

REFLEXÕES SOBRE A PRÉ-COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DE SENTIDO

Reinaldo Pereira e Silva *

Sumário: Introdução: A estrutura circular da dignidade da pessoa humana; 1. Os pressupostos doutrinários da pré-compreensão jurídica; 1.1. A teoria das dimensões dos direitos fundamentais; 1.1.1. Os direitos fundamentalíssimos; 1.1.2. As três dimensões dos direitos fundamentais; 1.1.3. O princípio da isonomia; 1.2. A teoria da universalidade dos direitos fundamentais; 1.3. A teoria da vontade política; 2. Os princípios metajurídicos da pré-compreensão; 2.1. O princípio da razoabilidade; 2.2. O princípio da unidade axiológica; 2.3. O princípio da máxima efetividade; 2.4. O princípio da imediata aplicação; Conclusão; Referências.

Resumo: Ao sistematizar conhecimentos dispersos, este ensaio sobre a dignidade como condição de possibilidade de sentido busca demonstrar que a pré-compreensão jurídica não prescinde do desenvolvimento de um articulado arsenal metodológico. Assim, a ordenação de pressupostos doutrinários e princípios metajurídicos relacionados aos direitos fundamentais é exigência não só primacial, mas medular à elaboração da compreensão jurídica da dignidade

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; Princípios Metajurídicos; Princípio da Razoabilidade.

Abstract: This essay points out the dignity as a possible meaningful condition, when it systematizes dispersed knowledge, so it tries to demonstrate that juridical pre-comprehension does not dispense with the development of a clear and methodological arsenal. Therefore, the coordination of doctrinaire approaches and meta-juridical principles towards basic rights is not only an important requirement, but crucial to draw up juridical comprehension of dignity.

Keywords: Human Being Dignity; Basic Rights; Meta-Juridical Principles, Reason Principle.

* Doutor em Direito. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e mestrado em direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Introdução: A estrutura circular da dignidade da pessoa humana

No plano da nova hermenêutica constitucional, enredada com a dignidade da pessoa humana,¹ é impossível proceder à “elaboração da compreensão jurídica” (interpretação) das regras e dos princípios constitucionais, mormente daqueles relacionados com os direitos fundamentais, sem que se pré-compreenda a linguagem em que se fala dos direitos fundamentais, assim como o ambiente político-ideológico que inspirou a ação do poder constituinte originário (*pouvoir constituant originaire*)² e que, na textura aberta de seu registro lingüístico, também deve orientar o trabalho dos intérpretes/aplicadores da Constituição (a coisa de que o texto trata em seus empenhos práticos).³ Tal ambiente político-ideológico, a partir da segunda metade do século XX, envolve a superação de uma concepção de constitucionalismo pautada pela identificação acritica do direito à lei e da lei a toda deliberação legislativa arrebatada pela idéia formalista da vontade da maioria.⁴ Não se deve esquecer que “os direi-

¹ Mesmo se tratando de categoria axiológica aberta, pode-se, em termos largos, definir a dignidade como um atributo *a priori* da pessoa humana, uma qualidade que emerge da natureza mesma do homem. É a dignidade, expressa na capacidade humana de eleger seu próprio ser, que torna o homem condição de toda vida ética, e da vida jurídica inclusive. Sendo uma qualidade humana intrínseca, irrenunciável e indisponível, a dignidade é atributo de todos os homens e exige que a cada homem, pelo simples fato de ser homem, seja reconhecido o *status* de pessoa e, em decorrência, a condição de fim em si mesmo, jamais de meio apenas. Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: LTr, 2002. p. 188-92.

² Cf. PACTET, Pierre. **Institutions politiques. Droit constitutionnel**. Paris: Armand Colin, 1997. p. 69.

