

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PROPOSTAS DE HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL PARA SUA APLICABILIDADE E CONTEÚDO.¹

Rafaela Cristina Bergh Pereira²

RESUMO

Este “*paper*” tem por finalidade identificar a dignidade da pessoa humana como um objeto não apenas da Filosofia, mas também do Direito, a quando da sua inclusão em textos internacionais e Constituições Democráticas a partir da segunda metade do século XX, reconhecendo a dificuldade de delimitação de seu conteúdo em face da plasticidade e vagueza do termo “dignidade”, além do risco que este fato apresenta para a democracia. Procura analisar a contribuição de dois autores, Luis Roberto Barroso e Lênio Streck, para a delimitação de uma hermenêutica que permita delinear não apenas o conteúdo como as hipóteses de aplicação da dignidade da pessoa humana para, ao final, avaliar se tais propostas são harmonizáveis entre si ou conflitantes.

Palavras-chaves: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Hermenêutica. Filosofia Moral.

ABSTRACT

This “*paper*” is intended to identify the dignity of the human person as an object not only of philosophy, but also the law, when its inclusion in international texts and Democratic Constitutions from the second half of the twentieth century, acknowledging the difficulty of delimitation of its content in the face of plasticity and vagueness of the term “dignity”, and the risk that this fact has for democracy. To analyze the contribution of two authors, Luis Roberto Barroso and Lênio Streck, for the delimitation of a hermeneutics that allows outline not only the content and the chances of implementation of human dignity to, ultimately, assess whether these proposals are reconcilable between you or conflicting.

Keywords: Human Dignity. Fundamental rights. Hermeneutics. Moral philosophy.

¹ Trabalho apresentado como pré-requisito à aprovação na Disciplina Jurisdição Constitucional ministrada pelo professor Lênio Luiz Streck, na Universidade Estácio de Sá – UNESA Rio de Janeiro.

² Advogada, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Especialista em Direito Administrativo e Políticas Públicas pela Universidade da Amazônia – UNAMA, Mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA, na linha de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos.

INTRODUÇÃO

A Dignidade da Pessoa Humana – princípio que fundamenta os direitos fundamentais, na esfera do Direito Público, e os direitos da personalidade, na esfera do Direito Privado - ao migrar de um objeto do estudo da filosofia moral também para o objeto de estudo do Direito, em face da sua previsão em vários diplomas internacionais e também nas Constituições Democráticas de vários países - dentre os quais se inclui o próprio Brasil, com a Constituição Federal de 1988 - acaba por criar uma necessidade de reviver o debate sobre a relação entre o direito e a moral, em busca de um conteúdo mínimo deste princípio de modo que se possa aplicá-lo sem autorizar uma supremacia da moral sobre o próprio Direito.

A utilização do fundamento da Dignidade da Pessoa Humana expressamente prevista em textos normativos, em razão da sua abrangência ter o potencial de quase tudo justificar, da sua plasticidade – tendo em vista que sofrem impactos direitos de acontecimentos históricos e culturais – e em razão de sua ambigüidade de discurso – posto que o mesmo fundamento poderia justificar posicionamentos judiciais diametralmente opostos - vem sendo inclusive objeto de críticas de alguns juristas por ser taxado de inútil³, e por outros que apontam o risco de tal conceito ser utilizado com propósitos religiosos ou paternalistas.

O Objetivo deste trabalho é evidenciar como este conceito vem sendo trabalhado nas decisões judiciais, e defender a necessidade de uma hermenêutica adequada deste princípio, de modo que sua aplicabilidade não se fundamente no preenchimento de seu conteúdo com a argumentação puramente moral – que pode ser uma variável imprevisível – mas sim sob uma argumentação jurídica levando em consideração todo o ordenamento jurídico imposto pela Constituição Vigente.

Para alcançar este objetivo, este trabalho foi construído a partir de consulta bibliográfica de livros doutrinários de juristas que se destacam no estudo da hermenêutica constitucional, como Lênio Luiz Streck e Luiz Roberto Barroso, de doutrinadores que se destacam no estudo da Filosofia Jurídica, como Vicente de Paulo Barreto, além de pesquisa a artigos produzidos por juristas internacionais e publicados em periódicos acadêmicos, e também na análise de jurisprudências proferidas por Tribunais estrangeiros e nacionais.

