*.

<sup>792</sup> Cf. *Ibidem*, p. 286.

<sup>793</sup> SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 140.

deve acatar a solução legislativa, a não ser que se afigure evidentemente contrária ao que estabelece a própria Constituição<sup>794</sup>.

Este quadro, provisoriamente delineado, leva-nos a considerar com maior profundidade a extensão do poder de deliberação das maiorias democráticas a cada momento histórico, em face do poder garantidor e limitador do poder constituinte originário. Em outras palavras: “porque o ‘povo’ de hoje não pode mudar de idéia e rever decisões que adotou no passado?”<sup>795</sup>. Aqui, registre-se, que se esse questionamento não é necessário para a consolidação da teoria de deferência ao Legislador, pelo menos contribui para uma maior reflexão sobre a sua contribuição para a democracia.

Assim, de acordo com ELSTER uma resposta possível é a necessidade do *constitutional precommitment*<sup>796</sup>. O referido autor usa a analogia de ULISSES para explicar que quando o povo edita uma Constituição amarra-se ao mastro, porque teme que no futuro possa ser vítima de sua própria irracionalidade e paixões, e venha a comprometer o destino da coletividade<sup>797</sup>. Dessa forma, ELSTER assevera que “estratégias de pré-compromisso constitucionais poderiam servir para superar miopia ou fraqueza de vontade por parte da coletividade”<sup>798</sup>. Ou seja, o autor parte da premissa de que “Ulisses não era inteiramente racional, pois uma criatura racional não recorreria a este dispositivo”<sup>799</sup>. Mas, como leciona ELSTER “eu não negaria que algum grau de auto-controle pode ser alcançado simplesmente puxando você mesmo para cima pelo cadarço do sapato, mas (...) resultados mais duradouros são alcançados

---

<sup>794</sup> Cf. *Ibidem*, p. 142.

<sup>795</sup> Cf. *Ibidem*, p. 128.

<sup>796</sup> Tradução livre do autor: pré-compromisso constitucional.

<sup>797</sup> Cf. ELSTER, Jon. **Ulysses and the sirens**: studies in rationality and irrationality. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 36-37. Ver comentários sobre a lenda de ULISSES contada por Homero no livro XII da Odisséia no início do capítulo 2.

<sup>798</sup> ELSTER, Jon. **Ulysses unbound**: studies in rationality, precommitment, and constraints. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 89. Citação original: “*constitutional precommitment strategies might serve to overcome myopia or weakness of will on the part of the collectivity*”.

<sup>799</sup> ELSTER, Jon. **Ulysses and the sirens**, p. 36. Citação original: “*Ulysses was not fully rational, for a rational creature would not have to resort to this device*”.

agindo sobre o meio ambiente”<sup>800</sup>. Assim, o próprio autor reconhece que existem outras maneiras mais eficazes de lidar com essa suposta (ir)racionalidade.

Em suma, um conceito oferecido por ELSTER para vincular-se a si mesmo é “levar a cabo uma decisão certa no momento  $t_1$ , a fim de aumentar a probabilidade de que irá proceder a uma outra decisão no momento  $t_2$ ”<sup>801</sup>. Assim, “o ponto crucial aqui é que a esperada probabilidade de mudança posterior deve ser o motivo para a anterior”<sup>802</sup>. No entanto, o que leva uma pessoa a crer que a sua decisão no tempo  $t_1$ , é mais racional do que a decisão tomada por outra pessoa no tempo  $t_2$ ? Talvez, em algumas situações haja justificativa para temer uma futura alteração da vontade, mas, certamente, essa vinculação deve limitar-se a situações fundamentais.

Assim, não se pode perder de vista que o pré-compromisso de ULISSES - fruto do reconhecimento da sua racionalidade imperfeita - apresenta diversas dificuldades, pois “o problema de vincular-se a si mesmo também é relevante para muitas questões na filosofia da mente (quem vincula quem?) e na filosofia moral (quem tem o direito de vincular quem?)”<sup>803</sup>. Consciente dessas dificuldades, LAPORTA defende que a limitação das gerações subseqüentes não pode repousar no argumento de racionalidade de ULISSES<sup>804</sup>.

No entanto, deixando a racionalidade de ULISSES de lado, por um momento, verifica-se que outra possibilidade para a justificação do pré-compromisso constitucional é a teoria da **democracia dualista** de ACKERMAN. Segundo essa concepção, a atividade democrática divide-se em dois momentos bem distintos, que se distinguem pela intensidade e qualidade da participação popular na tomada das decisões políticas do país. Vale dizer, existem alguns momentos especiais na

---

<sup>800</sup> Ibidem, p. 37. Citação original: “*I would not deny that some degree of self-control can be achieved simply by pulling yourself up by the bootstraps, but (...) more durable results are achieved by acting on the environment*”. A expressão “*pulling yourself up by the bootstraps*” significa melhorar sua situação pelos seus próprios esforços.

<sup>801</sup> Ibidem, p. 39. Citação original: “*to bind oneself is to carry out a certain decision at time  $t_1$ , in order to increase the probability that one will carry out another decision at time  $t_2$* ”.

<sup>802</sup> Ibidem, p. 39-40. Citação original: “*the crucial point here is that the expected change in the probability of the later action must be the motive for the earlier one*”.

<sup>803</sup> Ibidem, p. 37. Citação original: “*the problem of binding oneself is also relevant for many questions in the philosophy of mind (who binds whom?), and in moral psychology (who has the right to bind whom?)*”.

<sup>804</sup> Cf. LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 223.

democracia de uma nação que são marcados por uma grande mobilização popular. Ao passo que, findo esse período de euforia democrática, haveria uma espécie de retração da sociedade na participação política, adstrita novamente à representação ordinária<sup>805</sup>.

Portanto, pode-se afirmar que a concepção dual de democracia visa resguardar as decisões políticas tomadas em períodos de grande participação popular. Isto porque os movimentos revolucionários são efêmeros, e sucedidos pelo declínio da participação política do povo, razão pela qual cabe à Constituição preservar os ideais revolucionários para além da própria revolução. Daí a justificativa de privilegiar as decisões tomadas nestes momentos de grande mobilização nacional, como foi o caso da Assembléia Constituinte do Brasil de 1987/1988.

Nada obstante, tanto o pré-compromisso de ELSTER como a democracia dualista de ACKERMAN baseia-se numa premissa questionável que é o verdadeiro agente político da história – o povo. Na verdade, trata-se de um problema eminentemente temporal, pois ao afirmar-se que a Constituição é a expressão soberana do povo, esquece-se, muitas vezes, que o **povo** que editou a Constituição não é o mesmo que possui direitos políticos hoje, mas uma **nova geração**. Daí a indagação de se é legítimo que uma geração, dentro de certo contexto histórico, amarre as gerações futuras, que vivem em contextos distintos<sup>806</sup>.

Registre-se que o artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793 manifestava-se em sentido contrário à limitação de uma geração pela outra, nos seguintes termos “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”<sup>807</sup>. Em linha similar, Thomas JEFFERSON defendia o direito de cada geração autogovernar-se, opondo-se aos limites impostos por gerações pretéritas, chegando a afirmar nos debates que precederam a promulgação da Constituição norte-americana que a cada 19 anos uma nova

---

<sup>805</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**, p. 7-8, 11-13, 17, 29-31.

<sup>806</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 128-129.

<sup>807</sup> Declaração dos direitos do homem e do cidadão admitidos pela convenção nacional francesa em 1793 e afixada no lugar das suas reuniões. Disponível em: <<http://www.geocities.com/sociedadecultura/declaracao1793.html>>. Acesso em: 23 out. 2008.

convenção constituinte deveria ser convocada<sup>808</sup>, a fim de evitar “o governo dos mortos sobre os vivos”<sup>809</sup>.

Por seu turno, MOREIRA sintetiza que o conceito de Constituição traz em si a noção de limite da vontade popular a cada momento, e que quanto maior a extensão da Constituição, menor o espaço da democracia. Não é por outra razão que o autor afirma que “o problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático”<sup>810</sup>. Isto porque constitucionalizar é por fora do alcance das maiorias a possibilidade de tomar as suas próprias decisões. Nessa linha, o autor adverte que a excessiva constitucionalização pode produzir um efeito inverso ao desejado, levando os operadores do direito a fazerem uma leitura complacente e conformista da Constituição, a fim de aproximá-la da realidade social<sup>811</sup>. Daí o autor concluir que “paradoxalmente, quanto mais Constituição, menos Constituição”<sup>812</sup>.

Neste diapasão, MOREIRA questiona “se a idéia do poder constituinte como ato unigênito da Constituição pode enfrentar a prova da vida constitucional, e se a essa versão do poder constituinte unigênito e unimomentâneo, não temos que admitir algum espaço para o poder constituinte evolutivo e para o processo constituinte transgeracional”<sup>813</sup>. Ou, ainda, dito de outro modo, o constituinte pode “tirar a fotografia e congelar a corrente do rio que passa”<sup>814</sup>?

Por conta disto, MOREIRA denomina de **pecado original** a imodéstia e soberba da Constituição, em “pensar que está num momento demiúrgico da história do seu país, capaz de estabelecer para sempre as baias da corrente democrática e de disciplinar para o futuro todas as maiorias democráticas”<sup>815</sup>. Nesse sentido, o autor recomenda certa modéstia constitucional para reconhecer um poder constituinte menos

---

<sup>808</sup> Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 66-68.

<sup>809</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>810</sup> MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 272.

<sup>811</sup> Cf. Idem.

<sup>812</sup> Idem.

<sup>813</sup> Ibidem, p. 274.

<sup>814</sup> Ibidem, p. 287.

<sup>815</sup> Ibidem, p. 288.

eterno e absoluto, e mais comprometido com o princípio democrático, capaz de dialogar com cada geração a fim de que também tenham participação na sua formação<sup>816</sup>. Corrobora com esse entendimento, BERCOVICI para quem:

O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição<sup>817</sup>.

Dessa forma, no que pese o entendimento de que a Constituição deve resguardar e proteger os direitos fundamentais das pessoas, deixando-os a salvo de eventuais maiorias democráticas, ao mesmo tempo, não deve ser considerada como uma **cápsula do tempo**, incondicionalmente válida para todas as gerações. Pois, o procedimento democrático que favorece o debate público e o princípio majoritário, justifica-se na confiança nos seres humanos como seres reflexivos, capazes de determinar o seu próprio projeto de vida e de respeitar pontos de vista contrários<sup>818</sup>.

Em linha similar, BOBBIO justifica a democracia como a melhor forma de governo, ou, pelo menos a menos ruim, com base no pressuposto de que:

O indivíduo singular, o indivíduo como pessoa moral e racional, é o melhor juiz do seu próprio interesse. Qualquer outra forma de governo é fundada no pressuposto contrário, vale dizer, no pressuposto de que há alguns indivíduos superiores, ou por nascimento, ou por educação, ou por méritos extraordinários, ou porque mais afortunados, ou mesmo um único indivíduo, que são capazes de julgar qual seja o bem geral da sociedade entendida como um todo, melhor do que poderiam fazer os indivíduos singularmente<sup>819</sup>.

Destarte, a objeção democrática insurge-se contra a vedação ao direito fundamental de participação, como se os cidadãos<sup>820</sup> fossem seres incapazes de refletir autonomamente. O que não quer dizer que o processo decisório deva ser reaberto a cada momento histórico. Não se questiona que decisões anteriores devam possuir certa

---

<sup>816</sup> Cf. *Ibidem*, p. 288-289.

<sup>817</sup> BERCOVICI, Gilberto. **A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição**, p. 126.

<sup>818</sup> Cf. LAPORTA, Francisco L. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>819</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**, p. 424.

<sup>820</sup> LAPORTA explicita que o direito de participação pertence aos indivíduos e não às gerações Cf. LAPORTA, Francisco L. *Op. cit.*, p. 241.

estabilidade, quer dizer, um período de vida para regular a conduta dos cidadãos<sup>821</sup>. Neste diapasão, LAPORTA afirma que:

Si las reformas de la Constitución se articulan institucionalmente en forma de procedimientos democráticos de decisión, entonces la primacía de la Constitución puede convivir perfectamente con el carácter democrático del ordenamiento. Rigidez constitucional y mayoritarismo no serían incompatibles. Hasta el punto de que el atriceramiento constitucional de algunos derechos individuales y algunos procedimientos políticos serían precisamente la garantía protectora de la naturaleza democrática del sistema y de ideal del imperio de la ley. Con ello la objeción habría perdido gran parte de su fuerza y sólo sería aplicable a supuestos de extrema intangibilidad constitucional o vetos para-mayoritarios<sup>822</sup>.

Nesta exata trilha, ao tratar do tema da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cujos efeitos se espraiam por todos os campos e setores da vida social, SARMENTO adverte que embora esses efeitos sejam positivos e promissores *a priori*, deve-se ter cautela para que não se sufoque “todo o espaço de liberdade das instâncias sociais, limitando em demasia seus caminhos, que cumpre manter abertos numa sociedade que se pretenda pluralista e democrática”<sup>823</sup>. Ademais, salienta o autor que “cumpre recordar que quanto mais se estende a Constituição, menos sobra para o poder decisório das maiorias, vale dizer, mais se constrange a autonomia política do povo”<sup>824</sup>. Não há, pois, como não dar razão a SARMENTO, quando comenta que:

A Constituição aberta não pode ser a Constituição dos caminhos irreversíveis, dos projetos definidos que aprisionam, a pedra fundamental de uma religião civil, excludente em relação àqueles que não professarem ativamente o seu credo.

Assim, conquanto carregue valores substantivos e transporte programas, a Lei Fundamental deve ser dotada de plasticidade material suficiente para abrigar ideologias e cosmovisões diferentes, sem optar de modo definitivo por nenhuma delas. Sob este prima, os direitos fundamentais não devem significar o engessamento da sociedade, cabendo-lhes, ao inverso, catalisar o debate entre idéias e projetos divergentes, convertendo-se com isso em instrumentos de promoção do pluralismo. Fundamentalidade, sem fundamentalismo, eis a receita<sup>825</sup>.

Nestes termos, SCHIER adverte que a ciência jurídica “não se trata mais de uma verdade descoberta ‘por um cientista’, isolado em seu laboratório, mas de

---

<sup>821</sup> Cf. *Ibidem*, p. 238, 241.

<sup>822</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>823</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 170.

<sup>824</sup> *Idem*.

<sup>825</sup> *Ibidem*, p. 171.

verdades construídas e corroboradas por vários interlocutores sociais”<sup>826</sup>. Ao passo que ao tratar do tema das epistemologias contemporâneas o autor assevera que “o espaço do ‘nós pensamos’ toma lugar do autoritário ‘penso, logo existo’. A ciência deixa de ser o lugar do solitário investigador para se tornar o *locus* do diálogo”<sup>827</sup>.

Note-se, portanto, que a Constituição não é auto-evidente, e que mesmo fixando objetivos e metas políticas, deixa espaços para a formação da opinião pública. Assim, pelo menos no plano teórico, devem ser valorizadas as opções políticas do Legislador ao conformar a Constituição, pois estas devem ser tidas como expressão da soberania popular. Por essa razão, justifica-se a deferência ao Legislador ao concretizar os comandos normativos previstos na Constituição, em homenagem ao princípio democrático. Assim, talvez não seja demais repetir, que quando o intérprete aplica diretamente princípios sem levar em consideração as regras estabelecidas para aquela situação específica, faz prevalecer o seu arbítrio sobre a maioria democrática, de forma injustificada. Dessa forma, como esclarece MORO:

Os juízes constitucionais precisam compreender o seu papel secundário no regime democrático. Por sua maior responsabilidade democrática, os principais encarregados da formulação das políticas públicas são o Legislativo e o Executivo, não devendo o Judiciário pretender substituí-los nessa função. Nem toda controvérsia política pode, por outro lado, ser resolvida como questão jurídica, sendo limitadas as respostas que podem ser fornecidas pela argumentação jurídica. O ‘fundamentalismo’ não é compatível com a sociedade pluralista. A autocontenção não implica abdicação do controle judicial de constitucionalidade, mas apenas certo grau de deferência em relação à atividade dos demais poderes constituídos<sup>828</sup>.

Portanto, como bem observa MORO o Judiciário deve conformar-se com o seu papel **secundário** na democracia, apesar de relevante para o seu aperfeiçoamento. Isto porque em um regime democrático os representantes eleitos pelo voto popular têm primazia no estabelecimento de políticas públicas, por meio de atos Legislativos<sup>829</sup>. Daí LAPORTA sustentar ser necesario que o componente principal do ordenamento jurídico seja composto por leis “entendidas como vehículos normativos coherentes de reglas generales, la más precisa que sea posible, razonablemente estables, y las que

---

<sup>826</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**, p. 45.

<sup>827</sup> Idem.

<sup>828</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 155.

<sup>829</sup> Cf. Ibidem, p. 204.

todos, profesionales liberales, jueces y funcionarios, deban una especial y acentuada deferencia en el momento de la aplicación del derecho”<sup>830</sup>.

Dito isto, é óbvio que ao defender-se a primazia da lei como fonte do direito e o poder de conformação do Legislador com discricionariedade política para mediar os objetivos e metas constitucionais, não se quer aqui propor um retorno ao dogma positivista do silogismo-subsuntivo, nem a renúncia à aplicação dos princípios, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, o que seria um inadmissível retrocesso! Mas, como afirma SARMENTO “entre a Cila do formalismo jurídico e a Cáribdes do decisionismo, há outras rotas possíveis”<sup>831</sup>. Então, a partir de uma percepção conciliatória não-extremista, o autor sugere dois pontos que poderiam contribuir para minimizar alguns vícios do pós-positivismo: i) valorização da argumentação e da racionalidade prática; ii) valorização e respeito das regras jurídicas<sup>832</sup>.

Sobre a necessidade de uma argumentação racional como forma de legitimar as decisões judiciais, registre-se que isso já foi amplamente discutido no capítulo 2, razão pela não será objeto de maiores considerações. Basta dizer que a racionalidade aqui proposta não tem a mesma dimensão e profundidade daquela apregoada por DWORKIN, no sentido de possibilitar ao intérprete encontrar a única resposta correta para cada caso difícil. Apenas remete ao indispensável esforço argumentativo de atribuir à decisão o caráter mais racional possível, dentro de um contexto de ampliação do espaço público de debate. Aqui sim, o ponto nodal, ou seja, a necessidade de que a argumentação jurídica seja composta por processos exógenos, numa perspectiva de reflexão dialógica<sup>833</sup>. Daí a conclusão de SARMENTO no sentido de que “as decisões adotadas devem ser devidamente justificadas, de forma a demonstrar não só às partes do litígio, mas ao público em geral, que o resultado alcançado é o que mais se adequa à ordem jurídica e às peculiaridades do intérprete”<sup>834</sup>.

Por sua vez, quanto à necessária (re)valorização e respeito das regras jurídicas por parte dos operadores do direito, necessário se faz tecer alguns comentários.

---

<sup>830</sup> LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 219.

<sup>831</sup> SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 145.

<sup>832</sup> Cf. Ibidem, p. 145-146.

<sup>833</sup> Cf. Ibidem, p. 145.

<sup>834</sup> Ibidem, p. 146.

Primeiramente, é preciso ter em mente que a importância atribuída aos princípios pela doutrina pós-positivista não se deve operar em virtude do menosprezo pelas regras jurídicas. As regras também desempenham um papel de destaque no sistema jurídico, pelo fato de sua maior determinação semântica contribuir para a minimização do arbítrio do intérprete e a conseqüente maximização da segurança jurídica. Nessa linha, SARMENTO apresenta duas situações ilustrativas da valia das regras jurídicas para o funcionamento mais ágil e eficiente do sistema jurídico. Na primeira delas, cogita como seria o andamento do processo se em cada ação cível o juiz pudesse arbitrar com base no princípio da ampla defesa e da celeridade processual o prazo mais adequado para a apresentação da contestação. Ou ainda, o caos que seria se os guardas de trânsito pudessem fixar o valor da multa devida para cada infração com base nas circunstâncias do caso concreto, de acordo com o princípio da proporcionalidade<sup>835</sup>.