³ Sobre pré-compreensão, GADAMER, Hans-Georg. [Hermeneutik II]. **La philosophie herméneutique**. Traduction par Jean Grondin. Paris: Presses Universitaires, 2001. p. 79-80. Sobre pré-compreensão jurídica, LARENZ, Karl. [Methodenlehre der rechtswissenschaft]. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 242-9; HESSE, Konrad. [Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland]. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 61-3; MÜLLER, Friedrich. [Recht – Sprache – Gewalt]. **Direito – Linguagem – Violência**. Tradução por Peter Neumann. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 40-1; BONAVIDES, Paulo. O método concretista da Constituição aberta. **Revista de direito constitucional e ciência política**, Rio de Janeiro, ano III, n.4, jan./jun. 1985. p. 146.

⁴ No famoso ensaio de 1946 dedicado à reflexão sobre a justiça, Gustav Radbruch defende a tese de que há leis que não são direito e que o direito existe para além das leis. Lembra o autor que as leis que sequer aspiram à realização da justiça, deixando conscientemente de lado a isonomia, não são apenas um direito defeituoso, o que ocorre em tais casos é a ausência pura e simples do direito.

tos fundamentais são precisamente direitos contra a maioria” (*diritti contro la maggioranza*), inscritos na Constituição como limites e vínculos aos poderes do Estado.⁵ A superação da concepção reducionista do fenômeno jurídico – o ultrapassado constitucionalismo da separação dos poderes⁶ – é a responsável pelo aparecimento da concepção de constitucionalismo de que é tributária a nova hermenêutica constitucional, na qual a constatação da validade da ação estatal, além de critérios formais, igualmente se pauta pela observância de critérios materiais. Com efeito, é o trânsito da Constituição concebida como mera garantia – embora não efetiva – para a concepção de Constituição que soma à função de garantia um extenso programa de ação que favorecerá o aparecimento do constitucionalismo dos direitos fundamentais e que irá balizar o desenvolvimento de sua correspondente hermenêutica.

Os critérios materiais a que se relaciona o atual constitucionalismo dos direitos fundamentais não se cingem ao conteúdo histórico de uma Constituição em sentido formal (*Constitution au sens formel*),⁷ abarcando, antes ainda, a supraconstitucionalidade, isto é, o conjunto de condicionantes ético-jurídicos preexistente ao exercício do poder constituinte originário.⁸ A Constituição em sentido material (*Constitution au sens matériel*),⁹ segundo Otto Bachof, “exige que se tome em consideração o direito supraestatal”,¹⁰ porque, na modernidade, ou o direito guarda conformidade

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza, 2002. p. 343.

⁶ Para uma crítica ao constitucionalismo da separação dos poderes, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 537-45.

⁷ Cf. PACTET, Pierre. Op. cit., p. 67; STERN, Klaus. [Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland]. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Tradução por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalín. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 206-7.

⁸ Cf. BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernst et al. [Handbuch des verfassungsrechts der Bundesrepublik]. *Manual de derecho constitucional*. Tradução por Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p. 118.

⁹ Abstraindo as normas cujo conteúdo, por contingências históricas, integram a Constituição em sentido formal, são normas materialmente constitucionais apenas aquelas que versam sobre a disciplina do poder político (forma de Estado, competência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, forma de governo, sistema de governo, regime político, etc.) e sobre os direitos e garantias fundamentais (aí incluída a disciplina da ordem econômica e da ordem social). Cf. TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*. Paris: Dalloz, 1991. p. 136-7.

¹⁰ BACHOF, Otto. [Verfassungswidrige verfassungsnormen?]. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 46-7.

com certos conteúdos éticos, ou não existe direito propriamente dito.¹¹ Assim, não é tautológico afirmar que, na hermenêutica correspondente a esta nova concepção do constitucionalismo, a interpretação jurídica dos direitos fundamentais, que são prerrogativas que visam a assegurar a plena revelação da dignidade da pessoa humana, orienta-se pela pré-compreensão ético-jurídica da dignidade da pessoa humana.¹² E outra não poderia ser sua orientação metodológica, já que a *ratio* dos direitos fundamentais “é a defesa, de forma institucionalizada, das prerrogativas da pessoa humana contra os excessos de poder cometidos pelos órgãos do Estado e o estabelecimento de condições humanas de vida, assim como a promoção do desenvolvimento multidimensional da personalidade humana”.¹³