Ao final, partindo basicamente das propostas apresentadas por Lênio Streck e Luis Roberto Barroso, se pretende avaliar se as propostas são de fato viáveis ao fim a que se propõem, assim como se elas são excludentes entre si ou complementares.

³ MACKLIN, Ruth. *Dignity is a useless concept*, British Medical Journal 327:1419,2003. Disponível em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789/> último acesso em 15.11.2015.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DE UM OBJETO DE ESTUDO DA FILOSOFIA MORAL PARA O OBJETO DE ESTUDO DO DIREITO - UM BREVE HISTÓRICO

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sob o enfoque de seu conteúdo valorativo, teve origem na Religião judaico-cristã. Embora a Bíblia não traga no seu bojo um conceito de dignidade da pessoa humana propriamente dito, a partir de diversas passagens, tanto do Antigo quanto do Novo Testamento, construiu-se, neste texto histórico e religioso, um conceito de ser humano que até hoje serve de preceito “espiritual” para a delimitação do seu conteúdo, a partir do momento em que consolidava a idéia de que o homem fora criado à imagem e semelhança de Deus.

Desta premissa o cristianismo extraiu, por conseqüência, considerar o ser humano, e não apenas o ser humano de religião cristã, dotado de valor próprio o que o impedia de ser tratado como mero objeto e no exclusivo interesse de outros humanos.

A partir do período Iluminista, com o antropocentrismo, a dignidade da pessoa humana passa a ser objeto de estudo da filosofia, fundamentando-se na razão, na capacidade de atribuir valor moral e de autodeterminação do indivíduo. Em relação a esta fase, assim se pronuncia Ingo Wolfgang Sarlet⁴:

Já no contexto antropocêntrico renascentista e sem renunciar à inspiração dos principais teóricos da Igreja Católica, Giovanni Pico della Mirandola, no seu opúsculo sobre a dignidade do homem, ao justificar a idéia da grandeza e da superioridade do homem em relação aos demais seres, afirmou que, sendo criatura de Deus, ao homem (diversamente dos demais seres de natureza bem definida e plenamente regulada pelas leis divinas) foi outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado de capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja.

Ao longo do século XVIII, a dignidade da pessoa humana passa a se tornar um objetivo político, um objetivo de ser perseguido pelo Estado e pela Sociedade, constante de forma expressa ou indireta nas constituições liberais que se seguiram à Revolução Francesa, sendo, porém, conferido os direitos garantidos nesta condição apenas àqueles que se enquadravam em determinado status social, estando muitas vezes até mesmo relacionado com o conceito de cidadania.

Porém, a dignidade da pessoa humana somente passou a ganhar importância como conceito jurídico após a II Guerra Mundial, quando, em reação às atrocidades cometidas pelo regime nazista, a dignidade da pessoa humana foi incluída em diversos documentos internacionais (Carta da ONU de 1945 e Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e outros pactos internacionais) e Constituições de Estado democráticos, assim como pelo fato de que percepção jurídica de dignidade da pessoa humana foi favorecida pelo surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximava o Direito da

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Ed. Livraria do Advogado. 10ª Edição. Porto Alegre -2015. P. 36.

filosofia moral e filosofia política, minimizando a separação drástica que impunha o positivismo normativista/ideológico.

Em seqüência, no âmbito do Direito Constitucional, muitas Constituições incluíram expressamente no seu bojo a proteção da dignidade da pessoa humana, o mesmo vindo a acontecer no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que previa, em seu artigo primeiro, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Além disso, mesmo os países que não mencionavam expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana nos seus textos, por meio de decisões judiciais, vinham invocando como força jurídica nas argumentações que a fundamentavam a dignidade da pessoa humana, tal como veio a acontecer nos Estados Unidos⁵ e na França⁶.