Assim, observa-se que as regras também cumprem a sua função no sistema jurídico, o qual não pode ser renegado a um segundo plano. Nada obstante, “não são hoje incomuns as decisões judiciais que resolvem controvérsias apelando exclusivamente a princípios abstratos, ignorando solenemente as regras específicas incidentes”<sup>836</sup>. Já foi dito nesse trabalho que, em circunstâncias excepcionais, o aplicador do direito pode afastar a incidência de uma regra por ser incompatível com um princípio jurídico, por meio de uma fundamentação racional consistente. Todavia, o que se discute aqui é a sua mera desconsideração na resolução dos casos concretos, dentro do específico âmbito de incidência da norma<sup>837</sup>. Por essa razão SARMENTO adverte que “o operador do Direito não pode agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, onde lhe coubesse toda a tarefa de concretização, comportando-se como se as regras simplesmente não existissem”<sup>838</sup>. Nesse caso, segundo o próprio autor, há pelo menos o ônus argumentativo do

---

<sup>835</sup> Cf. *Ibidem*, p. 146-147.

<sup>836</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>837</sup> Cf. *Idem*.

<sup>838</sup> *Idem*.

afastamento da regra *a priori* incidente sobre caso concreto, sobe pena de resvalar o aplicador no terreno escorregadio do arbítrio e do decisionismo<sup>839</sup>.

Neste norte, aduz SARMENTO que em um “Estado Democrático de Direito, não só os princípios, mas também as regras devem ser ‘levadas a sério’”<sup>840</sup>, com o propósito de impedir a **carnevalização** da Constituição<sup>841</sup>. Por essa razão, o autor conclui ser “perfeitamente possível postular a força expansiva dos princípios e valores constitucionais, revisitando, à sua luz, as normas e os institutos do ordenamento infraconstitucional, sem resvalar no decisionismo e na demagogia judicial”<sup>842</sup>.

Por derradeiro, calha registrar também os limites do império da lei, pois se reconhece que ela não é capaz de satisfazer todas as demandas éticas da justiça, mas, não se pode olvidar que é uma condição necessária para a sua plena realização<sup>843</sup>. A despeito das críticas apresentadas, a verdade é que “se a autonomia e a liberdade são valores e o direito um ‘mal necessário’, a afirmação do valor da lei se torna uma garantia contra as imposições morais de quem quer que seja”<sup>844</sup>. Afinal de contas, a lei “pode representar uma prescrição da liberdade interpretativa do juiz”<sup>845</sup>, e uma barreira contra a sua interpretação moral. Quiçá, por esta razão, Susanna Pozzollo tenha afirmado que o (neo)constitucionalismo faria um mau negócio sacrificando o método positivista sobre o altar do legalismo<sup>846</sup>.

Afinal, talvez a explicação mais viável para esse fenômeno da teoria constitucional passe mesmo pelo poema de Mário QUINTANA, *Das Utopias*, em que o poeta declara – “se as coisas são inatingíveis...ora! não é motivo para não quere-las...que tristes os caminhos, se não fora a presença distante das estrelas!”. Com efeito, os princípios fazem-nos recordar da busca incessante da utopia pelo coração humano, e da fuga necessária pelos campos da idealização. Nada obstante, como assevera

---

<sup>839</sup> Cf. Idem.

<sup>840</sup> Idem.

<sup>841</sup> Cf. Idem.

<sup>842</sup> Ibidem, p. 147-148.

<sup>843</sup> Cf. LAPORTA, Francisco L. Op. cit., p. 218.

<sup>844</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 103.

<sup>845</sup> Idem.

<sup>846</sup> Cf. POZZOLLO, Susanna. Op. cit., p. 207-208.

SARMENTO deve-se “caminhar, guiando-se pelas estrelas, mas com os pés sempre firmes no chão”<sup>847</sup>.

É nesse contexto democrático, pois, que deve inserir-se o debate a respeito do relacionamento recíproco que deve haver entre a lei e a Constituição, e o papel de cada uma delas na fixação do conteúdo da dignidade humana. Nesse sentido, devem-se descartar visões fundamentalistas e idealistas tanto do papel do constitucionalismo e da filtragem constitucional exercida pela jurisdição, quanto da democracia, encarnada na figura do Legislador altruísta e da função da lei como uma expressão pura da soberania popular. No entanto, parece perfeitamente possível sustentar a necessidade de que a balança penda um pouco mais para o lado da democracia, ao prestar-se especial deferência ao papel do Legislador na sua atribuição de estipular as regras da vida social.

Note-se, todavia, que ao querer-se mais democracia, é preciso ter em mente que jamais existiu uma democracia perfeita, por pelo menos duas razões principais: primeiro, a declaração de que todos os homens nascem livres e iguais é uma falácia, pois, na verdade, os homens apenas aspiram a tornar-se iguais; segundo, os requisitos para uma cidadania democrática fundados na moralidade e racionalidade se restringem a indivíduos idealizados. Logo, a democracia é um ideal-limite, e como tal inatingível. O que se denomina de democracia hoje é apenas um caminho que conduz a ela<sup>848</sup>. Um caminho milhares de vezes interrompido, mas sempre retomado, pois “a democracia é, gostem ou não, o nosso destino”<sup>849</sup>.

---

<sup>847</sup> SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**, p. 148.

<sup>848</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**, p. 421-425.

<sup>849</sup> *Ibidem*, p. 428.

### 3.4 CONCEITOS INDETERMINADOS E O CONTROLE JUDICIAL MAIS RIGOROSO

Em face do que foi exposto no item anterior, resta salientar que apesar das vantagens de se (re)descobrir e (re)valorizar o papel da lei no sistema normativo, esta medida não resolve por completo o problema do voluntarismo e arbítrio do intérprete no momento do julgamento. Isto porque, segundo o próprio HART, o Legislador tem limitações de ordem natural e não pode antecipar o futuro em todas as suas infinitas possibilidades<sup>850</sup>. Por isso, HART apregoava que o direito possui uma **textura aberta**, e que existem áreas de conduta que continuarão a ser desenvolvidas pelos juízes, de acordo com os elementos factuais<sup>851</sup>.

Crê-se, portanto, ainda no plano da dogmática positivista, que os tribunais preenchem uma função criadora de regras na elaboração de padrões variáveis. De tal forma que na perspectiva HARTIANA, os sistemas jurídicos costumam deixar em aberto um vasto campo para o exercício do poder discricionário dos tribunais, a fim de tornarem precisos padrões que antes eram vagos, e resolverem as incertezas da lei – desenvolvendo ou qualificando as regras comunicadas<sup>852</sup>.

Nestes termos, é extenuante de dúvidas que em maior ou menor grau todos os preceitos jurídicos são indeterminados em face da textura aberta do direito. Todavia, as considerações de HART merecem ressalvas, pois não se pode olvidar que esta abertura ou indeterminação do direito comporta variações. Além do que, parece estar superada a compreensão de que a sua indeterminação atribui ao intérprete margens para a discricionariedade, como se procurará demonstrar mais adiante.

A despeito desta perspectiva positivista, SOUZA admite que o Legislador do Estado democrático de direito, na sua tarefa de regular as relações sociais, tem se

---

<sup>850</sup> Cf. HART, Herbert L. A. Op. cit., 141.

<sup>851</sup> Cf. Ibidem, p. 148.

<sup>852</sup> Cf. Idem.

utilizado cada vez mais da técnica legislativa de editar normas gerais e abstratas<sup>853</sup> com enunciados de difícil interpretação e aplicação, tais como **idoneidade, moral pública, ordem pública e valor histórico**, aos quais se dá o nome de **conceitos jurídicos indeterminados**<sup>854</sup>.

Deste modo, já adentrando na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados<sup>855</sup>, tem-se reconhecido que embora existam diversos tipos de conceitos indeterminados presentes no ordenamento jurídico, eles variam muito quanto ao seu **grau de indeterminação**. Pode-se dizer que normalmente eles variam desde um conceito de relativa facilidade de consenso generalizado, até o ponto de ser praticamente impossível alcançar um consenso sobre alguns de seus elementos, haja vista que a sua compreensão está quase sempre associada à bagagem cultural de cada indivíduo<sup>856</sup>. Por esta razão, a expressão **conceitos jurídicos indeterminados** tem sido reservada pela doutrina<sup>857</sup> apenas para aqueles conceitos que se revestem de um **elevado grau de**

---

<sup>853</sup> MORO também observa que os textos normativos estão repletos de normas de caráter vago e aberto, como por exemplo, “mulher honesta”, mencionado no artigo 219 do Código Penal, que descreve o crime de raptio libidinoso. Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?**, p. 15.

<sup>854</sup> Cf. SOUZA, Antônio Francisco de. **“Conceitos indeterminados” no Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 17-18.

<sup>855</sup> Registre-se, neste momento, que esta pesquisa não tem como seu principal desiderato o estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, razão pela qual limita-se a fazer uma sucinta digressão por este campo teórico. Pretende-se apenas contextualizar esta problemática na incidência do postulado da dignidade da pessoa humana. Para um melhor desenvolvimento teórico dos conceitos jurídicos indeterminados, ver: CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y language**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990; ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, 8. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997; GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996; HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1996; JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999; MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdiccional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999; SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 146-159; SOUZA, Antônio Francisco de. **“Conceitos indeterminados” no Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994; WARAT, Luís Alberto. **A definição jurídica: suas técnicas**. Porto Alegre: Atrium, 1997; WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei (temas para uma reformulação)**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. v. 1.

<sup>856</sup> Cf. SOUZA, Antônio Francisco de. Op. cit., p. 23-24.

<sup>857</sup> Por sua ordem, a construção teórica dos conceitos jurídicos indeterminados veio a difundir-se largamente no campo do direito administrativo, por força de expressões do tipo **interesse público, moralidade pública e bem comum**. Todavia, deve-se reconhecer que este ramo do direito

**indeterminação**<sup>858</sup>. Assim, recorrendo-se à célebre lição de Karl ENGLISH, deve-se entender por conceito jurídico indeterminado aquele cujo conteúdo e extensão são em larga escala incertos<sup>859</sup>.

Na realidade, as dificuldades que daí decorrem são basicamente de duas espécies: a correta compreensão do próprio conceito jurídico, e a sua devida aplicação ao caso concreto. SOUZA esclarece que o intérprete diante de um desses conceitos imprecisos, deverá primeiramente compreender o verdadeiro sentido do próprio conceito jurídico, o que já denota muitas dificuldades. Somente depois de depurado o seu conteúdo e amplitude, é que o intérprete deverá empregá-lo na conformação do caso concreto, o que suscita inquietações ainda maiores<sup>860</sup>.

Destarte, tendo em vista as suas distintas aplicações diante de situações específicas, evidencia-se a impossibilidade daqueles conceitos serem determinados mediante avaliação *a priori*<sup>861</sup>. Pois, como leciona JUSTEN FILHO “a função desempenhada pelos conceitos indeterminados exige uma abertura permanente em face da realidade. A indeterminação não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo do mundo real...”<sup>862</sup>.

Em outros termos, significa dizer que o sistema jurídico deixa a encargo do intérprete uma margem de apreciação, interpretação e densificação que somente pode ser apurada em face de cada situação em concreto. Por outra via, esta margem de valoração do intérprete leva parte da doutrina<sup>863</sup> a sustentar que os conceitos jurídicos

---

não é o único a preocupar-se com tal espécie de conceitos. De tal forma que se pode afirmar que não se trata de uma categoria exclusiva do direito administrativo, mas da teoria geral do direito, e do próprio direito constitucional, em última análise. Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 146-148.

<sup>858</sup> SOUZA, Antônio Francisco de. Op. cit., p. 25.

<sup>859</sup> Cf. ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 208.

<sup>860</sup> Cf. SOUZA, Antônio Francisco de. Op. cit., p. 17-18.

<sup>861</sup> Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**, p. 149.

<sup>862</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999. p. 116.

<sup>863</sup> Para uma melhor compreensão dos diversos posicionamentos doutrinários sobre essa temática consultar notas de roda-pé de SOUZA, Antônio Francisco de. Op. cit., p. 20-21.

indeterminados resolvem-se no campo da **discricionariedade**<sup>864</sup>. Todavia, com fundamento em Ehrhardt SOARES, SOUZA adverte que esta corrente mais conservadora da doutrina encontra-se praticamente superada<sup>865</sup>.

Em relação a este tema, SOUZA sustenta que os conceitos indeterminados não atribuem de *per se* discricionariedade ao intérprete, embora possam servir de instrumentos para que isso aconteça. Os conceitos indeterminados, segundo este autor, traduzem apenas um problema de hermenêutica jurídica<sup>866</sup>. Isto porque, como já foi visto, a aplicação concreta de conceitos indeterminados pressupõe duas fases: interpretação do conceito normativo e a sua subsunção<sup>867</sup> ao caso concreto<sup>868</sup>. Ou seja, no momento de interpretar um conceito indeterminado o operador jurídico deverá descobrir o seu verdadeiro significado dentro do respectivo ramo jurídico em que se enquadra, sem que para isso lhe seja facultada qualquer espécie de liberdade. Por sua vez, no momento da subsunção estabelece-se uma conexão entre conduta e os padrões jurídicos, por meio da identificação dos pressupostos de fato e de direito e da ponderação ou valoração desses pressupostos<sup>869</sup>. Ocorre que toda essa operação deve ser clara e transparente com perfeita vinculação à vontade do Legislador<sup>870</sup>.

Corroborando com este entendimento MORO, para quem o intérprete não tem discricionariedade para preencher o significado dessas normas vagas de caráter aberto. Segundo este autor, o jurista deve buscar o significado dessas normas imprecisas, utilizando o texto como ponto de partida e limite da interpretação<sup>871</sup>, além de recorrer

---

<sup>864</sup> Celso Antônio Bandeira de MELLO conceitua **discricionariedade administrativa** como “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48.

<sup>865</sup> Cf. SOUZA, Antônio Francisco de. Op. cit., p. 20.

<sup>866</sup> Cf. Idem.

<sup>867</sup> Segundo o autor essa subsunção processa-se em três subfases não necessariamente cronológicas: “a) identificação dos pressupostos de facto e de direito da decisão; b) ponderação ou valoração dos pressupostos; c) subsunção em sentido estrito (decisão)”. SOUZA, Antônio Francisco de. Op. cit., p. 190.

<sup>868</sup> Cf. Ibidem, p. 189-190.

<sup>869</sup> Cf. Ibidem, p. 192-194.

<sup>870</sup> Cf. Ibidem, p. 192-195.

<sup>871</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?**, p. 15-17.

“a argumentos válidos e convincentes, ainda que não-textuais, buscando o significado de tal expressão para a comunidade”<sup>872</sup>.

Como se vê, a doutrina hodierna tende a separar a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados da teoria da discricionariedade. Nesta mesma linha, Eduardo García de ENTERRÍA assevera que a discricionariedade é uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente válidas, fundada em critérios extrajurídicos. Ao passo que a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados é um típico caso de interpretação e aplicação da lei<sup>873</sup>. Para este autor:

La aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una unidad de solución justa en cada caso<sup>874</sup>.

Desta forma, pode-se afirmar que a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados pressupõe apenas uma solução justa para cada caso concreto. Seguindo essa mesma trilha, Eros Roberto GRAU sustenta que a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados nada tem a ver com a técnica da discricionariedade. Isto porque a primeira enseja interpretação e é baseada em juízos de legalidade a partir da solução mais justa e adequada para cada caso. Enquanto que a segunda, enseja liberdade de escolha e é baseada na pluralidade de opções legítimas no momento da aplicação, que permite recurso a critérios extrajurídicos<sup>875</sup>.

Nada obstante, a afirmação de que os conceitos jurídicos indeterminados se prestam para apenas uma solução justa em cada caso, não resolve o problema hermenêutico do operador do direito<sup>876</sup>. Pois, neste caso, dúvidas consistentes emergem de cada situação específica, como parece sugerir Hartmut MAURER:

---

<sup>872</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>873</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, 8. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 450.

<sup>874</sup> Ibidem, p. 449.

<sup>875</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 148-149.

<sup>876</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**, p. 152-153.

A interpretação e aplicação de tais conceitos jurídicos indeterminados pode encontrar dificuldades e dúvidas consideráveis. (...) Em si, pode existir somente uma resposta acertada. O solicitador ou é confiável ou não é. Não podem ambas, na perspectiva jurídica, ser corretas simultaneamente, pois deve existir apenas uma decisão correta. Porém, é duvidoso, nesses casos limites, o que é correto. O problema do conceito jurídico indeterminado situa-se no âmbito da compreensão. A aplicação desses conceitos no caso particular requer uma valoração e, muitas vezes, também uma prognose do futuro. Isso, outra vez, somente é possível se pontos de vista, em parte, muito diferentes, são considerados, avaliados e ponderados reciprocamente. A decisão, em si, única conforme o Direito, nem sempre se deixa determinar inequivocamente<sup>877</sup>.

No que pese as dificuldades inerentes ao processo de compreensão e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não se pode esquecer a lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO, de que as palavras possuem um significado, e mesmo quando vago, deve possuir um conteúdo mínimo indiscutível<sup>878</sup>. E, complementa ao afirmar que “de qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrangida. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas”<sup>879</sup>.

Sem embargo, seguindo o raciocínio de CARRIÓ, se é verdade que os conceitos jurídicos, apesar da sua indeterminação, possuem um campo de **certeza positiva** (o que é) e **negativa** (o que não é), também não se pode duvidar que em certos casos estes conceitos permaneçam em uma grande **zona cinzenta** de penumbra e incerteza<sup>880</sup>.

Assim, como é fácil perceber, embora os conceitos jurídicos indeterminados possuam um campo nuclear de precisão terminológica, suas zonas periféricas podem gerar insegurança jurídica no momento da aplicação do direito. Por essa razão, no que tange à legitimação para dizer a última palavra sobre a interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados, na área do direito administrativo, SOUZA apresenta como um dos argumentos contra um controle jurisdicional mais profundo desses conceitos, a legitimidade democrática da Administração. Como se sabe, os agentes

---

<sup>877</sup> MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 55.

<sup>878</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 29.

<sup>879</sup> Idem.

<sup>880</sup> Cf. CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y language**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 32.

políticos são eleitos democraticamente, e possuem o aval popular, enquanto que os membros do Judiciário carecem dessa prerrogativa. No entanto, o autor entende ser possível auferir legitimidade para um controle jurisdicional profundo dos conceitos legais indeterminados, desde que o juiz exerça o seu controle até o limite dos elementos de que dispõe<sup>881</sup>. Isto porque “a interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados, ao apontar para uma única decisão justa, é uma atividade vinculada de mero reconhecimento de uma realidade existente e, assim, uma atividade vinculada”<sup>882</sup>.

Note-se, que depois de reconhecer que a interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados pela Administração é uma atividade vinculada, e, portanto, sujeita ao controle da jurisdição, SOUZA passa a estabelecer alguns critérios gerais para o adequado exercício do controle desse último órgão. De início, estatui que o juiz tem a obrigação legal de valer-se de todos os recursos para descobrir a única decisão certa<sup>883</sup>. E, para alcançar tal objetivo apresenta alguns elementos que podem contribuir para a interpretação e aplicação desses conceitos: i) sustentabilidade da decisão, no sentido de que a decisão não pode ser insustentável; ii) o erro manifesto de apreciação, segundo o qual evidenciam-se os erros grosseiros, graves ou flagrantes; iii) princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, que invalida uma decisão “desproporcional”; iv) direitos fundamentais em geral, pois a sua limitação só é admitida nos termos da lei, e não podem ser reduzidos aquém do seu núcleo essencial; v) princípios gerais de direito e princípios gerais de valoração, também servem como limite à apreciação do intérprete; vi) princípio da igualdade e da imparcialidade, como limite à ponderação subjetiva; vii) autovinculação da Administração (leia-se, aqui, Justiça), no sentido de que uma decisão anterior com os mesmos suportes de fato e de direito, vinculam as decisões futuras; viii) opinião média da sociedade, ou seja, a vinculação da interpretação ao senso comum da sociedade; ix) juízos de experiência comum, que fundamenta-se na experiência de vida ou profissional do intérprete; x) juízos da experiência ou do conhecimento técnico, segundo o qual a interpretação e

---

<sup>881</sup> Cf. SOUZA, Antônio Francisco de. Op. cit., p. 192-203, 208.

<sup>882</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>883</sup> Cf. Ibidem, p. 224.

aplicação do conceito indeterminado será determinado após a consulta de profissionais especializados<sup>884</sup>.