Em termos hermenêuticos, a compreensão jurídica apresenta “uma estrutura circular, visto que só dentro de uma totalidade já dada de sentido (uma regra ou um princípio) se manifesta como (uma regra ou um princípio), e uma vez que toda interpretação se move no campo da compreensão prévia, pressupondo-a como condição de sua possibilidade”.¹⁴ Não existe, portanto, interpretação sem preconceitos, sem pressupostos.¹⁵ Para Martin Heidegger, “toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que quer interpretar”.¹⁶ O que significa dizer que “a interpretação não é que, primeiramente, leva alguma coisa à compreensão, antes pressupõe uma compreensão e signifi-

¹¹ “Embora o direito seja apenas, nas conhecidas palavras de Georg Jellinek, um ‘mínimo ético’, a verdade é que não deixa nunca de ser justamente um mínimo ético, pois de outro modo também não será direito” (BACHOF, Otto. Op. cit., p. 43).

¹² Reafirmando a lição de Gustav Radbruch, é possível observar que o norte axiológico em que se constitui a dignidade humana, em sendo avesso ao anacrônico positivismo legalista, é capaz de assegurar à nova hermenêutica constitucional duas importantes orientações pragmáticas: por primeiro, a certeza de que nem toda lei é direito e, como decorrência necessária, a convicção de que o direito, como promotor de valores e prerrogativas humanas, existe para além das deliberações legislativas.

¹³ SZABO, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem. In: VASAK, Karel (Org.). **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: LTC, 1983. p. 27.

¹⁴ CORETH, Emerich. [Grundfragen der hermeneutik]. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução por Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 23.

¹⁵ Não é demais afirmar que toda interpretação se dá num tempo e num lugar determinados, contemporânea a seu horizonte de experiências e interesses. Cf. PALMER, Richard. [Hermeneutics]. **Hermenêutica**. Tradução por Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 140.

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. [Sein und zeit]. **Ser e tempo**. Parte I. Tradução por Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 209.

ca ‘elaboração da compreensão’, elaboração explícita do que foi compreendido”.¹⁷ Com essas considerações, resta evidenciada a importância da pré-compreensão na compreensão jurídica. Cumpre agora discorrer sobre a relação de circularidade entre a pré-compreensão e a interpretação, como o faz Hans-Georg Gadamer, porquanto, no círculo da compreensão (*cercle de la compréhension*), a antecipação de sentido (*l’anticipation de sens*), pela qual o todo é pré-compreendido, dá lugar à interpretação de suas partes, que se determinam em função do todo, determinando elas também o mesmo todo. Dessa maneira, “o movimento da compreensão se conduz sempre do todo (*tout*) em direção à parte (*partie*) para retornar ao todo (*tout*). A tarefa consiste em ampliar em círculos concêntricos (*cercles concentriques*) a unidade do sentido compreendido” .¹⁸

A estrutura circular da dignidade da pessoa humana, por sua vez, também se expressa na dupla função que sua compreensão jurídica desempenha: primeiramente, condição de possibilidade de sentido (pré-compreensão); em seguida, miolo semântico dos direitos fundamentais (interpretação); novamente, condição de possibilidade de sentido, ou seja, antecipação mais ampliada de sentido; novamente em seguida, miolo semântico dos direitos fundamentais, ou seja, elaboração mais aprofundada da compreensão; e assim sucessivamente. Em razão da circularidade de sua compreensão, a dignidade da pessoa humana, quando realiza a função pré-compreensiva, visa a presidir a elaboração da compreensão jurídica dos direitos fundamentais, como amplamente demonstrado. Da mesma forma, quando envolve com a função interpretativa desses mesmos direitos, a dignidade da pessoa humana resulta por aperfeiçoar as exigências de sua própria significação prévia, pois “quem quer compreender um texto também deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa” .¹⁹ Para efeito deste ensaio, dar-se-á ênfase à dignidade da pessoa humana como

¹⁷ CORETH, Emerich. Op. cit., p. 83. Cf., também, BLEICHER, Josef. [Contemporary hermeneutics]. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução por Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 144. Em outras palavras, a interpretação, como elaboração da compreensão jurídica, não prescinde da pré-compreensão, ao contrário, condiciona-se por uma totalidade de sentido pré-compreendido ou, ao menos, por um contexto de significação co-compreendido.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 73.