Esta nova realidade contribuiu para um diálogo transnacional em torno do conceito e conteúdo da dignidade da pessoa humana, fazendo com que, pelo mundo afora, cortes constitucionais e internacionais enfrentassem temas complexos moralmente, á luz do sentido e alcance deste princípio, e muitas vezes se referissem a decisões estrangeiras como apoio aos seus fundamentos. São exemplos destas decisões os casos que procuraram debater a proibição de derrubada de aviões seqüestrados por terroristas⁷ e a vedação de uso de diário pessoal como meio de prova⁸ que foram submetidos à apreciação do Tribunal Constitucional Federal Alemão; na França, no debate do arremesso do anão, que visava proibir que um portador de nanismo fosse arremessado em casas noturnas e bares em uma espécie de modalidade “esportiva” ainda que contra a sua vontade, ou no caso Perruche, que assegurava a uma criança, por meio de seus representantes legais, o direito de ter sido abortado, face ao fato de ter nascido cega, surda e com transtorno mental grave⁹, dentre muitos outros.

⁵ GOODMAN, Maxime D. *Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence*. *Nebraska Law Review* 84:740, 2005-2006.

⁶ ROUSSEAU, Dominique. *Les Libertés individuelles ET La dignité de La personne humaine*, 1998, p. 62-70.

⁷ BVerfGE, 1 BvR 357/05. Em decisão de 2006, considerou inconstitucional a previsão legal que dava ao Ministro de Defesa poder para ordenar o abate de aviões em circunstâncias nas quais fosse possível assumir que ele seria utilizado contra vidas humanas. V.

[http://www.transnationalterrorism.eu/tekst/publications/Germany%20case%20study%20\(WP%206%20Del%2012b\).pdf](http://www.transnationalterrorism.eu/tekst/publications/Germany%20case%20study%20(WP%206%20Del%2012b).pdf)

⁸ BVerfGE 80, 367. Consiste em Decisão do Tribunal Federal de Justiça que reconheceu que a leitura de registros em diário pessoal viola a dignidade e a privacidade. V. Cristoph Enders, *The right to have rights: the concept of human dignity in German Basic Law* disponível em <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Antonio%20Malaquias/Meus%20documentos/Downloads/4770-15549-1-SM.pdf> último acesso em 15.11.2015

⁹ Decisão disponível em

http://www.courdecassation.fr/publications_vour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletin_s_information_2000_1245/no_526_1362/ último acesso em 22.10.2015. Sobre o Tema: GODOY, Gabriel Gualano de; *Acórdão Perruche e o direito de não nascer*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/12026/nao_nascer_FINAL.pdf?sequence=1 acesso em 22.10.2015.

Contudo, não obstante seja inequívoca a importância da dignidade da pessoa humana como fundamento e fator delimitador do objeto de proteção jurídica no reconhecimento de novos direitos fundamentais - ou mesmo direitos da personalidade, no âmbito da proteção do direito privado -, a maior dificuldade dos juristas está justamente na delimitação do próprio conteúdo material desta dignidade posto que a vagueza do termo, ao mesmo tempo que permite uma adequação do direito aos acontecimentos históricos e sociais que o antecedem, por outro lado, se mal aplicado, pode justificar todo e qualquer tipo de medida judicial em razão de seu potencial de abrangência, de onde se retira, então, a importância da hermenêutica constitucional na adequada delimitação deste fundamento.

A Dignidade da Pessoa Humana e sua Natureza Jurídica

A Dignidade da Pessoa Humana, por ter origem na filosofia, consiste, a princípio, em um *valor*, que se vincula à idéia de justo, bom e virtuoso, o que a coloca ao lado de outros basilares do direito como a segurança e a solidariedade por exemplo. Sendo assim, antes mesmo de ser inserida na esfera do Direito, a dignidade da pessoa humana foi ganhando força em uma cultura pós-positivista, inicialmente representada pela idéia de reaproximação entre o Direito, a Moral e a Ética, sendo que por algum tempo se defendia a idéia de que os *hard cases*, quando se mostrassem insolúveis face a ordem constitucional apresentada, deveriam ser solucionados com o auxílio de outros ramos do conhecimento como a filosofia moral ou política. Tal proceder, contudo, também geravam críticas à atuação do Judiciário quanto à legitimidade para a criação de novas normas, sem que esta função lhe tenha sido atribuída pelas ordens constitucionais vigentes.