Com base em todas estas premissas, percebe-se que grande parte da dificuldade da doutrina em determinar o que seja o preceito da dignidade humana<sup>885</sup>, decorre do fato dessa categoria configurar um conceito jurídico indeterminado. Assim, em face da conexão existente entre aquele e este, admite-se uma certa margem de apreciação ao intérprete no momento da densificação daquele postulado em cada situação específica. Todavia, como já foi explicitado, isto não significa que haja margem de discricionariedade no momento do julgamento.

Em síntese apertada, pode-se dizer que a dignidade humana é um conceito jurídico indeterminado que não atribui ao intérprete margem para discricionariedade. Isto porque não há liberdade para valorar aquele preceito segundo razões de conveniência ou oportunidade, existe apenas uma margem de apreciação que possibilita encontrar a única solução justa para aquela situação concreta.

Presume-se, por certo, que a dignidade humana compreende zonas de certeza positiva, daquilo que indubitavelmente compreende o seu conteúdo. Por outra via, seu elemento constitutivo também é formado por zonas de certeza negativa, daquilo que invariavelmente é incompatível com o seu significado. Afora isso, no seu campo mais cinzento de incerteza, exigem-se do intérprete maior precaução e cautela na utilização dos mecanismos de racionalização do direito (sustentabilidade, ponderação, razoabilidade, senso comum, etc.). Pois, se é certo que a sua aplicação está sujeita ao controle jurisdicional, também é certo que esse controle deve limitar-se aos elementos jurídicos disponíveis, sem perder de vista a legitimidade popular dos membros do Parlamento e da Administração.

Com tais pressupostos é forçoso concluir que a interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados é uma atividade vinculada e sujeita ao controle da

---

<sup>884</sup> Cf. *Ibidem*, p. 226-234.

<sup>885</sup> Segundo SOUZA a expressão “indigno” poderia ser classificada como um “conceito normativo de valor”, pois não possui uma conexão apenas com o jurídico, mas também com o mundo dos valores. Por analogia, pode-se concluir que a compreensão de “dignidade” só poderia ser determinada com base numa valoração, o que implicaria diversas complicações. Cf. SOUZA, Antônio Francisco de. *Op. cit.*, p. 26.

jurisdição. É por esta razão que SOUZA sustenta que os tribunais devem fixar “paulatinamente mas de forma clara e segura, uma linha de orientação jurisprudencial da qual resultará maior certeza e segurança em benefício, em primeiro lugar, do cidadão, mas também da Administração e do próprio tribunal”<sup>886</sup>. Dessa forma, a jurisprudência poderia ou deveria clarificar o conteúdo dos conceitos indeterminados, “estabelecendo limites e critérios de aplicação geral, confrontando-os com os princípios e valores superiores do nosso Estado de direito, confrontando-os com os direitos fundamentais em conflito”<sup>887</sup>.

Sem embargos, ao sustentar-se a deferência aos atos do Legislativo, e vincular a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados ao texto normativo, faz-se necessário antecipar uma eventual crítica de que esta é uma visão Liberal, que reduz os direitos fundamentais à sua dimensão clássica jurídico-subjetiva. Por conta disto, aqui cumpre fazer um esclarecimento de ordem histórica, pois segundo GRIMM, os críticos acusam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais pela elevada dose de discricionariedade na interpretação desses direitos, pela perda da racionalidade na atividade jurisdicional, e ainda como uma causa decisiva para a usurpação das competências políticas pelos tribunais. Por isso, os críticos acreditam que a compreensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais teria que pagar um preço muito alto, desde o ponto de vista jurídico e democrático. Daí essa corrente sustentar um retorno à sua função clássica puramente jurídico-subjetiva e negativa<sup>888</sup>, afastando-se do conteúdo jurídico-objetivo<sup>889</sup>.

Noutro viés, GRIMM questiona se a função clássica dos direitos fundamentais restringir-se-ia realmente à sua compreensão jurídico-subjetiva e negativa, no sentido

---

<sup>886</sup> Ibidem, p. 238.

<sup>887</sup> Idem.

<sup>888</sup> De acordo com GRIMM “en su significado negativo, los derechos fundamentales se ajustan a la defensa contra intervenciones: una intervención (así es como se define) presupone siempre un hacer por parte del Estado”. GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos; Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006. p. 168. Por sua vez, “sucede lo contrario en aquellos problemas que han reactivado la función jurídico-objetiva de los derechos fundamentales: de modo característico, la inactividad estatal allí donde la actividad estuviera impuesta en interés de la libertad jurídico-material”. Idem.

<sup>889</sup> Cf. Ibidem, p. 156-157.

de servirem como direitos de defesa frente às intervenções do Estado<sup>890</sup>. Para elucidar esse dogma, o autor esclarece que devido às peculiaridades da revolução americana, a função originária dos direitos fundamentais pode, de fato, ser associada a direitos de defesa frente à intervenção do Estado, pois já no século XVIII as colônias americanas desfrutavam de uma ordem social consideravelmente liberal. Mas, o cenário da revolução francesa se dá em terreno oposto, de tal forma que a transferência do poder político para as mãos da burguesia serviu apenas como um meio para a reforma da ordem social, segundo os ideais da liberdade e igualdade<sup>891</sup>.

Assim, na França revolucionária os direitos fundamentais fizeram às vezes de “princípios supremos conductores del orden social, llamados a dar firmeza y continuidad a la trabajosa y complicada reforma del derecho”<sup>892</sup>. Ressalte-se, dessa forma, que nesse contexto, os direitos fundamentais apresentavam evidente conteúdo transformador da ordem social, servindo como vetores para o Legislador conformar o ordenamento jurídico segundo os seus preceitos – **liberdade e igualdade**. Somente depois de concluída essa transformação da ordem social, é que os direitos fundamentais passaram a desempenhar sua função negativa<sup>893</sup>. O autor ainda sugere que na Alemanha, os direitos fundamentais teriam seguido um caminho semelhante, servindo originalmente como condutores da efetivação da liberdade prometida no ordenamento jurídico, para somente em um segundo momento histórico serem reduzidos à sua função negativa, “que hoy se hace pasar por clásica”<sup>894</sup>.

Segundo GRIMM, esse desenvolvimento das diferentes funções dos direitos fundamentais estava previsto “en la lógica del liberalismo, de cuya ideología brotaran los derechos fundamentales. Una vez establecidas jurídicamente la libertad y la igualdad, ambas debían producir de forma automática la prosperidad y la justicia mediante el mecanismo del mercado”<sup>895</sup>.

---

<sup>890</sup> Cf. Ibidem, p. 157.

<sup>891</sup> Cf. Ibidem, p. 158-159.

<sup>892</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>893</sup> Cf. Ibidem, p. 159-160.

<sup>894</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>895</sup> Idem.

Note-se, que a (re)invenção da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais dá-se a partir da comprovação histórica do fracasso da premissa liberal, segundo o qual a liberdade jurídica formal, sem a intervenção do Estado, asseguraria a prosperidade e a justiça<sup>896</sup>. De fato, a realidade histórica demonstrou que os direitos fundamentais em sua dimensão negativa somente produzem seus efeitos em um cenário de igualdade de condições, pois, em situação de desequilíbrio social, essa liberdade formal apenas privilegia os direitos dos mais fortes<sup>897</sup>. Dessa forma, cumpre salientar que:

El mandato de los derechos fundamentales se dirige en primer lugar al legislador, que ha de distribuir los recursos y llevar a cabo la compensación de intereses allí donde ésta no se ajusta por la autonomía privada. Pero, en segundo lugar, se incluye igualmente aquella aplicación del derecho que tiene que conceder una prestación (deducida necesariamente de los derechos fundamentales) incluso en ausencia de una ley que fundamente la pretensión, del mismo modo que en toda interpretación del derecho privado que pretenda restringir algún derecho fundamental ha de tenerse en cuenta la importancia de éste<sup>898</sup>.

Não cabe dúvida, portanto, que se mediante a perspectiva liberal o Estado podia limitar-se a preservar a ordem social, no Estado moderno lhe compete o papel de promover ativamente a prosperidade e justiça. Assim, “se observa una constante expansión de la reserva de la ley”<sup>899</sup>. No entanto, se observa que a lei só exerce de forma limitada a função de “orientação democrática de la Administración, de previsibilidad y control, característico del Estado de derecho”<sup>900</sup>. Segundo GRIMM, a intervenção da moderna atividade estatal esta regulada apenas de forma parcialmente previsível, em termos de fatos e conseqüências jurídicas. Pois, atualmente predomina um tipo normativo diferente das regras, que estabelecem objetivos e deixam abertos tanto o fim como os meios para realizá-los. O resultado é que a Administração não pode antecipar a sua atividade em um programa normativo, mas estabelece-se um processo administrativo de decisão<sup>901</sup>. Dessa forma, “las leyes dejan un déficit de protección material de los derechos fundamentales que sólo es posible compensar

---

<sup>896</sup> Cf. Ibidem, p. 161.

<sup>897</sup> Cf. Ibidem, p. 162-163.

<sup>898</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>899</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>900</sup> Idem.

<sup>901</sup> Cf. Ibidem, p. 166-167.

procedimentalizando la protección de aquéllos y trasladando ésta al procedimiento administrativo de decisión”<sup>902</sup>. O resultado é uma expansão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a todo o procedimento administrativo, que pode trazer prejuízos a eles. Essa expansão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais emana de uma necessidade de realizar a liberdade individual e o dever de proteção, pois compreende o elemento dinâmico do ordenamento jurídico que se ajusta às circunstâncias dos casos concretos. Contudo, GRIMM observa que:

Todos los otros componentes jurídico-objetivos de los derechos fundamentales no representan sino acuñaciones particulares del deber de protección, el cual obliga primariamente al legislador sin que necesariamente haya de corresponderle una habilitación subjetiva. El legislador cumple con el deber de protección, en función de la situación de amenaza, mediante el derecho material, es decir, derecho regulativo o derecho prestacional, o mediante el derecho procedimental, esto es, derecho organizativo o procesal. No obstante, en casos extremos el deber jurídico-objetivo de actuación del legislador puede condensarse en pretensiones jurídico-subjetivas, que se cumplen de manera directa a través de la Administración y los tribunales de justicia<sup>903</sup>.

Em face do que foi exposto, o autor em tela explicita que parece não haver outra saída senão “limitar la protección de los derechos fundamentales a los casos de menor importancia o conformarse con pérdidas de racionalidad o de seguridad jurídica”<sup>904</sup>. No entanto, GRIMM parece acenar em outro sentido, segundo o qual:

Podría encontrarse una salida limitando la sentencia judicial a la constatación del deber estatal de actuación y dejando al legislador el modo de cumplirlo; no obstante, habría aquí una reducción precipitada del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales. Éstos tampoco están, como principios objetivos, plenamente vacíos de contenido. No se limitan a reclamar que algo ocurra, más bien proporcionan la dirección de la actividad estatal y encierran un mínimo de contenido objetivo.(...)

La ley, al positivizar directamente dicho mínimo indispensable, actúa de modo no constitutivo, sino declaratorio. De lo que se sigue que, en caso de omisión del legislador, la Administración o los tribunales de justicia han de conceder directamente el mínimo de los derechos fundamentales. Ciertamente están, además, limitados de modo estricto a ese mínimo; la justificación de pretensiones que lo excedan corresponde sólo al legislador. Esto no puede ya ser de otra manera porque las prestaciones, al contrario que la omisión, son escasas y el establecimiento de prioridades en el reparto de recursos en condiciones de escasez no está ya señalado por los derechos fundamentales<sup>905</sup>.

---

<sup>902</sup> Ibidem, p. 167.

<sup>903</sup> Idem.

<sup>904</sup> Ibidem, p. 170-171.

<sup>905</sup> Ibidem, p. 172-173.

Dito de outra maneira, a tarefa dos direitos fundamentais compreende em estabelecer um mínimo imprescindível para sua realização concreta, que serve, por sua vez, como limite da atividade de interpretação dos seus elementos jurídico-objetivos, bem como dos limites de competência entre a política e a justiça<sup>906</sup>. Segundo esta ótica, GRIMM esclarece que “esto reduciría al mínimo el riesgo de discrecionalidad en la interpretación”<sup>907</sup>.

Parece evidente, pois, que dessa forma a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais manter-se-ia aberta para as mudanças sociais, segundo o primado da pluralidade política democrática. Assim, de fora esse elemento mínimo constitutivo dos direitos fundamentais, o restante do seu conteúdo deveria ser determinado por meio de uma decisão política, representativa dos anseios populares, de acordo com a concepção liberal esgrimida, comprometida com a transformação social, por meio de leis intervencionistas.

Ora, ao propugnar-se pela redução da atividade jurisdicional ao mínimo do elemento constitutivo dos direitos fundamentais, deixando o restante do seu espaço para a deliberação legislativa, por certo não se está a sustentar que a função do juiz seja menos nobre. Pois, mesmo diante da preeminência política do Poder Legislativo, o juiz continua a desempenhar um papel de destaque no Estado democrático de direito, como guardião dos direitos fundamentais. Sua independência é igualmente necessária para contrapor as tendências populistas do Parlamento, pois não se admite um juiz PILATOS que decide de forma contrária às evidências dos autos, simplesmente para saciar a paixão das multidões<sup>908</sup>.

Nesse sentido, já anotava HAMILTON, no *Federalista* 78, que a independência dos juízes é necessária para a defesa da Constituição e dos direitos

---

<sup>906</sup> Cf. *Ibidem*, p. 173.

<sup>907</sup> *Idem*.

<sup>908</sup> Pôncio PILATOS foi governador romano da Judéia, de 26-36 d.C., conhecido por suas convicções anti-semitas. Na audiência pública do julgamento de Jesus de NAZARÉ, após ter tentado livrar o acusado da ignominiosa morte na cruz, finalmente cedeu aos apelos da multidão conforme relata o registro de MATEUS – “Então Pilatos, vendo que nada aproveitava, antes o tumulto crescia, tomando água, lavou as mãos diante da multidão, dizendo: Estou inocente do sangue deste justo, Considerai isso. (...) Então soltou-lhes Barrabás, e, tendo mandado açoitar a Jesus, entregou-o para ser crucificado”. MATEUS. In: **BÍBLIA Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995. Cap. 27, vers. 24, 26.

individuais contra as perturbações e influências de determinadas conjunturas, que, por vezes, ludibriam o povo, embora esse possa rapidamente mudar de opinião após ser mais bem informado e refletir um pouco mais. No entanto, não se desconhece que essas situações de comoção social, tendem a provocar alterações perigosas no governo e graves ameaças às minorias da sociedade<sup>909</sup>. Por isso HAMILTON declarou que “é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão, por parte dos juizes, para cumprirem seus deveres como fiéis guardiões da Constituição, se as invasões do Legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade”<sup>910</sup>.

Nada obstante, HAMILTON declarou que o poder do Judiciário de declarar nulos os atos do Legislativo contrários à Constituição, é uma decorrência natural da autoridade delegada dos representantes, que não podem extrapolar os limites fixados para a sua atuação<sup>911</sup>. Afinal, adverte que “esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo”<sup>912</sup>. Quer dizer, tão somente, que o poder do povo é superior a ambos os poderes, e que sempre que a vontade do Legislativo (expressa em leis) se opuser à do povo, declarada na Constituição, é dever dos juizes fazer valer o que ela determina<sup>913</sup>.

Em todo caso, HAMILTON também não ignorava o risco dos juizes virem a fazer valorações políticas de ordem pessoal, procurando modificar as intenções do Legislador a seu “bel-prazer”<sup>914</sup>. Por conta disso, declarou que se os juizes “tentarem substituir ‘juízo’ por ‘vontade’, as conseqüências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos Legisladores. Se tal procedimento fosse válido, não seria, necessário que os juizes deixassem de pertencer ao Poder Legislativo”<sup>915</sup>.

Neste norte, por derradeiro, resta salientar que o papel da lei como fonte primária da aplicação jurídica, não justifica a sua insubordinação em relação à Constituição, tampouco a sua indiferença em relação à sua materialidade. Não se

---

<sup>909</sup> Cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. Op. cit., p. 579-580.

<sup>910</sup> Ibidem, p. 580.

<sup>911</sup> Cf. Ibidem, p. 577-578.

<sup>912</sup> Ibidem, p. 578.

<sup>913</sup> Cf. Ibidem, p. 578-579.

<sup>914</sup> Cf. Ibidem, p. 579.

<sup>915</sup> Idem.

ignora o fato de que, por vezes, a atividade legislativa viola o texto da Constituição. Por isso, sublinhe-se que a (re)invenção da lei no sistema jurídico, passa pela compreensão de que ela “não é um ato livre dentro da Constituição; é um ato, positiva e negativamente determinado pela lei fundamental”<sup>916</sup>. Nunca é demais relembrar a lição de que a idéia de vinculação constitucional, no Estado moderno, compreende todos os poderes e funções do Estado. Portanto, é justamente ao se determinar o conteúdo e extensão desta vinculação jurídico-constitucional é que se levantam os problemas mais complexos<sup>917</sup>.

Entretanto, o que não se pode perder de vista é que a presunção é de constitucionalidade das leis, e não o contrário, e que essa presunção deve prevalecer a menos que haja afronta clara a dispositivo da Constituição, ou esteja presente uma das hipóteses que autorizam um exame judicial mais rigoroso<sup>918</sup>. Daí a preocupação de MORO ao afirmar que o julgador deve dar especial deferência ao ato Legislativo<sup>919</sup>, no sentido de que este “não deve substituir a interpretação da Constituição realizada pelo Parlamento pela sua própria, a não ser que reúna argumentos substanciais no sentido de que a primeira estaria equivocada”<sup>920</sup>, o que, diga-se de passagem, é muito difícil, especialmente em se tratando de normas vagas e abertas<sup>921</sup>.

Quiçá, por essa razão, MORO esclarece que existem hipóteses em que o conteúdo da lei justifica um exame judicial mais rigoroso, a partir do que o intérprete deve encarar o ato normativo com desconfiança e exigir ampla demonstração de interesse público imperioso que fundamente a opção legislativa<sup>922</sup>. Em linhas gerais, pode-se afirmar que se autoriza o afastamento da presunção de constitucionalidade da lei, “sempre que for possível presumir que o processo político democrático, em virtude de suas deficiências, não tem condições de impedir a tomada de decisões injustas ou

---

<sup>916</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 244.

<sup>917</sup> Cf. *Ibidem*, p. 248.

<sup>918</sup> Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?**, p. 55.

<sup>919</sup> Aqui o autor esclarece que mesmo o ato Legislativo democrático deve passar pelo crivo do princípio da razoabilidade, nas suas três fases: subprincípio da adequação; subprincípio da necessidade; e subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Cf. *Ibidem*, p. 55-56.

<sup>920</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>921</sup> Cf. *Idem*.

<sup>922</sup> Cf. *Ibidem*, p. 57.

indesejáveis”<sup>923</sup>. Dessa forma, pode-se afirmar que a política de deferência judicial deve ter como referência o processo político democrático. Uma vez constatada quaisquer deficiências nesse modelo convencional, que dificulte a tomada de decisão pelo Parlamento, deve entrar em cena um controle de constitucionalidade mais atuante.

Nessa mesma linha, o autor enumera quatro hipóteses específicas que podem ser indícios de um processo político democrático deficitário, e, por conseguinte autorizam o exame judicial mais rigoroso: i) tratamento desfavorável a minorias; ii) tratamento mais favorável a grupos de acentuada influência política; iii) restrições a direitos sociais; iv) legislação restritiva da liberdade de expressão e do acesso à informação<sup>924</sup>.

Em primeiro lugar, o autor destaca o princípio da igualdade como corolário de um processo político democrático capaz de favorecer todos os membros da comunidade, e não somente os grupos que controlam o governo<sup>925</sup>. Daí a hipótese do tratamento desfavorável a minorias justificar o exame judicial mais rigoroso, pois “qualquer distinção legislativa que opere em detrimento de minorias ou de grupos que tenham dificuldades para participar no processo político deve ser submetida a exame da espécie”<sup>926</sup>.

O princípio da igualdade também serve de fundamento para a segunda hipótese que autoriza o exame judicial mais severo, pois a partir de sua leitura pode torna-se inaceitável o tratamento mais favorável a grupos de acentuada influência política. Sabe-se que o Parlamento possui uma composição heterogênea, representativa de diversos grupos sociais, muitos deles poderosos, por isso “coibir-se-ão atos legislativos destinados ao favorecimento ilegítimo de categorias influentes junto ao Congresso Nacional”<sup>927</sup>.