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 78.

condição de possibilidade de sentido, desenvolvendo-se nos tópicos seguintes a pré-compreensão dos direitos fundamentais a partir de determinados pressupostos doutrinários e princípios metajurídicos.

1. Os pressupostos doutrinários da pré-compreensão jurídica

Os pressupostos doutrinários são importantes expedientes metodológicos para a pré-compreensão da ordem constitucional, tanto no sentido de garantia das já alcançadas conquistas jurídicas em prol da dignidade humana (vedação ao retrocesso axiológico) quanto no sentido de exigência de concretização de seus compromissos emancipatórios (imposição de um programa de ação continuada e ascendente). Dentre os mais expressivos pressupostos doutrinários, destacam-se: a teoria das dimensões dos direitos fundamentais, que explora o perfil democrático do direito no atual constitucionalismo, assim como o papel social do intervencionismo estatal; a teoria da universalidade, que advoga a imutável natureza axiológica da dignidade humana; e a teoria da vontade política, que explicita o caráter ambíguo e contraditório do direito e do Estado na modernidade. Em seu conjunto, tais pressupostos doutrinários atestam a importância de o direito se inscrever num registro social não passível de disposição, pura e simples, pelo poder. Disso resulta a pré-compreensão da dimensão simbólica dos direitos fundamentais, com seus recursos libertários e criativos, sem ignorar, no entanto, sua dimensão ideológica,²⁰ não raras vezes manipulada com o propósito de azeitar as relações de classe em sociedade e as relações de indiferença em âmbito global.

1.1. A teoria das dimensões dos direitos fundamentais

1.1.1 Os direitos fundamentalíssimos

Um importante pressuposto doutrinário, que explicita a natureza unitária e interdependente das prerrogativas de que se compõe a dignida-

²⁰ Cf. LEFORT, Claude. [L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire]. **A invenção democrática. Os limites do totalitarismo**. Tradução por Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 46-7; 56-8.

de da pessoa humana,²¹ é a teoria das dimensões dos direitos fundamentais. Antes de apresentar as três dimensões dos direitos fundamentais (*liberté, égalité, fraternité*),²² é necessário definir um outro importante pressuposto doutrinário: os direitos fundamentalíssimos, isto é, “os direitos ligados à salvaguarda da própria pessoa humana”.²³ Os direitos fundamentalíssimos são o real fundamento dos direitos fundamentais, já que entrelaçam as prerrogativas primevas, as prerrogativas que conglobam a própria idéia de pessoa humana, sem a qual a dignidade não possui sentido algum. Os direitos fundamentalíssimos, antepondo-se à compreensão das diversas dimensões, consistem no conjunto de prerrogativas inerentes à pessoa humana considerada em si mesma. Dessa maneira, não se identificando com as prerrogativas expressas nas três dimensões, os direitos fundamentalíssimos asseguram-lhes o substrato verdadeiramente humano para o desdobrar-se da dignidade. São, assim, direitos fundamentalíssimos: a vida,²⁴ a integridade física, a integridade psíquica, a honra, a privacidade,²⁵ a imagem, a identidade.²⁶ Destes direitos decorrem diversas vedações à atuação do Estado, vedações estas que lhe conformam o perfil moderno,

²¹ Tal natureza foi bem acentuada pela Proclamação de Teerã, de 1968, ao declarar que “a plena realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível. O alcance de progresso duradouro na implementação dos direitos humanos depende de políticas nacionais e internacionais saudáveis e eficazes de desenvolvimento econômico e social” (artigo 13). E a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, a reforçou, reafirmando que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais” (artigo 5º).