Porém quando previsto no formato que assumiu a partir da segunda metade do Século XX, com a previsão expressa em textos internacionais e constituições democráticas espalhadas pelo mundo, de forma expressa ou nas suas entrelinhas, passou a ter também o *status* de *princípio jurídico*, passando então a servir não apenas como fundamento moral, como também como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Tal realidade parece, para alguns, ser uma solução ao fato de o direito positivado (legislação) não conseguir prever todas as hipóteses de aplicação. Porém, para outros, parece um problema na medida em que dá azo a aplicação de métodos que permitem que, dentro de um único ordenamento jurídico, sejam proferidas decisões diametralmente opostas para a solução de casos similares, as quais são normalmente fundamentadas no método da ponderação ou na discricionariedade conferida ao juiz a partir de alguns dispositivos abrangentes como as cláusulas gerais, dentre as quais o próprio princípio da dignidade da pessoa humana pode se enquadrar.

Essa atuação do judiciário, na interpretação do conteúdo e da aplicabilidade da dignidade da pessoa humana no caso concreto - e principalmente nos casos mais controvertidos e/ou quando se está diante de conflito de direitos alicerçados também no mesmo princípio da dignidade da pessoa humana - é que, mais do que um problema de Direito, pode representar um problema Democrático face a separação de poderes previstas na

Constituição Brasileira, de onde se extrai então a necessidade de abordar o tema deste artigo.

PROPOSTAS HERMENÊUTICAS.

Conteúdo Mínimo e Critérios de Aplicação por Luis Roberto Barroso.

O Ilustre jurista Luis Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 2010, produziu, para debate público, o texto “*A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*”¹⁰ no qual buscava traçar, além de um conteúdo mínimo ao princípio da dignidade da pessoa humana, também critérios para a sua aplicação.

Em seu texto, Barroso procura, antes de propor um conteúdo mínimo para a dignidade da pessoa humana, evidenciar a influência do pensamento kantiano¹¹, por ser a referência central na filosofia moral e jurídica, e mais especialmente na temática da dignidade da pessoa humana. Isto porque a filosofia kantiana havia sido construída sobre as noções de razão e de dever, e sobre a capacidade de o ser humano, como ser racional, ser capaz de controlar seus sentimentos e encontrar dentro de si próprio a conduta considerada correta pelo Direito. Contudo, embora a influência das idéias de Kant tenha sido dominante sobre a construção de uma filosofia moral, algumas críticas surgiram em relação à sua teoria, principalmente no sentido de se afirmar que não haveria como se garantir objetividade plena, e isenta de qualquer subjetividade, em face das diferentes perspectivas e experiências de cada intérprete. Tal fato, porém, não veio a impedir que as formulações de Kant sobre o imperativo categórico, autonomia e dignidade continuassem a ser pontos centrais no debate da matéria aqui abordada.

O imperativo categórico pode ser sintetizado no seguinte enunciado: “*age de tal modo que a máxima da tua vontade possa se transformar numa lei universal*”. Ou seja, ao invés de enumerar o que seria a conduta certa e errada, passou Kant a propor um método ou receita para identificar o que seria a ação ética. A autonomia era manifestada a partir da vontade livre do indivíduo e sua capacidade de se autodeterminar, em conformidade com representação de certas leis, com a singularidade de que esta lei não era uma imposição externa, mas sim aquela imposição que cada indivíduo dá a si mesmo. Explica Barroso:

A dignidade na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos se pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – “no reino dos afins”, como escreveu -, tudo tem um preço ou uma dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm um preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário deste raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: toda pessoa, todo ser racional

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf último acesso em 11.11.2015.

¹¹ O autor teve por referência a produção filosófica de Kant na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*

existe como um fim em si mesmo, e não por meio para o uso obrigatório da vontade alheira.

Desta feita, a perspectiva atual da dignidade da pessoa humana absorveu boa parte das idéias kantianas expostas, as quais, combinadas em uma única proposição poderiam ser assim enunciadas: “a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos próprios; e as pessoas humanas não tem preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade”.