Como terceira hipótese que autoriza o exame judicial mais rigoroso, o autor apresenta as restrições a direitos sociais. Isto porque a realidade sócio-econômica do país constitui importante barreira para participação de parcela significativa da sociedade

---

<sup>923</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>924</sup> Cf. Ibidem, p. 71-88.

<sup>925</sup> Cf. Ibidem, p. 71.

<sup>926</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>927</sup> Ibidem, p. 74.

no processo político democrático, além do que a Constituição Federal de 1988 constitui um projeto emancipatório da sociedade brasileira. Neste ponto, o autor explicita que a realização desses direitos sociais está condicionada à reserva do possível, que requer a presença de determinadas condições objetivas, que não podem ser supridas pelos órgãos judiciais<sup>928</sup>. No entanto, adverte que “se a norma de direito fundamental possui densidade suficiente, sua eficácia não pode ser restringida sob o argumento de que se tem de atender à reserva do possível”<sup>929</sup>. Assim, a legislação concretizadora dos direitos sociais e econômicos, que vise restringir de qualquer forma esses direitos deve ser tida como suspeita e submeter-se ao crivo judicial, pois são as parcelas mais carentes da população, com limitada representação política, que costumam ser prejudicadas por ela<sup>930</sup>.

A quarta e última hipótese que autoriza o exame judicial mais severo é a legislação restritiva da liberdade de expressão e do acesso à informação, a fim de que todas as opiniões sejam valorizadas, e amplie-se o espaço público de debate. Esse último item parece ser ainda mais significativo no cenário brasileiro, onde existem estreitos laços entre o poder político e os meios de comunicação, e estes costumam estar concentrados nas mãos de uns poucos titulares<sup>931</sup>.

Registre-se, ainda, que em caso de ocorrência de quaisquer dessas hipóteses listadas pelo autor, afasta-se de imediato a presunção de constitucionalidade da lei, exigindo-se a comprovação de interesse público imperioso para a concessão do benefício<sup>932</sup>. Nesses casos, é necessário demonstrar que os objetivos propostos pela lei não poderiam ser alcançados com outras medidas ou, ainda, com medidas menos gravosas<sup>933</sup>.

Dessa forma, cumpre assinalar que embora a lei tenha perdido o prestígio que desfrutou em séculos passados, ainda é fruto de um Parlamento que reclama legitimidade popular. Por essa razão, seria razoável reservar a esse órgão a formulação

---

<sup>928</sup> Cf. *Ibidem*, p. 77-78.

<sup>929</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>930</sup> Cf. *Ibidem*, p. 79-80.

<sup>931</sup> Cf. *Ibidem*, p. 81-82.

<sup>932</sup> Cf. *Ibidem*, p. 74.

<sup>933</sup> Cf. *Ibidem*, p. 80.

das políticas públicas básicas, por força da sua responsabilidade democrática<sup>934</sup>. Daí MORO asseverar que “os juízes não devem impedir o povo de governar a si mesmo. O julgador, no exercício do controle de constitucionalidade, deve deferir especial deferência aos atos do Poder Legislativo, devido à legitimação democrática deste órgão”<sup>935</sup>. Por óbvio, que essa deferência aos atos do Parlamento, não se equivale à relevação da inconstitucionalidade, apenas sugere que a *judicial review* “deve ser exercido com extrema cautela, deixando o julgador de proferir a declaração de inconstitucionalidade quando não estiver seguro de seu juízo”<sup>936</sup>.

No que diz respeito ao papel da jurisdição constitucional no Estado democrático de direito, BINENBOJM esclarece que:

No moderno Estado Democrático de Direito, busca-se a compatibilização do ideal rousseauiano de um “governo de leis” – expressão da vontade geral – com a plataforma liberal, apropriada pelo constitucionalismo, de limitação do poder político. Eis a configuração, em certa medida utópica, do projeto constitucionalista: erigir um governo que respeite, a um só tempo, a soberania popular, expressa pela regra da maioria, e os princípios consagrados na Constituição.

À jurisdição constitucional compete realizar tal projeto, atuando como árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas. Embora a jurisdição constitucional se apresente como uma instância de poder contramajoritário, situado no limite entre o jurídico e o político, sua missão será a de intervir a *favor* e não contra a democracia<sup>937</sup>.

Dessa forma, BINENBOJM estabelece a necessidade de que as decisões da jurisdição constitucional sejam expostas ao debate público amplo, pois a discussão teria um potencial racionalizador e legitimador das decisões<sup>938</sup>. Todavia, como esclarece o autor, há ainda quem entenda os tribunais constitucionais como “*atavismo platônico*, uma versão revivida *da República de reis-filósofos*, produto da patética esperança humana de que, um dia, a verdade e o saber prevalecerão sobre o poder”<sup>939</sup>. Por conta disso, acrescenta o autor que “a questão da legitimidade democrática dos

---

<sup>934</sup> Cf. *Ibidem*, p. 53.

<sup>935</sup> *Idem*.

<sup>936</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>937</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 9-10.

<sup>938</sup> Cf. *Ibidem*, p. 115-116.

<sup>939</sup> *Ibidem*, p. 119-120.

Tribunais Constitucionais, provavelmente, nunca deixará de inscrever-se entre as aporias recorrentes da filosofia política e da doutrina constitucional”<sup>940</sup>.

Aqui, convém recordar, sumariamente, que em sua obra *A república*, PLATÃO descreve o que ele considera uma república ideal, formada por três classes de pessoas: os governantes-filósofos, os guerreiros, e os que se dedicam aos trabalhos produtivos. Apesar de cada classe dever especializar-se na sua área, sem intrometer-se no ofício dos demais, sobressai-se a função dos governantes-filósofos sob as demais classes, pois nas palavras de PLATÃO: “os males do Estado e dos cidadãos somente serão extintos quando os filósofos detiverem o poder”<sup>941</sup>.

Daí a crítica de que num contexto democrático, o papel do juiz não pode ser equiparado à do rei-filósofo, que sabe todas as coisas e é superior aos demais membros da sociedade, pois o controle da democracia deve ser entregue ao povo. Ao invés do juiz de hoje ser o padre de ontem, ou o rei-filósofo de PLATÃO, deve passar a ser uma antena que capta os anseios populares, e legitima as suas decisões por meio do discurso racional controlado pela abertura do diálogo com a sociedade.

Com efeito, no exercício da sua atividade jurisdicional deve-se reconhecer que o juiz não é o salvador da pátria (o rei-filósofo), nem deve ser encarado como o protagonista principal do processo de transformação social, embora também desempenhe um papel nesse sentido. Enfim, deve-se ter cautela para não se depositar todas as esperanças no Poder Judiciário como numa utopia platônica, em virtude da desilusão do povo com relação ao poder transformador das urnas<sup>942</sup>. Ademais, nunca é demais lembrar a lição de FISHER, de que “a corte não é a Constituição”<sup>943</sup>.

---

<sup>940</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>941</sup> PLATÃO. *A república*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Livro VI, p. 212.

<sup>942</sup> Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da constituição, democracia e igualdade**, p. 61.

<sup>943</sup> FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 276. Citação original: “*the court is not the Constitution*”.

### 3.5 CRITÉRIOS PARA UMA COMPREENSÃO DEMOCRÁTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A esta altura, cumpre perguntar: é correto o acesso direto ao princípio da dignidade da pessoa humana para resolver qualquer problema jurídico? Este questionamento remete ao problema que exsurge entre constitucionalismo e democracia, pois o acesso direto e irrestrito àquele princípio em todas as circunstâncias parece trazer prejuízos a esta última, haja vista que sua densificação ficaria adstrita ao âmbito da figura monocrática do juiz. Daí que uma adequada aplicação deste princípio, implica uma equilibrada fusão entre aqueles dois valores, pois os critérios a serem estabelecidos para a sua aplicação, devem pautar-se pela lógica da relação harmoniosa entre os poderes da República.

Nessa linha, BARCELLOS parece fazer uma importante contribuição dogmática sobre a matéria. Isto porque para essa autora uma Constituição democrática procura realizar, pelo menos, dois grandes valores: assegurar um consenso mínimo e garantir o pluralismo político. O consenso mínimo serviria para garantir um mínimo de direitos aos indivíduos, por meio do poder constituinte originário<sup>944</sup>. De outro lado, o pluralismo político, visaria assegurar a abertura do sistema e o exercício democrático, de modo que a comunidade pudesse decidir os rumos a serem tomados, a cada momento histórico<sup>945</sup>. Nesta perspectiva, parece evidente que o consenso mínimo limitaria o pluralismo político na sua esfera de atuação, e vice-versa.

Este esclarecimento é importante porque parece que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se presente tanto no primeiro, como no segundo valor supracitado, razão pela qual a zona cinzenta de maior indeterminação terminológica daquele princípio deveria ser preenchida pela deliberação democrática. Assim, não

---

<sup>944</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 249.

<sup>945</sup> Cf. *Ibidem*, p. 250.

caberia ao Poder Judiciário fixar um conteúdo fechado e completo daquele conceito, porque esse espaço estaria reservado ao pluralismo político e à democracia<sup>946</sup>.

Nessa esfera política democrática, o princípio da dignidade da pessoa humana serviria apenas como uma barreira de contenção capaz de obstar ações políticas que a restringissem ou violassem, além de funcionar como um imperativo interpretativo, por meio dos quais os atos do Poder Público deveriam ser interpretados<sup>947</sup>.

De outra banda, como se afirmou anteriormente, uma fração da dignidade da pessoa humana atuaria na esfera do consenso mínimo, e aqui residiria a sua eficácia jurídica positiva e o caráter de regra do princípio. Significa dizer que a não realização desse mínimo compreendido na Constituição constituiria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na base do *all or nothing*, podendo-se exigir judicialmente a prestação que lhe corresponde<sup>948</sup>.

Em face disso, pode-se afirmar que para BARCELLOS o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana compreende duas partes, uma interna e outra externa. Na parte interna encontra-se o mínimo da dignidade, que é uma decisão fundamental do poder constituinte originário e que não pode ser alterado ou violado. De outro lado, a parte externa do princípio poderá ser desenvolvida por meio da deliberação política, de acordo com a concepção prevalente em cada momento histórico e de acordo com o arbítrio do povo<sup>949</sup>.

Como se vê, parece que essa teoria da autora contribui de alguma forma para a reconciliação da democracia com o direito, propugnada por NINO<sup>950</sup>, haja vista que a principal causa dessa tensão, resulta da tentativa dos órgãos judiciais preencherem todo o conteúdo da dignidade humana, não deixando espaço para a deliberação popular. Ocorre que ao assim proceder, fortalece-se o constitucionalismo em detrimento da democracia<sup>951</sup>. Aqui, vale repetir a lição de que a democracia moderna

---

<sup>946</sup> Cf. *Ibidem*, p. 251.

<sup>947</sup> Cf. *Ibidem*, p. 252.

<sup>948</sup> Cf. *Idem*.

<sup>949</sup> Cf. *Ibidem*, p. 253.

<sup>950</sup> Cf. NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 13-14.

<sup>951</sup> Cf. *Idem*.

se caracteriza pela **regra da maioria**<sup>952</sup>, enquanto que os direitos pressupõem uma decisão tomada por funcionários não eleitos democraticamente, como é o caso dos juízes. Daí a necessidade de justificar a regra da maioria e a da minoria ao mesmo tempo<sup>953</sup>.

É bastante valiosa a teoria apresentada pela autora, pois de acordo com sua proposta o princípio majoritário preencheria a parte externa do princípio em tela, aquela que não integra o conjunto de decisões políticas tomadas pelo Poder Constituinte originário em caráter definitivo. Trata-se de uma interpretação que reconcilia a **regra da maioria** com a **regra da minoria**, porque o preenchimento do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana por juízes não eleitos democraticamente, deve ficar adstrita à parte interna daquele princípio.

O enfoque aqui, parece ser o de que o Judiciário não deve preencher todos os espaços do princípio da dignidade da pessoa humana, pois pelo menos uma parte dele deve ficar livre para ser preenchida pela deliberação política assegurada em um Estado democrático de direito<sup>954</sup>. Nestes termos, conclui-se que ao Poder Judiciário compete somente o preenchimento de parte do conteúdo da dignidade da pessoa humana – sua parte interna – aquela que é compreendida pelo constitucionalismo, devendo o restante do seu conteúdo permanecer aberto para a deliberação popular.

Uma vez superada, hipoteticamente, a tensão entre democracia e constitucionalismo, e delimitada a área de atuação do Parlamento e do Judiciário para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, resta, por ora, estabelecer os critérios de aplicação desse princípio por parte deste último órgão, dentro do contexto contemporâneo da ponderação e racionalidade da atividade jurisdicional.

Com esse propósito, encontra-se em outra obra de BARCELLOS, dois parâmetros gerais de utilização seqüencial, capazes de orientar o intérprete no

---

<sup>952</sup> Sublinhe-se que democracia e substancialismo não são valores necessariamente antagônicos, sendo que uma eventual prevalência de um sobre o outro, não deve ocorrer *a priori*, mas de acordo com as circunstâncias concretas do caso. Sobre as diversas formas de democracia consultar HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**, p. 318-322.

<sup>953</sup> Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 25.

<sup>954</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 253.

momento da ponderação, reduzindo o seu voluntarismo: i) regras têm preferência sobre princípios; ii) normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais.

A seguir, passa-se a analisar sucintamente cada um desses parâmetros, por contribuírem de forma significativa para a reinvenção do papel da lei no cenário pós-positivista, bem como por estabelecer critérios objetivos para uma adequada aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao primeiro parâmetro a ser utilizado em uma ponderação, tem-se que os enunciados com estrutura de regras (constitucionais e infraconstitucionais), neste conceito incluídos os núcleos de princípios que possam ser descritos dessa forma, devem ter preferência sobre as normas com estrutura de princípios. Diante de tal situação, BARCELLOS chama a atenção para o fato de que são os princípios, e não as regras que devem ceder, haja vista que a estrutura dessa última categoria não é adequada para sofrer ponderações. Cumpre registrar que este raciocínio parece estar em plena harmonia com a moderna teoria dos princípios, em face da tradicional distinção entre regras e princípios, bem como em homenagem aos conceitos de Constituição e democracia<sup>955</sup>.

Este primeiro parâmetro estabelecido por BARCELLOS, parece estar em harmonia com o entendimento de outros autores. Veja-se, por exemplo, o raciocínio de MACCORMICK, segundo o qual não se pode perder de vista que as leis estão repletas de valores, e também representam escolhas políticas da sociedade. De fato, se assim não fosse, não haveria necessidade de estabelecerem-se leis<sup>956</sup>. Nessa linha, esse autor

---

<sup>955</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 165-166.

<sup>956</sup> Cumpre destacar que antes do positivismo jurídico a lei tinha conteúdo material ético. Nesse sentido, vale a pena reproduzir o ensinamento de MORO segundo o qual “Durante a Antiguidade e a Idade Média, o conceito de lei foi inseparável de determinada dimensão material. Leis verdadeiras são as leis boas e justas, que visam o bem comum. Para São Tomás de AQUINO, por exemplo, lei é aquela ordenação da razão dirigida ao bem comum, promulgada por quem tem a seu cargo o cuidado da comunidade. Como é sabido, o conceito então imperante estava bastante distante da concepção de lei desenvolvida pelo positivismo jurídico nos séculos XIX e XX. Para o positivismo, inexistia conteúdo material próprio e adequado para a lei. Serve esta a qualquer propósito, sendo

esclarece que nem mesmo o positivismo sugeriu que as leis fossem isentas de valores ou neutras, a diferença é que o positivismo não se preocupava com eles<sup>957</sup>.

Daí concluir-se que a lei encarna valores, pois representa uma opção por um determinado estado de coisas que se considera justo, e que esses valores são expressos em princípios de um determinado sistema jurídico. O que significa que, esses valores existiriam no sistema jurídico ainda que não fossem expressos explicitamente por meio de princípios. Segundo MACCORMICK “a formulação de enunciados de princípios é apenas uma forma de tornar esses valores que já existiam mais explícitos”<sup>958</sup>. Assim sendo, declarar princípios não serve apenas para atribuir sentido às leis, mas também para revelar o sentido que elas já possuem<sup>959</sup>. Por essa razão, MACCORMICK afirma que não se deve colocar a carroça à frente dos bois, no mesmo sentido da regra explicitada por BARCELLOS de que não se deve colocar os princípios na frente das regras<sup>960</sup>.

Neste novo quadro, vale recordar a lição de SANCHIS, segundo o qual “detrás de cada preceito legal se advém sempre uma norma constitucional que a confirma ou a contradiz”<sup>961</sup>. Se for assim, poder-se-ia concluir que seria adequado buscar em primeiro plano aqueles preceitos legais para somente depois enquadrá-los na perspectiva constitucional. A busca de um caminho inverso, transformaria as regras jurídicas em um elemento trivial e desnecessário do sistema jurídico, e aumentaria os riscos de subjetivismo nas decisões judiciais.

Nestes termos, parece manifestar-se SARLET ao afirmar que diante de um caso concreto, busca-se inicialmente sondar a existência de uma ofensa a determinado direito fundamental em espécie, não apenas pelo fato de tal caminho se mostrar mais simples, mas acima de tudo pela redução da margem de arbítrio do intérprete, tendo em conta que em se tratando de um direito fundamental como tal consagrado pelo Constituinte, este já tomou uma decisão prévia em prol do conteúdo do princípio da

---

somente identificada por critério orgânico e formal.” MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?** p. 32.

<sup>957</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. Op. cit., p. 304-305.

<sup>958</sup> Ibidem, p. 306.

<sup>959</sup> Cf. Idem.

<sup>960</sup> Cf. Ibidem, p. 307.

<sup>961</sup> SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**, p. 119.

dignidade da pessoa humana naquela dimensão específica e da respectiva necessidade de sua proteção. Contudo, o autor deixa claro que isso não significa que uma eventual ofensa a determinado direito fundamental não possa constituir, ao mesmo tempo, violação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana<sup>962</sup>.

Esta idéia de buscar-se primeiro as regras e depois, somente se necessário os direitos fundamentais específicos e os princípios, poderia ser bem ilustrada com a célebre frase proclamada pelo jurista alemão Fritz FLEINER, parafraseada por NOVAIS: “não se deve utilizar um canhão para atirar em pardais”<sup>963</sup>. Esse pensamento, embora não tenha sido criado para o fim aqui especificado, exprime bem a idéia de não se utilizar recursos desnecessário e não exigíveis para a realização do fim<sup>964</sup>.

Segundo BARCELLOS essa preferência das regras sobre os princípios (sobre a área não nuclear deles), justifica-se com fundamento em três razões principais. Em primeiro lugar, as regras se caracterizam por estabelecerem de imediato os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, bem como as condutas exigíveis para se atingir a esse fim. Os princípios, por sua vez, prescrevem efeitos relativamente indeterminados, que pressupõe uma avaliação valorativa, e, mesmo quando se ocupam de produzir efeitos determinados, a identificação das condutas necessárias para realizá-los, implica uma opção político-ideológica<sup>965</sup>.

Aqui, faz-se necessário um esclarecimento adicional, pois conforme explicitado acima os princípios possuem efeitos apenas **relativamente** indeterminados, e não completamente indeterminados. O que significa dizer que existem certos efeitos estabelecidos pelos princípios, que podem ser identificados de forma clara e precisa, formando uma espécie de núcleo essencial de sentido, que possui natureza de regra. Dito isso, repita-se que certos efeitos podem ser extraídos

---

<sup>962</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988**: Algumas aproximações. No prelo.

<sup>963</sup> Fritz FLEINER apud NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 741.

<sup>964</sup> Idem.

<sup>965</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 169-178.

dos princípios de forma determinada, podendo ser considerados condutas completamente indispensáveis para a realização do seu ideal<sup>966</sup>.

Assim, BARCELLOS vale-se da imagem de dois círculos concêntricos para descrever a estrutura dos princípios. No círculo interior, residem os efeitos nucleares determinados pelos princípios, e que possuem a estrutura de regras. Por sua vez, entre o círculo interno e o círculo externo compreende-se o espaço de indeterminação do princípio, sujeito a uma gama de sentidos possíveis, cujo conteúdo deverá ser submetido à sociedade pluralista por meio da deliberação democrática. Significa dizer que os princípios operam de duas formas distintas, no seu núcleo funcionam como regras, enquanto que na sua área não nuclear funcionam como princípios propriamente ditos<sup>967</sup>.