²² VASAK, Karel. Face aux totalitarismes: trois générations de droits de l’homme. **Les actes du IVème colloque sur les totalitarismes**, Fribourg, Editions Universitaires, 1987. p. 33-40; HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. [Handbuch des verfassungsrechts der Bundesrepublik]. **Manual de derecho constitucional**. Tradução por Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p. 84, nota de rodapé 8.

²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102. Cf., também, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Brasil e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Relatório da IV Conferência Nacional de Direitos Humanos**, Brasília, Câmara dos Deputados, 2000. p. 29.

²⁴ No conceito jurídico de vida, estão contidos não apenas os direitos à existência pré-natal e à existência pós-natal, como também os direitos à existência extra-uterina e à existência intra-uterina.

²⁵ No conceito jurídico de privacidade, estão contidos o direito à vida privada e o direito à intimidade.

²⁶ No conceito jurídico de identidade, está contida, além das dimensões civil e social, a dimensão genética.

a exemplo das previstas no artigo 3º comum às quatro Convenções da Cruz Vermelha, de 1949, e das previstas no artigo 8º, parágrafos 1º e 2º, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 1966.²⁷ É em respeito aos direitos fundamentalíssimos que se consideram contrários à dignidade humana o homicídio sob qualquer forma, as mutilações, os tratamentos degradantes, humilhantes, cruéis, a tortura, os suplícios, a escravidão, a servidão, dentre outros atentados. Mas a isto não se resumem às prerrogativas que conglobam a idéia de pessoa humana. Paralelamente às vedações, dos direitos fundamentalíssimos também decorrem diversas imposições à atuação do Estado, mesmo porque igualmente se consideram contrários à dignidade humana a mortalidade infantil evitável, o desemprego, a falta de moradia, o analfabetismo, dentre outros atentados.

1.1.2 As três dimensões dos direitos fundamentais

Três são as condições necessárias para que se entendam como fundamentais certos direitos humanos: 1) é preciso que as sociedades, nas quais eles encontram acolhida, organizem-se sob a forma de Estado de direito (sociedades de indivíduos iguais);²⁸ 2) é preciso que tais direitos estejam positivados nas Constituições dos respectivos Estados e que sejam considerados essenciais à existência e ao conteúdo dos demais direitos da mesma ordem jurídica positiva;²⁹ e 3) é preciso que o exercício de tais direitos positivados seja acompanhado de garantias jurídicas precisas.³⁰ Quanto à primeira condição, que se assenta na convicção de que Estado de direito é Estado de direitos fundamentais, J. J. Gomes Canotilho doutrina que “a constitucionalização dos direitos revela sua fundamentalidade e reafirma sua positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas, servindo, ainda, para legitimar a própria ordem constitucio-

²⁷ VAN BOVEN, Theodoor. Os critérios de distinção dos direitos do homem. In: VASAK, Karel (Org.). **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: LTC, 1983. p. 62.

²⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003. p. 19 e ss.

²⁹ MARCOUX, Laurent. Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Économique Européenne. **Revue internationale de droit comparé**, Paris, n.4, oct./déc. 1983. p. 691.

³⁰ VASAK, Karel. A realidade jurídica dos direitos do homem. In: VASAK, Karel (Org.). **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: LTC, 1983. p. 20.

nal”.³¹ No que concerne à segunda condição, se é verdade que, para denotarem o qualificativo de fundamentais, os direitos precisam estar positivados nas Constituições dos respectivos Estados, posto que não necessariamente de maneira expressa,³² não é menos verdade que há direitos constitucionalmente positivados que não são direitos fundamentais, porque não são considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana. Este esclarecimento é necessário para evitar a banalização da categoria direito fundamental. E, por fim, acerca da terceira condição, cumpre dizer que não são as garantias jurídicas precisas que conferem a certos direitos o caráter de fundamentais; ao contrário, é a fundamentalidade de certos direitos, para o resguardo e a promoção da dignidade humana, que exige garantias jurídicas específicas.