Para Luis Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como um conceito *plástico* e *universal*. *Plástico* no sentido de que adquire novas abordagens de acordo com a evolução da sociedade, daí porque ela entra em pauta discussões que envolvem a bioética, a proteção do meio ambiente, liberdade sexual, de expressão, de trabalho dentre muito outros temas. Por sua vez *universal* porque, no afã de criar um conceito transnacional de dignidade, não tem como se afastar de circunstâncias históricas, culturais, sociais e políticas de países díspares, o que mostra a dificuldade de um conceito único.

Apesar disso, defende o ilustre jurista que a dignidade precise ser dotada de um conteúdo mínimo, que confirmam a ela unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação, de modo que, assim, ela não pudesse dar vazão a manipulações diversas que amoldariam a conveniência do julgador.

Par buscar esse conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, o aplicador do direito deve, primeiramente, fazer uma opção pela *laicidade*, afastando-se de qualquer avaliação de cunho religioso, exceto naquilo que todas as religiões compartilhem como visão comum. Em segundo, deve primar por uma *neutralidade política*, adotando elementos que podem ser compartilhados nas mais variadas posições políticas existentes. E, por fim, que esse conteúdo seja também *multicultural*, de modo que possam ser compartilháveis por todo ser que se enquadre na condição de ser humano.

Indo mais além, Barroso, reconhecendo que a moral e o direito são os dois lados de uma mesma moeda chamada dignidade da pessoa humana, informa que também deve o seu conteúdo ser preenchido sob o embasamento de três valores, quais sejam: *valor intrínseco*, *autonomia* e *valor social da pessoa humana*.

O *valor intrínseco* da pessoa humana consiste na afirmação da posição especial do ser humano no mundo, que o distingue dos demais seres vivos e das coisas, sendo dotado de inteligência, sensibilidade e utilizador da comunicação por meio de instrumento complexo como a linguagem, justificando, estes atributos únicos, que lhe seja conferida essa condição singular. Deste valor surge um postulado anti utilitarista (o homem é um fim em si mesmo, e não um meio de realizações de projetos sociais dos outros ou metas coletivas) e outro anti-autoritário (o Estado existe para o indivíduo e não o inverso). Daí se extraem os direitos à vida, à integridade física, à igualdade, integridade moral e psíquica dentre outros.

Por outro lado, Barroso evidencia na *autonomia da vontade* o elemento ético da dignidade, isto porque para a autonomia, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e desenvolver de forma livre a sua personalidade, faz com que a dignidade ganhe espaço nas discussões jurídicas que questionem liberdade religiosa, vida afetiva, trabalho, ideologia, convicções políticas dentre outros do gênero. Informa que essa autonomia pode ganhar proteção em uma forma de autonomia privada, que se expressa nas liberdades individuais, assim como pode ganhar proteção em uma forma de autonomia pública, quando garante a participação de cada indivíduo no processo democrático que orienta o futuro da sociedade em que ele está inserido.

Por fim o *valor social, ou comunitário*, considera o indivíduo em relação ao grupo. Nesta acepção a dignidade da pessoa humana se liga a valores compartilhados no meio social em que vive cada indivíduo, assim como a responsabilidade e deveres de cada um. Acaba servindo muito mais como um limitador da vontade individual de cada indivíduo, do que efetivamente a sua promoção. Contudo, para diminuir os riscos de o moralismo e tirania da maioria se sobrepor sobre os valores individuais já referidos, sustenta que deverão ser levados em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental possivelmente ameaçado; b) a existência de um consenso forte em relação à questão; e c) e existência de risco efetivo para direitos de terceiros.

A partir da delimitação de conteúdos mínimos já especificados e da identificação da dignidade da pessoa humana como um princípio jurídico, sustentou o autor que seria mais fácil unificar a utilização da expressão tanto no âmbito doméstico quanto no internacional, facilitando-se assim o seu emprego no discurso transnacional, pela uniformização das idéias que estão abrigadas na noção de dignidade humana. No mais, sustenta ainda que, nos casos mais difíceis, a adoção da delimitação destes conteúdos mínimos tornariam as decisões judiciais que os solucionam mais transparentes e, por conseqüência, mais suscetíveis ao controle social.