Daí concluir a autora que diante de uma antinomia entre uma regra, nesse conceito incluído o núcleo dos princípios, e a parte não nuclear desses, aquela é que deverá ter preferência. A autora acentua que esse entendimento coaduna-se com as idéias de DWORKIN e ALEXY, pois se as regras se aplicam na base do tudo ou nada, e os princípios caracterizam-se por determinarem que algo seja realizado na maior medida possível, então as regras serviriam como uma espécie de limite jurídico capaz de restringir a otimização de um princípio<sup>968</sup>.

A segunda justificação para essa opção pelas regras, parte da premissa de que a ordem jurídica compreende dois valores principais indissociáveis: a segurança e previsibilidade das relações sociais e a justiça. Segundo a autora ambos os valores seriam condições necessárias para o pleno desenvolvimento da dignidade humana, sendo que separados poderiam conduzir a excessos indesejados e a iniquidades. De tal forma que a virtude de um ordenamento jurídico estaria no equilíbrio entre essas duas vertentes<sup>969</sup>.

Neste sentido, devido à diferença de suas estruturas, as regras e os princípios desempenham um papel diferenciado, porém decisivo na articulação de cada um dos

---

<sup>966</sup> Cf. *Ibidem*, p. 178.

<sup>967</sup> Cf. *Ibidem*, p. 179-180.

<sup>968</sup> Cf. *Ibidem*, p. 181-183.

<sup>969</sup> Cf. *Ibidem*, p. 185-186.

valores destacados. Isto porque, é possível identificar uma relação entre as regras e a promoção da necessária previsibilidade e estabilidade da ordem jurídica, ao passo que os princípios desempenham o papel de garantir a abertura e flexibilidade do sistema, permitindo uma adaptação mais livre ao postulado da justiça<sup>970</sup>. Portanto, segundo BARCELLOS “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”<sup>971</sup>.

Desse pressuposto, emerge a idéia de que quanto mais regras existirem no ordenamento jurídico, maior será o grau de segurança, estabilidade e previsibilidade do sistema, porém maior será a sua dificuldade de adaptar-se a situações novas. Enquanto que quanto maior for o número de princípios, maior será a capacidade de o sistema adaptar-se às situações inusitadas, no entanto, maior será o risco de conviver-se com decisões imprevisíveis, com prejuízos para a instituição e a isonomia<sup>972</sup>. Dessa forma, BARCELLOS conclui o óbvio, ou seja, que “uma quantidade equilibrada e apropriada de princípios e regras produzirá um sistema justo ideal, no qual haverá segurança e justiça suficientes”<sup>973</sup>.

Entretanto, parece evidente que não basta um número suficiente de regras e princípios para que o sistema seja equilibrado, é preciso também que os intérpretes manipulem essas categorias de forma a preservar as suas estruturas, e a promover os dois valores acima citados. Faz-se isso se evitando a ponderação inconseqüente das regras, e dando-se preferência à sua prescrição normativa<sup>974</sup>. Pois, segundo BARCELLOS:

A ponderação corriqueira de regras fragilizaria a própria estrutura do Estado de direito; pouco valeriam as decisões do Poder Legislativo se cada aplicação de um enunciado normativo se transformasse em um novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar, novamente, todas as circunstâncias e interesses envolvidos na questão, bem como todos os princípios pertinentes para, ao fim, definir o comportamento desejável<sup>975</sup>.

---

<sup>970</sup> Cf. *Ibidem*, p. 186-187.

<sup>971</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>972</sup> Cf. *Idem*.

<sup>973</sup> *Idem*.

<sup>974</sup> Cf. *Ibidem*, p. 187-188.

<sup>975</sup> *Ibidem*, p. 188.

Mais ainda, as regras gozam de considerável dose de legitimidade democrática, pois correspondem a decisões dos poderes representativos populares. Dessa forma, se os princípios passarem a afastar indiscriminadamente a incidências das regras, haverá um considerável aumento no nível de instabilidade da instituição, bem como um incremento da insegurança jurídica, em face da imprevisibilidade e falta de uniformidade das decisões judiciais.

Finalmente, o terceiro fundamento consiste em assegurar os dois objetivos gerais propostos pelo constitucionalismo moderno, conforme já foi visto: i) estabelecer consensos mínimos, que devem ser protegidos da ação das maiorias; ii) garantir as condições para o florescimento do pluralismo político. Nesse sentido, as regras constitucionais correspondem a esse consenso mínimo, ao passo que os princípios refletem um campo de atuação possível, dentro das quais essas opções propostas pelo pluralismo político poderiam ser consideradas legítimas<sup>976</sup>.

É nesse contexto, pois, que BARCELLOS acentua que em uma democracia, apenas a parte nuclear de um princípio deverá ser definido constitucionalmente, devendo o restante da extensão do princípio “ser preenchido pela deliberação majoritária, em função da convicção das maiorias em cada momento político: e esse ponto, ter-se-á, em especial, as regras infraconstitucionais”<sup>977</sup>.

Assim, registre-se que se em uma situação de conflito inevitável, uma regra for afastada por entender o intérprete que a parte não nuclear do princípio se oporia a ela, estar-se-ia dando maior credibilidade à sua percepção pessoal, do que ao processo democrático majoritário, o que seria um erro. Ademais, como a decisão fundamentou-se na convicção pessoal do intérprete, é grande o risco de prolação de decisões distintas para casos idênticos<sup>978</sup>. Ainda nessa linha, sublinhe-se que se uma regra infraconstitucional violar o núcleo essencial de um princípio constitucional está-se diante simplesmente de uma inconstitucionalidade da regra, e não de um caso de ponderação<sup>979</sup>.

---

<sup>976</sup> Cf. *Ibidem*, p. 188-189.

<sup>977</sup> Cf. *Ibidem*, p. 189.

<sup>978</sup> Cf. *Ibidem*, p. 190.

<sup>979</sup> Cf. *Ibidem*, p. 201.

De resto, cumpre assinalar que não se quer aqui, nulificar qualquer efeito jurídico à parte não nuclear dos princípios, o que seria um intolerável retrocesso<sup>980</sup>. Pois, como destaca BARCELLOS, aos princípios “em toda a sua extensão, se reconhecem as modalidades de eficácia interpretativa, negativa e, quando seja o caso, vedativa do retrocesso”<sup>981</sup>.

A partir daí, no que pese a generalidade desse primeiro parâmetro geral, deve-se registrar duas situações nas quais as regras deverão submeter-se a certo tipo de ponderação: i) quando a incidência de uma regra produz tamanha injustiça que a torna incompatível com as opções materiais da Constituição; ii) quando há uma colisão intransponível entre as regras<sup>982</sup>.

Sob o ponto de vista da incidência das regras injustas, BARCELLOS propõe três parâmetros para auxiliar na solução desse problema, sem romper com a racionalidade do parâmetro geral pelos quais as regras devem prevalecer sobre os princípios, são eles: i) a interpretação conforme a equidade das regras; ii) a caracterização da imprevisão legislativa; iii) a inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra na hipótese concreta<sup>983</sup>.

Assim, diante dessas três situações excepcionais, tem-se que a equidade autoriza o intérprete a adaptar as conseqüências impostas pela norma jurídica às especificidades do caso concreto<sup>984</sup>. De outro lado, a teoria da imprevisão pressupõe a imprevisibilidade do evento futuro e a alteração substancial que ele provoca no cenário existente no momento da elaboração da norma<sup>985</sup>. Ao passo que a declaração de inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra sobre uma

---

<sup>980</sup> Colaciona-se precioso esclarecimento da autora, pertinente a esta questão: “Na verdade, retomando a imagem dos princípios como círculos concêntricos, que ocupam grandes áreas, porém de maneira difusa e com pouca intensidade (com exceção de seu próprio núcleo), as regras podem ser visualizadas como pontos de alta densidade espalhadas por toda essa superfície. Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomadas no interior de tais fronteiras”. *Ibidem*, p. 192.

<sup>981</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>982</sup> Cf. *Ibidem*, p. 204.

<sup>983</sup> Cf. *Ibidem*, p. 211-212.

<sup>984</sup> Cf. *Ibidem*, p. 222-226.

<sup>985</sup> Cf. *Ibidem*, p. 227-231.

determinada situação específica trata-se de um remédio a ser aplicado apenas em casos de excepcional violação das normas constitucionais, e não para satisfazer as convicções políticas pessoais do hermeneuta<sup>986</sup>.

Por fim, cumpre destacar que embora a autora tenha previsto uma série de hipóteses para superar o problema da regra injusta, faz importante reflexão no âmbito do aprimoramento das instituições jurídicas, nos seguintes termos:

A observância fiel das regras, ainda que elas possam gerar incidências injustas ocasionais, é um meio de fortalecer o respeito institucional pela ordem jurídica. Parece evidente que a flexibilização corriqueira do disposto pelas regras fragiliza a estrutura do Estado de direito, além de favorecer o exercício de autoridades arbitrárias e voluntaristas. Com efeito, se cada aplicador puder afastar uma regra porque a considera injusta no caso concreto, pouco valor terão as regras e o ofício do legislador. Por outro lado, será adequado sacrificar o indivíduo afetado pelo caso concreto no altar do aprimoramento das instituições político-jurídicas?<sup>987</sup>

A segunda situação em que as regras deverão submeter-se a certo tipo de ponderação, conforme visto anteriormente, ocorre quando há uma antinomia intransponível entre as regras. Aqui, não há muito que comentar, pois sequer é necessária uma ponderação propriamente dita, pois o intérprete deverá apenas escolher a regra que melhor preserva os valores constitucionais<sup>988</sup>.

O segundo parâmetro geral de natureza material, conforme mencionado anteriormente, consiste que as normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais. Como se percebe, o objeto desse segundo parâmetro repousa sobre as normas apuradas ao cabo da ponderação e deverá ser utilizado apenas após a aplicação, se pertinente, do primeiro parâmetro geral<sup>989</sup>.

Assim sendo, pode-se dizer que a norma que diretamente garante ou protege a dignidade da pessoa humana, deve ter preferência sobre a norma que apenas indiretamente está ligada à proteção ou promoção da dignidade humana<sup>990</sup>. Por ser a expressão “dignidade humana” um conceito de elevado grau de indeterminação<sup>991</sup>, seu

---

<sup>986</sup> Cf. *Ibidem*, p. 231-234.

<sup>987</sup> *Ibidem*, p. 208-209.

<sup>988</sup> Cf. *Ibidem*, p. 212.

<sup>989</sup> Cf. *Ibidem*, p. 235, 240.

<sup>990</sup> Cf. *Ibidem*, p. 235.

<sup>991</sup> SOUZA, Antônio Francisco de. *Op. cit.*, p. 24.

conteúdo pode (deve) estar associado com a promoção dos direitos fundamentais, assim como com as condições materiais necessárias para a realização do mínimo existencial e para o exercício efetivo da cidadania<sup>992</sup>.

Cumpra-se enfatizar a natureza residual desse segundo parâmetro, no sentido de ser empregado somente **após** a hipótese haver sido submetida ao crivo do primeiro parâmetro. Pois, se o parâmetro material fosse utilizado desde o início, desprezando-se a estrutura das normas jurídicas, praticamente todos os enunciados normativos sucumbiriam quando confrontados com a dignidade humana, ainda que a pretensão somente pudesse ser justificada a partir de uma concepção individual distanciada do seu elemento nuclear<sup>993</sup>.

Aqui, abre-se um parêntese, para elucidar a idéia a cerca da realização **direta** ou **indireta** da dignidade da pessoa humana no segundo parâmetro. Nesse ponto, BARCELLOS observa que o sistema jurídico não é formado apenas por princípios ou enunciados que de forma direta asseguram a dignidade humana (tratam de direitos, em sentido amplo), mas compreende igualmente estruturas e instituições que de forma indireta também contribuem de forma significativa para a realização do bem estar humano. Cita-se como exemplo dessa última categoria a separação de poderes, a previsão orçamentária e a liberdade de imprensa, que de forma indireta garantem as condições necessárias para a afirmação da democracia<sup>994</sup>. Dito de outra forma, BARCELLOS sustenta que “o fim último atribuído ao Estado, de promover e proteger a dignidade humana, não é alcançado apenas através de providências diretas, mas também por meio de instituições que, indiretamente, contribuem para esse mesmo objetivo”<sup>995</sup>.

Essa compreensão encerra duas conseqüências importantes, a primeira delas é que a aplicação do segundo parâmetro à revelia do primeiro, enfraquece as estruturas e instituições democráticas, indispensáveis para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que de forma indireta. A segunda conseqüência recai sobre a

---

<sup>992</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 236.

<sup>993</sup> Cf. *Ibidem*, p. 241.

<sup>994</sup> Cf. *Ibidem*, p. 241-242.

<sup>995</sup> *Ibidem*, p. 243.

própria aplicação material do segundo parâmetro, pois diante de um conflito insuperável entre duas regras, caberá dar preferência àquela de que forma mais direta promove os interesses da dignidade humana<sup>996</sup>.

Esse segundo parâmetro pode ser justificado a partir de três perspectivas político-jurídico: o direito interno, o direito internacional e o procedimento. Na primeira delas, BARCELLOS sustenta que é possível determinar uma espécie de consenso material acerca da opção material pela promoção da dignidade da pessoa humana, em homenagem à Constituição de 1988. Em uma segunda perspectiva, privilegia-se o tema da proteção dos direitos humanos a partir da ordem internacional<sup>997</sup>.

A terceira justificação para esse segundo parâmetro encontra-se na própria concepção procedimentalista, que privilegia a correção do processo deliberativo por acreditar ser impossível estabelecerem-se consensos materiais nas sociedades plurais contemporâneas. Esse parâmetro tem como premissa a igualdade de todos os cidadãos, que pressupõe o reconhecimento de um conjunto de direitos básicos sem os quais não seria possível o procedimento funcionar a contento. Nesse caso, esse conjunto de direitos operaria como uma espécie de condição para o próprio procedimento. Dessa forma, pode-se dizer que a igualdade de todos os indivíduos, o caráter democrático do procedimento e as condições mínimas de subsistência, correspondem a condições indispensáveis para a formação do procedimentalismo, como opção metodológica sustentável<sup>998</sup>.

Assim, de acordo com o constitucionalismo procedimentalista, “as opções de caráter material, valorativo, devem ficar à cargo da deliberação majoritária em cada momento histórico, cabendo à Constituição tratar apenas das regras necessárias para o funcionamento das estruturas democráticas”<sup>999</sup>. Por trás dessa justificação filosófica,

---

<sup>996</sup> Cf. *Ibidem*, p. 243-244.

<sup>997</sup> Cf. *Ibidem*, p. 245-262.

<sup>998</sup> Cf. *Ibidem*, p. 262, 266-267.

<sup>999</sup> Cf. *Ibidem*, p. 265.

encontra-se fortemente enraizada a premissa de que nas sociedades plurais contemporâneas seria inviável falar-se de consenso materiais permanentes<sup>1000</sup>.

Em síntese: segundo esta fundamentação, as normas que promovem diretamente direitos fundamentais dos indivíduos devem ter preferência sobre as normas relacionadas apenas indiretamente com esses direitos.

Por fim, calha registrar que esses parâmetros estão de acordo com o premente reconhecimento de uma sociedade cada vez mais plural e fragmentada por diversas concepções de pessoas e grupos distintos. Significa dizer que a ascensão política do Poder Judiciário não pode promover um cenário de proliferação de conflitos normativos, tampouco contribuir para voluntarismos e arbitrariedades na aplicação do direito. Destarte, a despeito das numerosas críticas que a técnica da ponderação tem recebido por parte da doutrina, conforme visto no capítulo anterior, esses dois parâmetros parecem contribuir para uma redução (não eliminação) importante do âmbito de sua indeterminação jurídica e racional.

Em face do que foi exposto, percebe-se que a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida apenas por meio de uma perspectiva interna do poder, sem qualquer abertura para a ampliação do espaço público de debate. Pois, se a dignidade humana tem como origem e destinatário os membros da sociedade, deve-se dar maior crédito à soberania popular na formulação dos conteúdos preliminares que informam o seu espaço de maior indeterminação.

Tem-se, assim, como bem assinalou HÄBERLE que o fundamento do Estado constitucional repousa na soberania do povo e na dignidade da pessoa humana, embora na maioria das vezes esses dois ideais tenham sido concebidos e organizados de forma separada. Nada obstante, a concepção clássica ROUSSEAUNIANA<sup>1001</sup> adotada pela Constituição Federal do Brasil no artigo 1º, parágrafo único, segundo o qual “todo o poder emana do povo”, possui estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>1000</sup> Cf. *Ibidem*, p. 265-266.

<sup>1001</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**, p. 293.

Na verdade, conforme leciona HÄBERLE as Constituições contemporâneas passaram a construir de forma tão evidente os direitos fundamentais a partir da concepção de dignidade humana, que até mesmo a cláusula de soberania popular, tem sido modificada por ela. Assim, segundo o autor “bien puede ser que todo el poder del Estado dimane del pueblo, pero este enunciado ¡encuentra ya su ‘premisa primaria’ en la dignidad humana!”<sup>1002</sup>. Isso ocorre, porque a proteção do princípio da dignidade humana seria anterior ao Estado como forma de governo, e até mesmo à noção de povo<sup>1003</sup>.

Dessa forma, HÄBERLE apresenta a democracia como uma consequência organizativa da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor o princípio organizativo fundamental do Estado constitucional é a divisão de poderes, que no seu atual estágio de desenvolvimento emana diretamente da garantia de dignidade humana. Ou seja, haveria uma vinculação interna entre democracia e dignidade humana, que resultaria na democracia dos cidadãos<sup>1004</sup>, pois “el núcleo del ser humano como ciudadano se ve afectado si no tiene la posibilidad de ejercer em la práctica su derecho al voto o de utilizar efectivamente su libertad de opinión y de manifestación también pra fines políticos”<sup>1005</sup>.

Neste diapasão, sem prejuízo dos pensadores clássicos como ROUSSEAU, com sua tradicional cláusula de soberania popular, e MONTESQUIEU, com a sua idéia de divisão de poderes<sup>1006</sup>, o fato é que “la soberania popular ‘pura’ há sido substituída en el Estado constitucional de la actualidad por la competencia, jurídicamente definida, del pueblo”<sup>1007</sup>. Aqui, enfatiza-se o óbvio, ou seja, que a noção de povo é formada por pessoas, e que pessoas possuem dignidade.

---

<sup>1002</sup> Ibidem, p. 295.

<sup>1003</sup> Cf. Ibidem, p. 295.

<sup>1004</sup> Cf. Ibidem, p. 318.

<sup>1005</sup> Idem.

<sup>1006</sup> Sobre o princípio da separação de poderes, sob a perspectiva das doutrinas de LOCKE, MONTESQUIEU e dos FEDERALISTAS ver MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?**, p. 20-29.

<sup>1007</sup> HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**, p. 320.

A partir disto, HÄBERLE aduz que a dogmática do Estado constitucional apresenta como seus principais elementos o pluralismo, e o princípio da maioria<sup>1008</sup>. De acordo com o primeiro, prevalece a idéia de diversidade de interesses em uma sociedade aberta, que se expressa igualmente na importante noção de tolerância. O pluralismo é uma lembrança de que o Estado constitucional não visa a dominação dos cidadãos, antes se encontra a seu serviço<sup>1009</sup>. Nas palavras de HÄBERLE “el pluralismo es expresión y condición de la libertad tanto individual como colectiva de los ciudadanos y los seres humanos”<sup>1010</sup>.

Por sua vez, o princípio da maioria fundamenta-se principalmente na idéia de liberdade e igualdade, e na necessidade de formar uma decisão com certo respaldo consensual. De parte isso, HÄBERLE adverte que o princípio da maioria e a proteção das minorias encontram-se em constante tensão. Ainda segundo o autor, a regra da maioria somente é tolerável porque existe um sistema de proteção das minorias que emana da própria Constituição e da proteção dos direitos fundamentais. Daí o autor afirmar ser necessário relembrar sempre os limites da democracia, e os limites constitucionais do princípio da maioria, que normalmente se revestem das cláusulas pétreas<sup>1011</sup>.

A partir dessas reflexões HÄBERLE desenvolve uma teoria democrática como legitimação, no sentido de que “el Estado constitucional democrático es preciso plantear de manera especial la cuestión de la legitimación conforme a criterios democráticos”<sup>1012</sup>. Nesse norte, o autor assinala que apesar da ciência do direito constitucional não possuir uma legitimação democrática no sentido tradicional, ou seja, de delegação de poder por meio de eleições, existem outros meios de auferir-se essa legitimidade democrática. Assinala o autor que em uma sociedade aberta, essa legitimação pode desenvolver-se por meio da realização cotidiana dos direitos

---

<sup>1008</sup> Cf. Ibidem, p. 322, 324.

<sup>1009</sup> Cf. Ibidem, p. 322-323.

<sup>1010</sup> Ibidem, p. 324.

<sup>1011</sup> Cf. Ibidem, p. 324-325.

<sup>1012</sup> Ibidem, p. 326.

fundamentais. Na opinião do autor o povo é uma magnitude pluralista que possui competência material para participar da interpretação constitucional<sup>1013</sup>.

Na sua ótica, os direitos fundamentais são uma peça chave para a realização da legitimidade democrática na interpretação constitucional, “que es abierta no solo por sus resultados sino también por el círculo de sus participantes. En la democracia en libertad el ciudadano es intérprete de la Constitución!”<sup>1014</sup>. Daí o autor concluir que o povo é antes de tudo, uma reunião de cidadãos, e que por democracia, deve entender-se o governo dos cidadãos, e não do povo, como ensinava ROUSSEAU<sup>1015</sup>.

Em outras palavras, a tese esgrimida pelo autor enaltece uma democracia cidadã que se concebe a partir dos direitos fundamentais, sobretudo a liberdade fundamental ao pluralismo, que se converte em ponto de referência para a Constituição democrática<sup>1016</sup>. Note-se, portanto, que:

A través del desarrollo interpretativo de la norma constitucional se llega hacia un pedazo de democracia ciudadana. La posibilidad y la realidad de la libre discusión de los individuos y los grupos ‘sobre’ y ‘por debajo’ de las normas constitucionales y su acción pluralista ‘en’ ellos se introduce de manera múltiple en el proceso de la interpretación (...). La teoría de la democracia y la teoría de la interpretación se convierten en consecuencia de la teoría de la ciencia. La sociedad es libre y abierta en la medida en que se abra el círculo de los intérpretes de la Constitución en sentido amplio<sup>1017</sup>.

Nessa exata trilha, encontra-se o pensamento de BOBBIO ao afirmar que o povo, princípio e fim do poder, não pode ser visto como um corpo único, ou uma massa globalmente considerada, pois enquanto tal não decide nada, mas em cada indivíduo que dela participa. Por isso, na democracia moderna, a soberania não repousa no povo, mas nos cidadãos, a partir de uma concepção individualizada da sociedade. Nesse contexto, o individualismo democrático deve ser compreendido como o agrupamento do indivíduo com outros indivíduos considerados iguais, compondo, dessa forma, uma sociedade de indivíduos livres, e não um todo orgânico (opostamente à concepção liberal-libertária)<sup>1018</sup>.

---

<sup>1013</sup> Cf. *Ibidem*, p. 326-327.

<sup>1014</sup> *Ibidem*, p. 328.

<sup>1015</sup> Cf. *Idem*.

<sup>1016</sup> Cf. *Ibidem*, p. 328-329.

<sup>1017</sup> *Ibidem*, p. 329.

<sup>1018</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**, p. 377, 380-382.

### 3.6 TOMADA DE POSIÇÃO FRENTE À MANUALÍSTICA NACIONAL FORMADORA DE JURISTAS

Em face do que foi exposto, é possível concluir que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana exige algumas precauções fundamentais a fim de preservar o equilíbrio que deve haver entre constitucionalismo e democracia. Como já foi visto, a lei desempenha um papel essencial no preenchimento do conteúdo desse princípio, razão pela qual o intérprete deve prestar especial deferência aos atos do Legislador no momento de concretizar esse postulado, em homenagem ao ideal democrático.

Apesar disso, verifica-se que tudo o que foi exposto neste trabalho, depende em grande medida da atitude do juiz, e do seu compromisso pessoal com a democracia a fim de exercer um poder moderador, dosando momentos de ativismo com momentos de contenção judicial, em respeito às opções políticas do Legislador. Trata-se, como se percebe, de um controle frágil que repousa principalmente no imaginário dos operadores do direito, mas que pode ser realizado, desde que haja uma conscientização nesse sentido.

Diante deste quadro, cumpre investigar se os juízes no âmbito de sua formação profissional estão sendo preparados para atuarem como os grandes agentes desse poder moderador, a fim de exercerem a sua atividade de forma a promover a democracia. Nestes termos, basta um olhar sobre as universidades de direito, e os cursos preparatórios para o ingresso na carreira pública, para verificar-se que no Brasil a base doutrinária dos futuros operadores do direito está fundamentada principalmente em manuais.

Com efeito, não se pode negar o papel de destaque que os manuais de direito constitucional desempenham na formação dos operadores do direito, sobretudo na própria formação dos candidatos ao ingresso na carreira da magistratura, ao prepararem-se para prestar concurso público. Isto porque o domínio manualístico da

matéria costuma ser suficiente para atender às exigências das universidades e dos organizadores desses concursos.

Dito isto, nesse último item optou-se por fazer-se uma abordagem manualística do princípio da dignidade da pessoa humana para verificar se esses manuais dão conta dessas intrincadas questões enfrentadas ao longo desta pesquisa, e se estão a contribuir para a formação de juízes menos autoritários e mais comprometidos com o princípio democrático.

Ademais, sublinhe-se que se trata de uma pesquisa por amostragem, que não tem a pretensão de esgotar a infindável quantidade de manuais posta à disposição da comunidade jurídica, tampouco tem o compromisso de citar uma determinada linha de autores. Busca-se tão somente tentar identificar, com algumas poucas obras, o tipo de abordagem que os manuais dispensam ao tema do princípio da dignidade humana, e de que forma essa abordagem pode estar contribuindo para a formação do imaginário dos juízes.

Esclareça-se, desde já, que para propiciar uma análise mais didática desses manuais de direito constitucional, eles foram catalogados em seis categorias principais, de acordo com os seguintes critérios: i) aqueles que apresentam uma abordagem apenas superficial da matéria, com explanações muito sintéticas, e que pouco contribuem para o seu desenvolvimento teórico; ii) aqueles que optaram por fazer uma abordagem mais histórica e filosófica da dignidade humana; iii) aqueles que parecem favorecer a super-difusão e valorização do princípio em tela; iv) aqueles que parecem enfatizar a dimensão prestacional da dignidade humana; v) aqueles que apresentam um estudo mais completo do princípio, com uma abordagem que pode minimizar o fenômeno da super-difusão analisado neste trabalho; vi) e, finalmente, aqueles manuais de direito constitucional em que não se encontra nenhuma referência expressa ao princípio em tela.

Afinal, é preciso frisar, antes de estreitar a amostragem dos manuais, que o seu enquadramento em uma das seis categorias apresentadas acima tem finalidade apenas didática. Não quer dizer com isso que alguns desses manuais não poderiam ser

classificados em mais de uma categoria, apenas que foram agrupados na classe que aparentemente era mais representativa dos seus argumentos.

Dessa forma, dá-se início com os manuais que apresentam uma **abordagem apenas superficial**, e de pouca densidade teórica sobre a matéria em questão. Nesta categoria encontra-se Pinto FERREIRA, que dispensa um breve capítulo para tratar dos princípios fundamentais em geral, fazendo rápida menção à dignidade da pessoa humana, salientando a sua relação com os direitos humanos, desrespeitados no Estado autoritário<sup>1019</sup>.

Alexandre de MORAES explicita que a dignidade humana confere unidade aos direitos e garantias fundamentais, que constitui um mínimo invulnerável a ser assegurado pelos estatutos jurídicos, e que somente em situações excepcionais podem ser feitas restrições aos direitos fundamentais. Em sua sucinta explanação, pode-se dizer que o autor privilegia o conteúdo moral do princípio, ao conceituá-lo como um valor espiritual inerente às pessoas, que se manifesta na sua capacidade de autodeterminação<sup>1020</sup>. Trata-se, portanto, de uma abordagem superficial que nada diz a respeito de questões estruturais dos poderes do Estado, que têm a missão de concretizá-lo, e que pouco contribui para o esclarecimento do preceito.

No curso de direito constitucional de Luciano DALVI, com dicas para concurso e exercícios de fixação, a única referência expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana é uma nota de rodapé em que o autor remete a um julgado do Ministro Maurício CORRÊA do Supremo Tribunal Federal, que atenta para o fato do crime de racismo ser uma afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>1021</sup>. Ademais, como dica para prova discursiva, o autor ressalta que muitos concursos têm cobrado a literalidade dos princípios fundamentais da República listados no artigo 1º da Constituição Federal, por isso incentiva os candidatos a decorá-

---

<sup>1019</sup> Cf. FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 75.

<sup>1020</sup> Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 50.

<sup>1021</sup> Cf. DALVI, Luciano. **Curso de direito constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 43.

los<sup>1022</sup>. No que tange à dignidade da pessoa humana, a preocupação do autor parece ser puramente formal, a fim de cumprir uma possível exigência dos concursos públicos, sem maiores desenvolvimentos teóricos a respeito da matéria.

Dalmo de Abreu DALLARI apenas menciona que “quando a Constituição é legítima e justa, ela contém os princípios e as diretrizes que permitirão solucionar os conflitos respeitando os direitos e a **dignidade** de cada um e fazendo prevalecer a justiça”<sup>1023</sup>. Como se percebe, trata-se de uma anotação isolada sem maiores implicações para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Paulo Napoleão Nogueira da SILVA, no seu curso de direito constitucional, associa os direitos humanos propriamente ditos com os direitos individuais tidos como essenciais gerais, ou seja, aqueles que decorrem da simples condição da pessoa como ser humano, entre eles: o direito à vida, liberdade, nutrição, saúde, segurança, etc<sup>1024</sup>. Além dessa menção indireta à dignidade humana, encontra-se outra referência expressa ao casar aquele preceito ao artigo 5º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que estatui a proibição à tortura e ao tratamento desumano ou degradante<sup>1025</sup>. Trata-se, como visto, de uma abordagem discreta que quase passa despercebida ao leitor mais desatento.

No curso de direito constitucional de Marcus Vinicius Corrêa BITTENCOURT, tudo o que se pode encontrar sobre a dignidade humana é esta sentença: “a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio mais importante ao definir que a organização estatal deverá respeitar um conjunto mínimo de direitos e

---

<sup>1022</sup> Cf. Ibidem, p. 44. A dica para decorar os fundamentos da República Federativa do Brasil é a seguinte: “**CIDA**, professora de Português, adora empregar o **PLURAL NA POLÍTICA** e **SOBE** nas pesquisas eleitorais, por reconhecer a **DIGNIDADE DA PESSOA E O VALOR DO TRABALHO** como *fundamento* de sua campanha. 5 fundamentos: 1. **CIDA** = CIDADANIA; 2. **PLURAL NA POLÍTICA** = PLURALISMO POLÍTICO; 3. **SOBE** = SOBERANIA; 4. **DIGNIDADE DA PESSOA** = DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 5. **VALOR DO TRABALHO** = VALOR SOCIAL DO TRABALHO”. Ibidem, p. 49.

<sup>1023</sup> Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 55. (**Grifos ausentes no original**).

<sup>1024</sup> Cf. SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 529.

<sup>1025</sup> Cf. Ibidem, p. 535.

garantias fundamentais que toda pessoa física merece ter”<sup>1026</sup>. Como se percebe, esta afirmação suscita mais questionamentos do que esclarecimentos, por exemplo: que direitos e garantias fundamentais correspondem ao conteúdo mínimo do princípio da dignidade humana? Este conjunto mínimo de direitos e garantias referido pelo autor pode ser requerido em juízo perante o Estado? Quem deve garantir o exercício desses direitos: o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário?

Ivo DANTAS, por sua vez, faz apenas o seguinte comentário sobre a dignidade humana: “elevando ‘a dignidade da pessoa humana’ à condição de fundamento da Constituição, justificam-se as restrições elencadas em vários incisos do art. 5º, bem como sua inclusão nos ‘limites materiais explícitos ao poder de reforma’ (art. 60, parágrafo 4º)”<sup>1027</sup>. Sem embargo, esta anotação não presta nenhum auxílio à atividade de interpretação do operador do direito.

Luís Roberto BARROSO, na sua Constituição do Brasil anotada, apenas cruza a referência da dignidade da pessoa humana com o artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988, que estatui que o planejamento familiar deve fundar-se no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>1028</sup>.

Rosah RUSSOMANO apenas relembra que o Estado democrático de direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, “o que importa no resguardo que se visa a assegurar aos ‘direitos humanos’”<sup>1029</sup>. Isso é tudo o que este manual de direito constitucional tem a declarar sobre o festejado princípio da dignidade humana.

No manual de direito constitucional de Luiz Alberto David ARAUJO e Vidal Serrano NUNES JÚNIOR, o princípio da dignidade da pessoa humana é estratificado em apenas dois parágrafos, sendo que a concepção utilizada é a de Pe. Laércio Dias de MOURA, que vê a pessoa humana como um sujeito de direitos e obrigações, que

---

<sup>1026</sup> BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 34.

<sup>1027</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 224.

<sup>1028</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil: notas de doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 6.

<sup>1029</sup> RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 238.

ocupa um lugar positivo na sociedade<sup>1030</sup>. Trata-se, portanto, de uma abordagem superficial que não contribui para o enriquecimento do debate.

Na mesma linha, o curso de direito constitucional de Ricardo Cunha CHIMENTI, CAPEZ, ROSA e SANTOS é tão sintético ao tratar do princípio em tela que toda a explanação sobre o preceito cabe nesta única sentença, de que “a dignidade humana é uma referência constitucional unificadora dos direitos fundamentais inerentes à espécie humana, ou seja, daqueles direitos que visam garantir o conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimentos evitáveis na esfera social”<sup>1031</sup>. É claro que a complexidade da compreensão da dignidade da pessoa humana, pelos motivos já analisados, não pode ser condensada nesta solitária afirmação.

No curso dinâmico de direito constitucional de José de Souza GAMA, a única menção à dignidade da pessoa humana é a seguinte: “refere-se aos valores morais, autoridade moral, honestidade, honra e respeitabilidade da pessoa humana, isto é, da pessoa natural, tomada naturalmente como sujeito de direitos e obrigações”<sup>1032</sup>. É claro que uma abordagem tão sucinta é incapaz de compreender os aspectos fulcrais da dignidade humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana Nestor Sampaio PENTEADO FILHO apenas afirma que se trata de um “valor moral inerente ao homem, indispensável de sua existência”<sup>1033</sup>. Ademais, parafraseando Alexandre de MORAES, sustenta que este princípio apresenta uma dupla concepção: i) um direito individual protetivo em relação ao Estado e às pessoas de modo geral; ii) um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios indivíduos<sup>1034</sup>. Aqui, o autor parece ser omissos em relação à dimensão prestacional do princípio em comento, tão importante em uma sociedade com tantas desigualdades sociais.

---

<sup>1030</sup> Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 79.

<sup>1031</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. *et. al.* **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 34.

<sup>1032</sup> GAMA, José de Souza. **Curso dinâmico de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 43.

<sup>1033</sup> PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2005. p. 42-43.

<sup>1034</sup> Cf. *Ibidem*, p. 43.

Embora dedique um item específico ao estudo dos princípios fundamentais, Rodrigo César Rebello PINHO não analisa a dogmática da dignidade da pessoa humana<sup>1035</sup>. Apenas a menciona em capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, em que considera estes direitos como indispensáveis à pessoa humana<sup>1036</sup>. Mais adiante, ao tratar dos direitos individuais, o autor também certifica que estes direitos são limitações impostas ao Estado, para assegurar direitos indispensáveis à pessoa humana. Assim, o autor se limita a atrelar a dignidade humana aos direitos fundamentais, de modo geral, sem maiores considerações<sup>1037</sup>.

Em sua teoria geral do direito constitucional, João RIBEIRO JÚNIOR apenas alude à dignidade humana como um desdobramento da soberania popular<sup>1038</sup>, nada mais.

Finalmente, resgatam-se os comentários à Constituição Federal de 1988 feitos por José CRETELLA JÚNIOR mencionados no capítulo 1, de que a dignidade da pessoa humana é um atributo de todo o homem, sem qualquer tipo de discriminação, e um dos fundamentos do Estado, que deve combater qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio da pessoa<sup>1039</sup>. Também nesta obra o intérprete carece de maiores parâmetros para auxiliar no seu trabalho de concretização do postulado da dignidade humana.

De outra ordem, são os manuais que apresentam uma **abordagem mais histórica e filosófica** da dignidade da pessoa humana. Nesta categoria, pode enquadrar-se a obra de Raul Machado HORTA, pois se limita a apresentar os fundamentos dos direitos individuais e dos direitos humanos na sua perspectiva evolutiva histórica. Neste cenário, o princípio da dignidade da pessoa humana é destacado apenas para assinalar a superação dos regimes totalitários do Segundo Pós-

---

<sup>1035</sup> Cf. PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 17. p. 52-53.

<sup>1036</sup> Cf. *Ibidem*, p. 59.

<sup>1037</sup> Cf. *Ibidem*, p. 64.

<sup>1038</sup> Cf. RIBEIRO JÚNIOR, João. **Teoria geral do direito constitucional**. São Paulo: Edipro, 1998. p. 13.

<sup>1039</sup> Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 139.

Guerra, especialmente da Alemanha nacional-socialista e da Itália fascista<sup>1040</sup>. No entanto, não há maiores explanações teóricas sobre o objeto em análise.

Antonio José Miguel Feu ROSA também se limita a uma abordagem histórica dos direitos humanos, desde a Magna Carta de 1215 até a sua ampliação pela revolução socialista do século XX<sup>1041</sup>. Mas, também aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana não recebe maiores considerações. Mesmo em capítulo próprio para os princípios fundamentais, o autor destaca quatro princípios fundamentais do direito constitucional adotados tradicionalmente no Brasil, mas entre eles não se encontra o princípio em tela<sup>1042</sup>.

Paulo Márcio CRUZ faz uma sucinta alusão à dignidade humana ao abordar as concepções histórico-filosóficas dos direitos e garantias fundamentais. Assim, segundo este autor, determinados direitos da pessoa humana são naturais e anteriores à formação do Estado, como a liberdade e a igualdade<sup>1043</sup>. Daí o autor asseverar que “o conceito de direitos humanos ou direitos do homem, é uma noção filosófica ou ideológica, noção esta que acata a idéia de que certos direitos são necessários para que se possa falar de ser humano e de dignidade”<sup>1044</sup>. Dessa forma, o debate fica restrito ao campo filosófico, sem maiores contribuições práticas.

José Renato NALINI refere-se ao direito natural como grande catalisador do humanismo e do reconhecimento da dignidade de todas as pessoas. Assim, com base em Miguel REALE, sustenta que os valores fundamentais do mundo jurídico são, em

---

<sup>1040</sup> Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 241-264. Neste sentido, o autor faz referência ao artigo 1 da Lei Fundamental da Alemanha: “A dignidade do homem é inviolável. Constitui obrigação de todas as autoridades do Estado o seu respeito e proteção”. E, ao artigo 10 da Constituição da Espanha: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos do semelhante constituem o fundamento da ordem política e da paz social”. Ibidem, p. 253 e 255.

<sup>1041</sup> Cf. ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 155-160.

<sup>1042</sup> Cf. Ibidem, 402-413. Os quatro princípios fundamentais listados pelo autor são: o princípio da democracia representativa, o princípio da separação dos poderes, o princípio federativo e o princípio da supremacia da Constituição. Cf. Ibidem, p. 402.

<sup>1043</sup> Cf. CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 133-134.

<sup>1044</sup> Ibidem, p. 135.

parte, conaturais ao homem, tal como o valor da dignidade da pessoa humana<sup>1045</sup>. Trata-se, igualmente, de uma abordagem filosófica que extrapola os limites do mundo jurídico.

Noutro viés, encontram-se os manuais constitucionais que pela sua concepção adotada de dignidade humana, parecem **favorecer a super-difusão e valorização** desse princípio no cenário jurídico, com possíveis prejuízos para a democracia. Neste grupo, pode incluir-se Zulmar FACHIN ao referir-se à dignidade humana como o “valor supremo do ordenamento jurídico”, “valor fundante do Estado brasileiro”, e fator de inspiração para a atuação de todos os poderes do Estado<sup>1046</sup>. Todavia, o autor não vislumbra, pelo menos nesta obra, o potencial de tensão entre os poderes do Estado, ao lançarem mão de suas competências para agirem em favor desse princípio. Assim, o leitor fica desavisado, por exemplo, da possibilidade do Judiciário interferir de forma ilegítima na esfera reservada ao Legislativo, ao procurar concretizar esse princípio, em prejuízo do valor democrático.