Lênio Streck, por sua vez, embora não enfrente diretamente o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, em seus estudos sobre hermenêutica constitucional, propõe uma metodologia totalmente distinta, que seria apta não a delimitar de antemão o conteúdo inserto no conceito, mas sim orientaria o caminho para alcançar este conteúdo, no caso concreto, a partir da aplicação de uma hermenêutica filosófica, denominada por este de *crítica hermenêutica do direito*, idéia esta que será exposta no tópico a seguir.

Hermenêutica filosófica por Lênio Streck.

O Ilustre Professor Lênio Luis Streck, tem se dedicado a criação de obras literárias que debatem a teoria da decisão judicial. Tanto no livro *Verdade e Consenso*, quanto no livro *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, deixa evidente sua preocupação com as decisões judiciais que cada vez mais “inovam” no direito com base em argumentos influenciados diretamente pela subjetividade dos seus julgadores. Este ativismo judicial - muitas vezes favorecido pela existência de normas vagas, princípios positivados e cláusulas gerais - normalmente dá margem a decisões díspares em casos concretos que muito se aproximam no mundo fático, mormente por estarem sujeitas as

percepções, emoções e subjetividades de cada julgador. O autor faz severas críticas ao processo de judicialização dos problemas da sociedade, que tem cada vez mais ganhando força em uma sociedade onde as cobranças pouco recaem sobre o Poder Legislativo e Executivo, porque se apóia da idéia de que os juízes, desembargadores e ministros que compõem o Poder Judiciário, poderão encontrar, através de sua atividade judicial, uma solução para as suas mazelas.

A aplicação da dignidade da pessoa humana como exclusivo fundamento das decisões judiciais, parece estar justamente nesta conjuntura preocupante a que se refere o autor, mesmo porque em algumas decisões vem sendo o ponta-pé inicial para o desenvolvimento de teses suscitadas pelos juízes, ainda que contrárias à própria norma. É o que acontece, quando um juiz da Justiça Comum, na decisão que concede direitos sucessórios mulher que vivia relação concubinária, paralela ao casamento vigente do concubino, sob o fundamento do princípio da afetividade – não contido expressamente dentro de qualquer texto constitucional ou infra-constitucional – do qual o fundamento inicial seria justamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

A preocupação do autor deixa de ser, então, uma preocupação de hermenêutica jurídica propriamente dita, e passa a ser uma preocupação com o respeito à democracia, na medida em que o Judiciário, ao proferir decisões conforme seu “livre convencimento” - decisões estas favorecidas pelos institutos já elencados - invade competência do Poder Legislativo, ou mesmo do Poder Executivo como já vem acontecendo em outros países com o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional¹².

Sendo assim, Streck propõe uma metodologia em que a solução para *hard cases* pelo Poder Judiciário deva ser buscada no próprio texto legal, que é a linguagem pública compartilhada no ambiente jurídico, a partir de uma hermenêutica filosófica dos dispositivos normativos, evitando-se assim haja um afastamento da lei e se dê azo para a criatividade, sentimentos e subjetivismos do julgador.

Obviamente, a implantação desta metodologia proposta traz uma conseqüência no próprio formato das decisões judiciais proferidas, na medida em que estas, para o alcance da decisão acertada, precisariam ser exaustivamente fundamentadas nos textos da lei. A idéia de Streck parece ter sido a que diretamente influenciou a alteração no Novo Código de Processo Civil, que suprimiu da legislação aquilo que no antigo Código de Processo Civil costumava a se denominar de “o livre convencimento” do juiz.

Para que se entenda o que foi proposto, válido transcrever o artigo do novo texto legal que, antes, se limitava ao *caput* e incisos, sem o acréscimo de parágrafos:

Art. 489. *São elementos essenciais da sentença:*

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

¹² STRECK, Lênio Luis. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> último acesso em 01.11.2015.

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:*

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º *No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.*

§ 3º *A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.*

Sendo assim, entende-se que seja possível que casos de difíceis solução, possam ser resolvidos a partir de uma única decisão correta, posto que esta sempre será decorrente da análise de uma linguagem pública já exposta, sem se sujeitar a subjetivismos puros. Neste diapasão, quando o juiz se visse instado a procurar uma solução em que precisasse aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, não bastava a ele entrar no juízo de valor e dizer o que é bom ou faz bem ao indivíduo, mas sim como seu direito é resguardado dentro do contexto legal vigente e, principalmente, encontrando no direito exposto qual direito, que se fundamente neste mesmo princípio maior, deve ser aplicado em caso de conflito ou colisão.

Resta ressaltar que o jurista em questão não exclui a possibilidade de utilização de conceitos normativos abertos, tal como se pode entender o próprio conceito de dignidade de pessoa humana, mas sim que o encontro deste conceito deve procurar observar, a priori, o que aponta a própria legislação expressamente ou nas suas entrelinhas, não devendo ser adotados em um contexto em que claramente afrontam a norma.

CONTEÚDO MÍNIMO E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO X HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: MÉTODOS HARMONIZÁVEIS OU CONFLITANTES?

Resta agora avaliar se as propostas colocadas tanto por Streck e Barroso, são excludentes entre si, ou se são possíveis de serem harmonizadas de modo que possam orientar uma hermenêutica adequada na aplicação do referido princípio da dignidade da pessoa humana.

Em uma visão preliminar, a posição de Lênio Streck parece ser incompatível com a posição externada por Luis Roberto Barroso, isto porque Barroso procura reconhecer a necessidade aplicação de valores morais na delimitação do conteúdo material do princípio da dignidade da pessoa humana - ainda que na delimitação de um conteúdo mínimo - para o qual sugere os critérios já expostos. Streck parece pregar, por seu turno, que qualquer juízo de valor que não provenha da própria norma. Ocorre que a proposta de Lênio não parece solucionar, como diria o próprio, o seguinte "*busilis*": mas o que fazer quando a hermenêutica filosófica levar, em uma última análise, apenas a aplicação de uma norma consistente em forte conteúdo de valor? Teria o legislador implantado tais normas intencionalmente, demonstrando que a vontade democrática seria no sentido de conferir ao julgador esse poder de completá-la, ou mera falha no momento de edição de normas que poderiam ser mais precisas? E se a intenção do legislador - e em consequência também do povo que o elegeu - era essa, que tipo de controle deverá existir sobre esse juízo de valor a ser emitido? Estaria a sociedade assumindo o risco desta atividade jurisdicional?

Fato é que as normas de conteúdo puramente valorativo tem se evidenciado mais freqüentes no direito brasileiro, normas que algumas vezes mais do que princípios, são verdadeiras cláusulas gerais permitindo a sua aplicação em um número infindável de situações. É o que acontece com o princípio da boa-fé nas relações contratuais, da moralidade na administração pública e até mesmo em relação ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante desta realidade, ainda que ideal fosse a total isenção de juízo de valor nas decisões, quando estes valores são tipificados, abre-se brecha para a aplicação deste juízo de valor de forma legítima, e vindo essa abertura do próprio legislador, não aparenta ser razoável taxá-lo simplesmente de anti-democrático. Por outro lado, não se pode defender que este juízo de valor seja aplicado de forma independente e contrastante com ordenamento jurídico em que ele está inserido, e o qual foi o seu próprio favorecedor.

Parece razoável então a possibilidade de harmonização das teorias apresentadas posto que, a priori, parece que toda e qualquer aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana deve levar em consideração a sua harmonização com os demais dispositivos normativos do ordenamento jurídico, o que implica dizer que qualquer interpretação conteúdística deste princípio que venha a inovar a ponto de afrontar o que dispõe a própria norma estar claramente eivado de ilegitimidade e afrontar o princípio democrático, ganhando então clara importância as contribuições do professor Lênio Streck. Porém quando, em última análise, a solução depender unicamente do preenchimento pelo próprio julgador do conteúdo vago da norma, tal como ocorre no caso em comento, utilizarmos de critérios para a delimitação de seu

conteúdo mínimo, conforme proposto pelo Ministro Luis Roberto Barroso, parece ser a solução adequada para evitar que a norma ao ser preenchida pelo legislador no caso concreto assuma um perfil arbitrário.