Ademais, ao citar autores como Luiz Edson FACHIN e Luiz Regis PRADO, Zulmar FACHIN ainda faz referência à dignidade humana como um “princípio emancipatório” e um “princípio de justiça substancial”<sup>1047</sup>. Entretanto, como já foi aqui ressaltado, o autor não oferece nenhum parâmetro sobre a forma como esse caráter emancipatório do princípio pode ser operacionalizado, como se esta questão, não oferecesse nenhuma controvérsia. Além do que, a abordagem apresentada por ZACHIN sobre a dignidade humana, como valor nuclear do ordenamento jurídico brasileiro, favorece a super-valorização desse princípio no meio jurídico.

Em lições de direito constitucional de Luiz Roberto BIORA, o autor sintetiza a sua posição com relação à dignidade humana afirmando que se trata de “um valor supremo que engloba o conteúdo de todos os direitos fundamentais”<sup>1048</sup>. Aqui, vale repisar as discussões argüidas no capítulo 1, a respeito dos riscos que acompanham a

---

<sup>1045</sup> Cf. NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. São Paulo: FTD, 1997. p. 60-62.

<sup>1046</sup> Cf. FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 185.

<sup>1047</sup> Cf. Ibidem, p. 186.

<sup>1048</sup> BIORA, Luiz Roberto. **Lições de direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: CEC, 2008. p. 14.

preferência por um princípio *a priori*. Como se sabe, de acordo com a teoria dos princípios de ALEXY, a precedência de um princípio sobre outro deve operar-se a partir da ponderação das circunstâncias do caso concreto, pois mesmo a dignidade humana pode ser relativizada<sup>1049</sup>. Ademais, há controvérsias na doutrina a respeito da afirmação generalizada de que todos os direitos fundamentais procedem do princípio da dignidade da pessoa humana, devido ao extenso catálogo daqueles direitos previstos na Constituição brasileira. Com efeito, a melhor doutrina sugere que ao menos sejam distinguidos diferentes graus desta vinculação<sup>1050</sup>.

Uadi Lammêgo BULOS enuncia a dignidade humana como um imperativo de justiça social e um valor supremo do ordenamento jurídico. Aduz, também, que o preceito consubstancia conteúdos de valores espirituais (liberdades) e materiais (saúde, alimentação, educação, etc)<sup>1051</sup>. Entretanto, apesar de colacionar diversas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em matéria de dignidade da pessoa humana, nenhum comentário apresenta sobre o papel do Judiciário no processo de concretização do princípio em tela.

Na esteira da doutrina majoritária, Gisela Maria BESTER comenta a dignidade da pessoa humana como “o valor supremo que norteia e atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais em nosso ordenamento; é o princípio que se sobrepõe a tudo e em primeiro lugar, por isso considerado megaprincípio, superprincípio”<sup>1052</sup>. Nada obstante, no capítulo 1 desse trabalho, já foram feitas considerações suficientes no sentido de se advertir sobre os riscos de considerar a dignidade humana como um superprincípio, pois isso pode pressupor uma superioridade axiológica incompatível com a teoria dos princípios, além de favorecer o uso incondicional do princípio para apoiar as mais diversas teses. Também já foram feitas considerações no sentido de ser necessário dosar os diferentes graus de

---

<sup>1049</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 107-108.

<sup>1050</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 100, 116-117.

<sup>1051</sup> Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>1052</sup> BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. v. 1. p. 289-290.

vinculação entre os direitos fundamentais e o princípio em comento, pois essa vinculação não parece ser tão evidente em todas as situações, como a autora sugere.

Na seqüência, a autora leciona que a efetividade da dignidade da pessoa humana pressupõe: o respeito à vida, os direitos da personalidade, o meio ambiente sadio, limites ao desenvolvimento da ciência, uma ordem econômica que assegure a dignidade de todos, uma ordem social que favoreça a realização da justiça social, a função social da propriedade e do contrato, a impenhorabilidade do bem de família, a educação e o preparo das pessoas para o exercício da cidadania<sup>1053</sup>. Também aqui, não se encontra nenhuma referência ao agente desse processo de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao procedimento adequado a esse desiderato.

No curso de direito constitucional de Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como um valor metajurídico, pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, razão pela qual se refuta a relatividade desse valor sustentada por ALEXY, para defender-se na linha de Ingo W. SARLET, apenas a possibilidade de uma concordância prática que harmonize esse princípio em relação a ele mesmo, em face de outros titulares<sup>1054</sup>. Em outras palavras “a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos (...) entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo”<sup>1055</sup>.

Destarte, como é fácil perceber, a concepção de dignidade humana adotada nesse curso, como valor de hierarquia superior que jamais pode ser relativizado em face de outros princípios, favorece a tirania do princípio na prática forense. Pois se é um princípio que sempre se sobrepõem aos demais, bastaria forçar a sua adequação à causa jurídica pleiteada, para teoricamente assegurar a sua vitória. Além disso, já foram feitas suficientes considerações no capítulo 1, a respeito da facilidade de

---

<sup>1053</sup> Cf. *Ibidem*, p. 290-293.

<sup>1054</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 140-142.

<sup>1055</sup> *Ibidem*, p. 142.

associar as mais diversas causas a este preceito, em função da sua amplitude e vagueza.

Além disso, esses autores reconhecem que enquanto no âmbito normativo esse princípio traduz ao mesmo tempo uma reação às barbáries do passado, e uma projeção de um futuro compatível com esse valor, no plano dos fatos, observa-se uma grande dificuldade de concretizá-lo, especialmente pelas dificuldades socioculturais e de ordem econômica, por falta de recursos orçamentários por parte do Estado<sup>1056</sup>.

Nada obstante, não se encontra qualquer referência aos perigos de uma eventual concretização judicial do preceito interferir na atividade política do administrador, especialmente em virtude das dificuldades reconhecidas pelos próprios autores, sobretudo na ordem econômica devido à escassez de recursos. Assim, apesar de elogiarem-se as tentativas de concretização desse preceito<sup>1057</sup>, ignoram-se completamente as possíveis áreas de tensão que a atuação recíproca desses órgãos pode produzir no plano democrático constitucional.

Por seu turno, conforme registrado no capítulo 1, José Afonso da SILVA ensina que a dignidade humana é um valor supremo que serve de fundamento para todos os direitos fundamentais. O autor também enfatiza o aspecto normativo e material do princípio, que deve servir como potencializador dos direitos sociais, e guiar a ordem econômica e social na consecução dos seus fins<sup>1058</sup>. Aqui, reitere-se que a concepção de que a dignidade humana é um valor supremo e que está na base de todos os direitos fundamentais, favorece a super-difusão e valorização desse preceito no mundo jurídico. Ademais, embora o autor destaque o papel realizador da dignidade humana, nada diz sobre o procedimento dessa realização.

Por outra via, caminham os manuais que parecem destacar a **dimensão prestacional da dignidade humana**, em virtude da realidade sócio-econômica do país. Nesta linha, Celso Ribeiro BASTOS sintetiza em um parágrafo que embora a dignidade humana tenha um conteúdo moral, o Legislador constituinte demonstrou uma preocupação maior em auferir-lhe um conteúdo material, no sentido de

---

<sup>1056</sup> Cf. *Ibidem*, p. 142-144.

<sup>1057</sup> Cf. *Ibidem*, p. 144-145.

<sup>1058</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 105.

proporcionar condições para as pessoas terem uma vida digna, especialmente no que tange ao fator econômico. Aduz, ainda, que esse princípio visa coibir práticas como a tortura e outras humilhações, pois coloca o homem como fim último da sociedade<sup>1059</sup>.

Além disso, conforme visto no item 1.4, em outra obra de sua autoria, BASTOS salienta não apenas a dimensão negativa, mas também prestacional da dignidade humana, ao afirmar que este princípio “parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social”<sup>1060</sup>.

BASTOS ainda destaca que “é um dos fins do Estado propiciar as **condições** para que as pessoas se tornem dignas”<sup>1061</sup>. Em seguida, o autor explana que a dignidade humana pode ser agravada de muitas maneiras, quer seja mediante a prática de tortura, quer seja pela insuficiência de qualidade de vida.

Desse modo, BASTOS parece balizar uma nítida vinculação da dignidade humana com condições materiais para o exercício de uma vida digna, sobretudo no âmbito econômico. Nada obstante, não há nenhuma referência aos deveres e limites de atuação dos poderes do Estado na consecução desse objetivo, ou, ainda, qualquer referência sobre as possibilidades jurídicas existentes em caso de omissão do Estado.

Oscar Vilhena VIEIRA, por sua vez, associa a dignidade da pessoa humana com um grande conjunto de condições materiais ligadas à existência humana. No entanto, salienta que apesar de estar vinculada à realização de outros direitos fundamentais, constitui um sentido autônomo que impõe deveres ao Estado<sup>1062</sup>. O autor possui uma compreensão da dignidade em termos de “condição de uma vida que valha a pena ser vivida ou à condição pela qual merecemos ser tratados pelos simples fato de sermos humanos”<sup>1063</sup>.

---

<sup>1059</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>1060</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 425.

<sup>1061</sup> Idem. **(Grifos ausentes no original)**.

<sup>1062</sup> Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 63.

<sup>1063</sup> Ibidem, p. 64.

Segundo o autor, a dignidade da pessoa humana é uma construção de natureza moral, construída socialmente por meio de uma decisão política e não decorrência da própria natureza. E, enfatiza que embora a autonomia e a racionalidade sejam pressupostos da moralidade, o papel fundamental da razão é habilitar o ser humano a estabelecer padrões morais, como este que recomenda respeito às pessoas pelo simples fato de serem humanos<sup>1064</sup>.

Dessa forma, VIEIRA parece destacar o papel emancipatório da dignidade humana ao identificá-la com condições materiais ligadas à existência, e ao atribuir-lhe um sentido jurídico autônomo capaz de ser vindicado perante o Estado. Aqui, registre-se que esse tipo de abordagem encoraja o ativismo judicial, haja vista que este poder também deve contribuir para a concretização do referido preceito. Todavia, não há nenhuma advertência quanto aos limites e possibilidades da concretização da dignidade humana via judicial, tendo em vista a preservação do ideal democrático que repousa no respeito aos demais poderes com representatividade popular.

Walber de Moura AGRA dedica um subitem do seu manual de direito constitucional para tratar exclusivamente da dignidade da pessoa humana. Em sua explanação o autor associa o princípio em tela com um complexo de direitos, como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura. Nesta sede, o autor enfatiza o dever do Estado de propiciar as condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana, sem qualquer referência sobre como esta atuação do Estado deve proceder no âmbito da separação dos poderes. Ademais, o autor destaca que a dignidade humana é um atributo que independe do mérito das pessoas, e que não existe uma conceituação criteriosa do que venha a ser esse princípio<sup>1065</sup>.

Kildare Gonçalves CARVALHO destina um tópico do seu manual ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em sua abordagem descreve que o princípio em tela representa “não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse

---

<sup>1064</sup> Cf. *Ibidem*, p. 64-68.

<sup>1065</sup> Cf. AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 124-125.

princípio”<sup>1066</sup>. Afora esta tiragem filosófica, percebe-se uma nítida preocupação do autor em vincular este postulado não apenas aos direitos individuais, mas também aos direitos econômicos, sociais e culturais. Além disso, o autor reforça esse preceito ao vinculá-lo com a proibição da prática de tortura e qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, os direitos personalíssimos e os direitos sociais dos trabalhadores<sup>1067</sup>. Desse modo, parece que o autor preocupa-se com o caráter emancipatório da dignidade humana, embora seja omissivo quanto ao papel do Judiciário no processo de consolidação dos direitos fundamentais.

Em seu manual de direito constitucional, Paulo Lopo SARAIVA procura demonstrar em poucas linhas o descompasso entre o comando normativo da dignidade da pessoa humana e a realidade sócio-econômica da sociedade brasileira. Segundo esse autor, as elites do Brasil utilizam este princípio como mero argumento de retórica, sem qualquer concreção jurídica<sup>1068</sup>. Nas suas próprias palavras “os baixíssimos índices sociais do Brasil afastam qualquer perspectiva de vivência num ambiente digno”<sup>1069</sup>.

Note-se que embora o autor evidencie o divórcio que existe entre o que preceitua a dignidade humana e a o cenário arcaico da realidade social do país, nada diz a respeito de duas questões fundamentais que acompanham esta constatação: i) o princípio da dignidade da pessoa humana pode contribuir para um projeto emancipatório da sociedade brasileira, atuando como fator de transformação dessa realidade? ii) em sendo afirmativa a resposta, de que forma esse projeto emancipatório pode ser operacionalizado? (ver item 2.5).

Finalmente, registre-se que de todos os quarenta e nove manuais consultados, apenas um apresentou uma **abordagem mais completa** da dignidade humana, enfrentando alguns dos seus principais elementos, adotando uma linha de orientação capaz de minimizar o fenômeno da sua super-difusão. Trata-se do curso de direito constitucional de André Ramos TAVARES, que dedica um capítulo próprio para tratar

---

<sup>1066</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 247.

<sup>1067</sup> Cf. Idem.

<sup>1068</sup> Cf. SARAIVA, Paulo Lopo. **Manual de direito constitucional**: a constituição deles não é a nossa. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 40.

<sup>1069</sup> Ibidem, p. 41.

da dignidade da pessoa humana. Neste manual, o autor faz referência às dificuldades conceituais do princípio, devido à sua vagueza e abstração, o que permite a existência das mais variadas definições. Mas, reconhece que em determinadas situações é possível visualizar com clareza quando esse princípio é absolutamente violado<sup>1070</sup>.

Apresenta o princípio como um dos fundamentos da República brasileira (artigo 1º, inciso III, da CF/88), e com o aporte de outros doutrinadores, confirma o entendimento de que a fim de realizá-lo, o Estado deve proporcionar as condições materiais para que as pessoas sejam dignas<sup>1071</sup>.

Na tentativa de encontrar uma definição, o autor vale-se de KANT, e outros autores, para estabelecer alguns contornos do princípio, entre eles: o homem é um fim em si mesmo, é um ser dotado de autonomia e racionalidade, possui uma dimensão negativa (garantia de que a pessoa não vai ser objeto de ofensas e humilhações) e outra positiva (busca pelo pleno desenvolvimento das pessoas)<sup>1072</sup>.

Enfrenta a questão de a dignidade humana ser ou não um princípio absoluto e com o aporte principalmente em ALEXY, chega à conclusão de que não se trata de um princípio absoluto. Explicita ainda que quando ALEXY fraciona a dignidade humana parte em regra, parte em princípio, a parte absoluta seria a regra e não o princípio, e que mesmo nesse caso tratar-se-ia de um comando apenas formalmente absoluto, no sentido de que não há nenhuma cláusula restritiva da norma, como acontece com a inviolabilidade de domicílio prevista no artigo 5º, inciso XI, da CF/88, que contém algumas ressalvas<sup>1073</sup>.

O autor também questiona se a dignidade do homem está na base dos direitos fundamentais. Após percorrer alguns autores que se manifestam favoravelmente a essa questão, parece alinhar-se ao pensamento de Ingo W. SARLET, ao afirmar que não é possível afirmar necessariamente que todos os direitos fundamentais possuem em sua essência esse fundamento, ou, pelo menos, faz referência à necessidade de

---

<sup>1070</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 492-494.

<sup>1071</sup> Cf. *Ibidem*, p. 493.

<sup>1072</sup> Cf. *Ibidem*, p. 494-498.

<sup>1073</sup> Cf. *Ibidem*, p. 498-501.

diferenciarem-se diversos níveis dessa vinculação<sup>1074</sup>. Chega a afirmar que “não se pode transformar o princípio em referência em um axioma jurídico, em uma verdade universal, incontestável e absoluta: em outras palavras, em um mito”,<sup>1075</sup>.

Dessa forma, percebe-se que o autor tem uma visão bastante apurada da dignidade humana, em conformidade com a melhor doutrina, e que enfrenta os pontos nevrálgicos desse preceito. Segue uma linha coerente que pode minimizar o fenômeno de super-difusão do princípio em tela ao reconhecer a vagueza e abstração dos seus termos, a possibilidade de sua relativização, e a necessidade de distinção dos diversos níveis da sua vinculação com os direitos fundamentais.

Ademais, o autor deixa transparecer que a dignidade humana tem haver com qualidade de vida e condições materiais de subsistência, o que parece muito óbvio em um país de terceiro mundo. Apenas parece ficar sem resposta como deve operar-se a interpretação e concretização desse postulado, no atual momento do constitucionalismo em que o Judiciário interfere cada vez mais nas decisões políticas do Estado. De tal modo, no que pese a qualidade da abordagem realizada por TAVARES, “fica no ar” quais seriam os limites do Judiciário para a promoção dessa qualidade de vida ínsita ao princípio, pois o autor apenas menciona genericamente que esse é um dever do “Estado”.

Para finalizar, cumpre ainda mencionar o grande número de manuais que não trazem **nenhuma referência expressa** ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entre eles, encontra-se a obra de José Carlos Cal GARCIA, que ao tratar dos princípios fundamentais destaca a soberania nacional, a legitimidade do exercício do poder e as relações internacionais do país<sup>1076</sup>, sem qualquer alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Já quanto à enumeração dos objetivos básicos do Estado entre os princípios fundamentais, sustenta que servem de “diretrizes da interpretação

---

<sup>1074</sup> Cf. *Ibidem*, p. 501-503.

<sup>1075</sup> Cf. *Ibidem*, p. 502.

<sup>1076</sup> Cf. GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 3.

constitucional e da elaboração legislativa subsequente”<sup>1077</sup>. Desse modo, pelo que se percebe, não há menção expressa ao princípio pesquisado.

Em situação semelhante encontra-se o curso de Valmir PONTES FILHO que aborda os fundamentos da República Federativa do Brasil apenas de modo geral, alegando tratar-se de “normas superiores de observância obrigatória, vinculante de toda e qualquer ação de governo (tenha ela a natureza legislativa, jurisdicional, administrativa ou política, simplesmente”<sup>1078</sup>. Apesar disso, não há explanações teóricas sobre a dignidade da pessoa humana propriamente dita.

Portanto, apenas a título de inventário, registre-se que nos cursos, manuais e elementos de direito constitucional de José Horácio Meirelles TEIXEIRA<sup>1079</sup>, Paulo BONAVIDES<sup>1080</sup>, Ricardo Rodrigues GAMA<sup>1081</sup>, Michel TEMER<sup>1082</sup>, Walter Brasil MUKALLI<sup>1083</sup>, Jorge MIGUEL<sup>1084</sup>, Ari Ferreira de QUEIROZ<sup>1085</sup>, Walter CENEVIVA<sup>1086</sup>, Néelson Godoy Bassil DOWER<sup>1087</sup>, José Tarcízio de Almeida MELO<sup>1088</sup>, Maria Helena DINIZ<sup>1089</sup>, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO<sup>1090</sup>,

---

<sup>1077</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>1078</sup> PONTES FILHO, Valmir. **Curso fundamental de direito constitucional**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 72.

<sup>1079</sup> Cf. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

<sup>1080</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit.

<sup>1081</sup> Cf. GAMA, Ricardo Rodrigues. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Elementos de direito constitucional**. Leme: LED, 1996.

<sup>1082</sup> Cf. TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>1083</sup> Cf. MUKALLI, Walter Brasil. **Direito constitucional e a constituição federal: teoria, legislação e jurisprudência**. Campinas: Agá Juris, 1999. v. 1.

<sup>1084</sup> Cf. MIGUEL, Jorge. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1989.

<sup>1085</sup> Cf. QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito constitucional**. Goiânia: Jurídica IEPC, 1998.

<sup>1086</sup> Cf. CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>1087</sup> Cf. DOWER, Néelson Godoy Bassil. **Direito constitucional simplificado**. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2003.

<sup>1088</sup> Cf. MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

<sup>1089</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

<sup>1090</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Nelson Nery COSTA e Geraldo Magela ALVES<sup>1091</sup>, não se encontra referência expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Pois bem, adotando-se como pano de fundo esses manuais consultados, é possível estabelecer, de modo geral, algumas considerações fundamentais a respeito da abordagem manualística do princípio da dignidade da pessoa humana, quais sejam:

i) *grosso modo*, os manuais costumam oferecer uma abordagem apenas superficial da matéria, com explicações muito sintéticas, e que pouco contribui para o seu desenvolvimento teórico.

ii) alguns manuais optam por uma abordagem mais histórica e filosófica da dignidade humana, associando-a com os direitos naturais, os direitos humanos e os direitos e garantias fundamentais, sem qualquer contribuição para a atividade interpretativa do operador do direito.

iii) com raras exceções, os manuais costumam apresentar a dignidade humana como o valor supremo do ordenamento jurídico, elemento comum dos direitos fundamentais e valor absoluto do sistema, o que contribui para a super-difusão e valorização do princípio no cenário jurídico, com possíveis prejuízos para o ideal democrático.

iv) em face das graves desigualdades sociais vigentes no Brasil, a doutrina manualística costuma enfatizar o aspecto prestacional da dignidade humana, que vincula a atividade do Estado no sentido de proporcionar as condições materiais para o exercício de uma vida digna.

v) apesar de a doutrina destacar o dever do Estado de promover as condições materiais para o exercício de uma vida digna, nada dispõe sobre como essa atuação deve operacionalizar-se no âmbito da divisão dos poderes.

vi) no que pese o neoconstitucionalismo favorecer as decisões do Judiciário, em detrimento dos demais poderes, nos manuais não se encontra qualquer referência aos prejuízos democráticos que podem decorrer do excesso de ativismo judicial

---

<sup>1091</sup> Cf. COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1-2.

inspirado no caráter emancipatório da dignidade humana, tampouco se faz referência ao papel do Legislador na concretização do referido postulado.

vii) se é raro encontrar um manual que apresenta reflexões mais profundas sobre o princípio em tela, com uma abordagem que pode minimizar o fenômeno da sua super-difusão, por outro lado, é surpreendente o número de manuais que sequer desenvolvem a dogmática desse princípio.

Como se vê, embora o estudo dos manuais seja uma constante na vida universitária e nas escolas preparatórias para concursos públicos, observa-se que eles não são aptos a preparar efetivamente os operadores do direito para lidar com questões que envolvam tensões entre constitucionalismo e democracia. Isto porque os manuais se concentram em estabelecer a necessidade de uma atuação pró-ativa do Estado no sentido de realizar as condições materiais necessárias para uma vida digna, mas nada dispõem sobre a operacionalização dessa atuação no âmbito do procedimento democrático. Assim, pode-se extrair que se a abordagem dos manuais favorece a super-valorização do princípio da dignidade humana especialmente no que tange ao seu potencial emancipatório, o que favorece uma atuação mais ativa do Judiciário, por outro lado, parece não oferecer critérios para uma atuação responsável, descuidando-se da democracia.

Daí a conclusão de que se a deferência aos atos do Legislador parece fundamental para equilibrar a relação conflituosa entre a jurisdição constitucional e a democracia, os manuais, de modo geral, parecem pender para o outro lado da balança, ou seja, o da jurisdição, ao estabelecerem em bases firmes a necessidade de sua atuação, sem qualquer alusão a possíveis limites de ordem democrática. Desse modo, verifica-se que se o juiz deve ser o guardião da democracia, os manuais pouco ou nada contribuem para a consolidação dessa função!

## CONCLUSÃO

A consagração expressa do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional é uma conquista da modernidade, e representa um extraordinário avanço no sentido de justificação e legitimação do Estado democrático de direito. Segundo esse preceito, o Estado moderno é apenas um meio para realizar os ideais humanos, e não o contrário. Por isso, pode-se afirmar que a dignidade humana é um dos valores mais importantes do ordenamento jurídico, pois orienta a atividade estatal e serve como barreira de proteção dos direitos fundamentais. Além de servir como instrumento de resgate das promessas da modernidade, e como veículo de transformação social.

Na esfera jurídica, não se pode negar que o princípio da dignidade humana serve como fundamento da maior parte dos direitos fundamentais, e exerce uma importante função hermenêutica ao atuar como elemento unificador do sistema normativo. Com efeito, a eficácia interpretativa desse postulado parece ganhar dimensões transcendentais no atual modelo hermenêutico-sistemático, ao servir como principal referencial axiológico do ordenamento jurídico, e principal instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e do mínimo existencial.

Nada obstante, o presente estudo buscou demonstrar que a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana pelo intérprete não se dá sem dificuldades, antes produz algumas inquietações que emergem principalmente do seu elevadíssimo grau de abstração e generalidade, capaz de aceitar as mais diversas idéias na tentativa de preencher o seu espaço de indeterminação. O fato é que em nome da dignidade da pessoa humana podem-se defender **concepções** completamente distintas e contraditórias, em prejuízo da desejável segurança e previsibilidade do direito. Isto porque, ainda carece de resposta a pergunta mais importante, ou seja, o que é a “dignidade humana”.

Além da dificuldade de definir o que seja a dignidade humana, observa-se que devido à sua importância político-filosófica, esse princípio tem sido utilizado

diretamente para resolver um grande número de questões, mesmo as mais insignificantes, o que tem contribuído para a sua super-difusão e banalização no meio jurídico. Assim, parece que tudo (ou quase tudo) pode ser enquadrado no valor da dignidade da pessoa humana, e que com algum esforço argumentativo qualquer ideologia pode ser albergada pelo seu preceito.

Este quadro parece agravar-se ainda mais no paradigma (neo)constitucional, que tem como alguns de seus elementos centrais a sobreposição da Constituição e dos princípios sobre a teoria da interpretação, e a ponderação como método de racionalização do direito. Ocorre que diante desses elementos, o juiz passa a ser o protagonista principal do movimento pós-positivista, pois é ele quem diz a última palavra sobre a Constituição. Daí a constatação de que o (neo)constitucionalismo parece estar estabelecido sobre areia movediça, pois esse modelo, quando levado ao extremo, favorece o **decisionismo** e a **judicialização da política** a partir da perspectiva interna dos juízes, e não dos destinatários do direito.

Em face disso, evidencia-se a supremacia judicial como opção epistemológica (neo)constitucional, pois aumenta-se a responsabilidade dos juízes na interpretação moral de conceitos indeterminados como a dignidade humana, e no projeto de emancipação social consagrado pelo dirigismo constitucional de 1988. Isto porque, como já foi dito, o governo dos juízes importa em escolhas políticas, o que causa certo constrangimento para a democracia, em virtude do caráter contra-majoritário do Poder Judiciário.

Não é de se admirar, portanto, que a grande questão que se impõe diante da consolidação das normas compromissárias do texto constitucional, seja como esse projeto emancipatório – capitaneado pela dignidade humana – pode ser operacionalizado sem que a jurisdição lance mão de competências legislativas. A resposta a essa questão pode comportar graves riscos para a democracia, especialmente em tempos de desencantamento da política e crise de representatividade.

A despeito do risco democrático, é claro que não se quer aqui negar – que um país como o Brasil, que ainda convive com demandas pré-históricas como o combate a fome e a reforma agrária – a necessidade de certo grau de ativismo judicial, a fim de

resgatar as promessas da modernidade sonegadas à maioria da população brasileira. Entretanto, o que parece estar em jogo não é apenas a legitimidade do Judiciário para intervir no processo de efetivação dos direitos sociais, mas, sim, a extensão da sua competência, em face de outros poderes instituídos, sobretudo o Legislativo.

Neste contexto, este trabalho procurou demonstrar que o ativismo judicial nem sempre é sinônimo de progresso e modernidade, e, quando levado ao extremo, pode causar sérios prejuízos ao regime democrático. Daí a necessidade, apontada por esta pesquisa, de estabelecerem-se *standards* para a atuação jurisdicional, a fim de reconciliar o constitucionalismo com o valor da democracia.

Disto decorre que a questão parece ser muito mais estabelecer diretrizes e preconizar níveis diferenciados de ativismo, do que fazer uma opção binária do tipo ativismo ou contenção judicial. Na realidade, sustentou-se neste trabalho que o ativismo judicial não deve ser homogêneo para todas as questões, mas deve ser mais intenso na tutela dos direitos fundamentais e na proteção da higidez do procedimento democrático.

Dessa forma, no presente estudo, recomenda-se aos juízes mais modéstia para reconhecer que existem limites para a sua atuação, especialmente de ordem democrática. E, que eles devem adotar uma postura mais respeitosa em relação às decisões tomadas pelos demais poderes, em virtude de sua legitimidade eleitoral. Dito isto, cumpre salientar que a jurisdição pode ser compatível com o princípio democrático, desde que a sua atuação seja capaz de minimizar os efeitos dessa tensão (constitucionalismo *versus* democracia). Em outras palavras, é preciso dosar com cuidado os ingredientes dessa fórmula, a fim de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio, evitando-se abordagens mistificadoras de suas funções.

Com efeito, percebe-se que o problema que emana da tensão entre o constitucionalismo e a democracia, emerge principalmente quando o intérprete aplica diretamente os princípios, sem levar em consideração as regras estipuladas para regular aquela situação específica, como que “saltando” por sobre elas. Pois, como é sabido, ao aplicarem-se diretamente os princípios prevalece a valoração pessoal do juiz, que carece de legitimidade popular para determinar os rumos políticos da nação.

Ao passo que quando se dá preferência às leis na aplicação do direito e no processo de densificação da dignidade da pessoa humana, privilegia-se a mediação do Legislador e, por consequência, a democracia.

Assim, a fim de salvaguardar o caráter republicano da democracia, é imperioso concluir que a lei desempenha um papel fundamental no processo de emancipação social, e na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, deve-se assegurar a sua primazia como fonte de direito, no sentido de constituir uma razão forte para decidir. Pois, no plano teórico, em virtude de sua suposta conexão com a vontade popular, a lei pode representar uma abreviação no ônus argumentativo do julgador.

Dessa forma, preconiza-se uma necessária deferência aos atos do Legislativo, em homenagem ao regime democrático. Isto porque, conforme já foi comentado, a preferência pela aplicação das regras no cenário jurídico tem haver com a questão da legitimidade política do poder de decisão, que deve estar assentada na instituição de maior legitimação popular. E mais do que isso, deve-se reconhecer que apesar de exercer uma atividade vinculada, o Legislador possui discricionariedade legislativa e liberdade de conformação dos preceitos constitucionais, razão pela qual suas decisões devem ser respeitadas e obedecidas.

De outro lado, por óbvio, isso não significa que não deve haver um controle jurisdicional baseado na violação dos princípios constitucionais, pois, como se sabe, deve haver uma fiscalização rigorosa da lei quando ela se afasta dos fins e interesses previstos naquele documento. Todavia, o que se quer aqui ressaltar é que a Constituição não é auto-evidente e deixa espaços para a liberdade de conformação do Legislador. Por isso, devem-se respeitar as escolhas políticas realizadas por esse órgão, a não ser em circunstâncias excepcionais, em que elas se afigurem evidentemente contrárias à Constituição.

Como se vê, por mais banal que pareça, deve ser dito (repetido) que a presunção é de constitucionalidade das leis, ainda que seja uma presunção *iuris tantum*. Assim, somente se admite a superação dessa presunção em casos de inconstitucionalidade manifesta, a partir de cargas argumentativas muito sólidas, com

o propósito de salvaguardar o processo político democrático. Em caso de dúvida, ressalte-se, deve-se manter a posição do Legislador, por força de sua origem democrática.

Ora, essa ordem de preferência no momento de aplicar o direito, de buscar primeiramente as regras e somente depois, quando necessário, os princípios, impõe-se em homenagem ao valor democrático que serve como **condição** necessária para o próprio desenvolvimento da dignidade humana. Afinal, o princípio da dignidade da pessoa humana somente pode florescer em um ambiente de pluralismo político, em que se fomente o espaço público de debate onde a base popular possa ser ouvida. Por essa razão, recomenda-se que somente a parte interna da dignidade humana seja suscetível de interpretação pelo Poder Judiciário, devendo a sua parte de maior indeterminação ser preenchida pela deliberação política democrática, a cada momento histórico, de acordo com a vontade popular. Registre-se que essa opção pela valorização das escolhas políticas do Legislador, parece afigurar-se acertada em virtude da confiança nos seres humanos como seres reflexivos, dotados de dignidade para definir o seu futuro. Isto porque, existe uma nítida vinculação entre democracia e dignidade humana, de tal forma que uma não pode ser compreendida fora do contexto da outra.

Contudo, apesar da necessidade de que a balança pese um pouco mais para o lado da democracia, ao prestar-se especial deferência ao papel do Legislador no processo de concretização do princípio da dignidade humana, parece ser outra a compreensão esquadrihada pelos manuais de direito constitucional. Sem embargos, um olhar comparativo sobre a manualística da matéria parece revelar uma tendência contrária, favorável ao ativismo judicial com base na dignidade humana, sem qualquer preocupação de ordem democrática.

O problema é que os manuais de direito constitucional, de modo geral, costumam servir de base doutrinária para a formação de grande parte dos juízes, e o sucesso dessa operação que busca a efetivação da dignidade humana em um contexto democrático, depende em grande medida da sua atuação. Por isso, reconhece-se que a garantia de sucesso dessa operação permanece precária, porque não há um órgão

superior para controlar o Judiciário, a não ser a sua própria consciência e o seu compromisso democrático. Por isso, a transformação deve operar-se em primeiro plano, no imaginário do próprio intérprete, que deve passar a ver a democracia de fora para dentro, e não o contrário. Vale dizer, a democracia exige um novo tipo de operador do direito, que seja capaz de contribuir para a concretização da dignidade humana em um ambiente democrático.

Em face de tudo o que foi exposto, evidencia-se a necessidade de uma nova filosofia da consciência no paradigma (neo)constitucional, sobretudo mais democrática. Uma filosofia que seja capaz de encontrar um lugar adequado para o Poder Judiciário e estabelecer coordenadas para auxiliar o intérprete na resolução desses dilemas. Pois, a idéia é de que a sociedade pluralista deve participar da leitura da Constituição, contribuindo com a sua esfera de comunicação para compor a realidade jurídica. Isto porque as pessoas, por possuírem dignidade, devem ser emancipadas também para participar do jogo democrático, como seres capazes de governar as suas vidas por meio da participação política.

Nestes termos, é possível que o juiz deixe de ser o rei-filósofo de PLATÃO, que sabe todas as coisas, e passe a ser um agente potencializador de uma filosofia constitucional que valorize o espaço público, por onde possam circular os discursos da sociedade. Assim, preconiza-se a necessidade de estabelecerem-se mecanismos de distribuição do ônus argumentativo, que alterne mediação do Legislador com jurisdição constitucional. Tudo isso, sem deixar de reconhecer que a Constituição tem uma substância, mas aposta no papel epistêmico da lei via Parlamento para delimitar as suas áreas de maior indeterminação. Por fim, ressalte-se que, ainda nessa linha deve repousar a **moderação**, pois a abertura da Constituição, quando levada às últimas conseqüências, pode levar à sua erosão e conseqüente extinção. E isso, poria em risco a própria democracia!

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional.** Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** 370 f. Tese (Concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor Titular em Direito Constitucional), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales.** Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: J. San José, 2004.

\_\_\_\_\_. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales.** Tradução de José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.** Tradução de Carlos Bernal Pulido. Argentina: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

ANDRRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodrigues. **Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Comares: Granada, 1996.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. 27. ed. São Paulo: Vozes, 1995.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Normatividade dos princípios e o princípio da pessoa humana na constituição de 1988. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul./set. 2000.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil: notas de doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 1-41, mar./abr./mai. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: \_\_\_\_\_ *et al.* **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996. p. 124-127.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou de nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

\_\_\_\_\_. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *et al.* **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 75-150.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. New York: Irvington publishers, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BIORA, Luiz Roberto. **Lições de direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: CEC, 2008.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale. *et. al.* 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOCKENFORD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pages; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOROWSKY, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Coimbra: Coimbra, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y language**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na encruzilhada. In: NEWTON, Bignotto (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 100-117.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *et. al.* **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira. (Org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 49-60.

\_\_\_\_\_. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito constitucional: e de teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 1.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1982.

DALVI, Luciano. **Curso de direito constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DIAS, Sérgio Novais; BAHIA, Saulo José Casali. **Constituição e a revisão de 1993: conceito de constituição no mundo moderno, revisão constitucional (art. 3., ADCT/88) e poder constituinte**. Salvador: Ciência Jurídica, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. **Direito constitucional simplificado**. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2002.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. **Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, 8. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. O giro repersonalizante: singular, a viagem do redescobrimto. In:\_\_\_\_\_. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 247-301.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 3. ed. Madrid: Trotta, 2002.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria del derecho em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 159-186.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

\_\_\_\_\_. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

FRANCKL. Victor E. **Em busca de sentido: um psicólogo no campo de concentração**. Tradução de Walter O. Schlupp; Carlos C. Aveline. 2. ed. São Leopoldo: Vozes, 1991.

GAMA, José de Souza. **Curso dinâmico de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Elementos de direito constitucional**. Leme: LED, 1996.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el caracter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1994.

GEBRAN NETO, João Pedro. **Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? **Jus Navigandi**, Teresina, n. 1305, 27 janeiro 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9437>>. Acesso em: 27 nov. 2007.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 49-73.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos; Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 3-22, out./dez. 2006.

GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: MAURER, Beatrice. *et. al.* **Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

\_\_\_\_\_. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1996.

HESPANHA, Antônio Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. **Separata de Vértice**, Coimbra, n. 340-342, 1972.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992.

HOMERO. **Odisséia**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KAMMEN, Michael. **A machine that would go of itself: the constitution in american culture**. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: MAURER, Beátrice *et al.* **Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-184.

LAPORTA, Francisco L. **El imperio de la ley una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007.

LEWIS, Jon E. **The birth of freedom**. New York: Gramercy Book, 2003.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARRAFON, Marco Aurélio. Estado de bem-estar, preceitos programáticos e efetividade da Constituição: uma análise estrutural. In: SCAFF, Fernando Facury. (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 175-215.

MATOS, Ana Carla Marmatiuk. Sete diálogos sobre a relação ensino-aprendizagem no Direito. In: **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *et al.* (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MAURER, Beátrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: \_\_\_\_\_ *et al.* **Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61-87.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIGUEL, Jorge. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1989.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Legislação suspeita?: afastamento da presunção de constitucionalidade da lei**. Curitiba: Juruá, 1998.

MUKALLI, Walter Brasil. **Direito constitucional e a constituição federal: teoria, legislação e jurisprudência**. Campinas: Agá Juris, 1999. v. 1.

NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. São Paulo: FTD, 1997.

NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1.

\_\_\_\_\_. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Bonijuris**, Curitiba, n. 485, p. 5-16, abr. 2004.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTIT, Philip. **Republicanism**: una teoria sobre la libertad y el gobierno. Tradução de Toni Doménech. Barcelona: Paidós, 1999.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 17.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Saraiva: São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

PONTES FILHO, Valmir. **Curso fundamental de direito constitucional**. São Paulo: Dialética, 2001.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito constitucional**. Gioânia: Jurídica IEPC, 1998.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana: anais do V congresso brasileiro de Direito de família**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 2005. p. 273-283.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **Teoria geral do direito constitucional**. São Paulo: Edipro, 1998.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANCHIS, Luis Pietro. **Justiça constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Manual de direito constitucional: a constituição deles não é a nossa**. São Paulo: Acadêmica, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: MAURER, Beatrice. *et. al.* **Dimensões da dignidade**: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988**: Algumas aproximações. No prelo.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. As contribuições sociais e o princípio da afetação. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 98, p. 44-62, jan. 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**: anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2003.

\_\_\_\_\_. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista eletrônica de direito do Estado**, Salvador, n. 4, p. 1-21, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2007.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**: príncipe da Dinamarca. Tradução de Mario de Fondelli. Rio de Janeiro: Newton Compton Brasil, 1996.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.

SOUZA, Antônio Francisco de. **“Conceitos indeterminados” no Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In:\_\_\_\_\_. *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 1-73.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Colisão de direitos fundamentais e princípios da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

\_\_\_\_\_. Quinze anos da Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direito fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury. (Org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 125-173.

TALAMINI, Eduardo. Dignidade humana, soberania popular e pena de morte. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 11, p. 178-195, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007.