CONCLUSÃO

Do que foi exposto no presente trabalho, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, embora seja o que fundamenta todos os direitos fundamentais sem com eles se confundir, tem o potencial para justificar as mais variadas inovações jurídicas em razão da vagueza de seu conteúdo. Se por um lado essa vagueza se faz necessária para lhe conferir plasticidade, e para que assim possa se adequar as realidades históricas e sociais de cada tempo, por outro lado favorece a sua utilização como meio de justificar as mais inúmeras medidas e muitas vezes soluções diametralmente opostas para casos similares, em virtude da abertura que deixa para interpretações subjetivas pelo julgador.

Neste contexto, se faz indispensável a adoção de critérios para a aplicação e delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana, como mecanismos de favorecer uma maior objetividade e previsibilidade na sua aplicação, assim como para impedir arbitrariedades pelo Poder Judiciário que, culturalmente, vem sendo interpretado pela maioria dos cidadãos como a via única de aplicação do direito .

As teorias suscitadas por Lênio Streck e Luis Roberto Barroso, parecem ser grandes contribuições para a atuação judicial neste sentido, em busca de uma decisão correta e mais adequada ao caso concreto, resguardando-se por outro viés as competências de cada qual dos três Poderes previstos na Constituição.

Lênio Streck contribui para uma visão de que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser aplicado de forma absoluta e irrestrita, devendo sempre ser aplicado a partir de uma hermenêutica filosófica que a harmonize com os demais conteúdos normativos constantes no ordenamento jurídico, evitando assim que o princípio tenha uma interpretação que se amolde aos elementos subjetivos de cada julgador, e que esta interpretação, de forma mais grave, afronte norma legitimamente criada a partir de uma ordem democrática.

Porém, levando em consideração o fato de que esta técnica possa levar a situações últimas em que restará apenas ao julgador delimitar o conteúdo da norma, no que diz respeito ao que poderia ser considerado uma vida digna ao ser humano, mostram-se razoáveis as propostas de Luis Roberto Barroso em torno da delimitação de um conteúdo mínimo que possa ser considerado laico, apolítico e universal.

Conclui-se, portanto, que as duas propostas não se excluem, por outro lado, se complementam, devendo a priori a solução ser alcançada a partir de uma hermenêutica crítica e que se coadune com o ordenamento jurídico vigente, e quando esta se mostrar insuficiente face ao fato de a própria norma remeter ao valor de dignidade, adotar-se os critérios para delimitação de seu conteúdo mínimo, evitando assim subjetividades variáveis de julgador a

julgador, conferindo previsibilidade às decisões e resguardando, principalmente, o regime democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos. Estudos preliminares.* Ed. Livraria do Advogado. Porto-Alegre 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* Ed. Melhoramentos. 15ª Ed., São Paulo, 2014.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros temas.* Ed. Livraria do Advogado. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Porto Alegre – 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf último acesso em 11.11.2015.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos.* Ed. Campus 20ª Tiragem, Rio de Janeiro, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado.* Ed. Saraiva. São Paulo, 2015.

COMPARATTO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* IX Edição. Ed. Saraiva. São-Paulo 2005.

GUALANO, Gabriel; *Acórdão Perruche e o direito de não nascer.* Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/12026/nao_nascer_FIN_AL.pdf?sequence=1 acesso em 22.10.2015.

GOODMAN, Maxime D. *Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence.* Nebraska Law Review 84:740, 2005-2006.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de Filosofia do Direito*. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes, in: Opendadores – Kant (II)*, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 103-162.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. Ed. Ver. Atual. E amp. São Paulo, Saraiva, 2008.

MACKLIN, Ruth. *Dignity is a useless concept*, British Medical Journal 327:1419, 2003. Disponível em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789/> último acesso em 15.11.2015.

RAO, Noemi. *On the use and abuse of dignity in constitutional Law*. Conlumbia Nournal of European Law 14:201, 2007-2008, p. 212 e 221.

ROUSSEAU, Dominique. *Les Libertés individuaelles ET La dignité de La personne humaine*, 1998, p. 62-70.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Ed. Livraria do Advogado. 10ª Edição. Porto Alegre -2015. P. 36.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luis. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Ed. Saraiva. 5ª Edição Revista, modificada e ampliada. São Paulo. 2014

_____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Judicial*. 4ª Ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> último acesso em 01.11.2015.

WARBURTON, Nigel. *Uma breve história da Filosofia*. Ed. L&PMPocket. Porto Alegre, 2015.