Direitos fundamentais, segundo Konrad Hesse, são os direitos que criam e mantêm “as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana”.³³ Se a salvaguarda constitucional é circunstância necessária – embora não suficiente – para a auto-realização de cada homem, decorrência do reconhecimento jurídico da igual dignidade de todos os homens, deve-se falar da tridimensionalidade de tais direitos apenas com o propósito de evidenciar a consagração gradual das interdependentes prerrogativas humanas pela ordem jurídica positiva. Em outras palavras, os direitos fundamentais, apesar de ascenderem à consciência ética da humanidade progressivamente, apesar de não se consagrarem todos em um mesmo e único tempo, mas ao longo da história da modernidade, não devem ser considerados um ao lado do outro, de maneira incomunicável, nem um à frente do outro, de modo sucessivo e substituto. Estas duas formas de assimilar os direitos fundamentais, porque desconhecem sua unidade e interdependência, reduzem o todo a desconexos fragmentos, incapazes de realizar o revolucionário compromisso com a emancipação humana.³⁴

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 56.

³² Artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988.

³³ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. p. 89.

³⁴ O marco para se pensar os direitos fundamentais na modernidade é o êxito revolucionário francês de 1789. Não obstante sua tríade de valores (liberdade, igualdade e fraternidade), em termos de consagração jurídica a modernidade é, em grande medida, um conjunto de promessas não realizadas.

Para a teoria das dimensões dos direitos fundamentais, o valor liberdade corresponde à primeira dimensão, afeta aos direitos de defesa e de participação, o valor igualdade corresponde à segunda dimensão, afeta aos direitos de proteção e de prestação, e o valor fraternidade corresponde à terceira dimensão, afeta, em regra geral, aos direitos não relacionados ao exercício da liberdade humana, englobando, inclusive, direitos fundamentais não antropocêntricos. Sob a diretriz de que o homem deve ser tratado como um fim em si (*comme une fin en soi*),³⁵ a dignidade não se apresenta como um princípio único e isolado, mas como uma unidade interdependente de prerrogativas, expressa mediante uma “pluralidade de valores que só se abre ao homem paulatinamente na história”.³⁶ Em termos bastante precários, é então possível dizer que a dimensão da liberdade se estabeleceu com a Constituição francesa, de 1791, e com as Dez Primeiras Emendas, também de 1791, à Constituição norte-americana, de 1787;³⁷ a dimensão da igualdade, com a Constituição mexicana de Querétaro, de 1917, com a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, incorporada à Constituição russa, de 1918, e com a Constituição alemã de Weimar, de 1919;³⁸ e a dimensão da fraternidade, com as Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial. Diz-se em termos bastante precários, apenas para exemplificar com a história constitucional da França, porque a idéia de liberdade, inicialmente consagrada, convivia sem pudor com a escravidão de negros nas colônias e com a exclusão de mulheres do direito de voto.³⁹

³⁵ LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: Presses Universitaires de France, 1960. p. 236.

³⁶ HARTMANN, Nicolai. [Zur grundlegung der ontologie]. **Ontologia**. v. I. Tradução por José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 23.

³⁷ “Nos tempos posteriores advieram outras emendas (*amendments*), dentre elas a 13ª e a 14ª, que concederam a cidadania e a liberdade aos negros e que eram normas constitucionais cujo fundo era constituído pelo drama histórico da guerra civil norte-americana” (ZIPPELIUS, Reinhold. [Allgemeine Staatslehre]. **Teoria geral do Estado**. Tradução por Karin Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 424-8).

³⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. Op. cit., p. 430-2.

³⁹ Apesar de a constituinte de 1791 ter abolido a escravidão na França, em cujo território já não havia escravos em decorrência de anterior decisão de Luís XIV, as colônias francesas mantiveram durante décadas a prática da escravidão, a exemplo da Guiana Francesa, onde a abolição somente ocorreu em 1848. Já as mulheres francesas, apenas em 1944, tiveram assegurados seus direitos políticos.

Antes de dar continuidade à exposição da teoria das dimensões dos direitos fundamentais, vale a pena abrir parêntese e relacionar sua classificação com a tipologia dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli. Segundo esse autor, os direitos fundamentais podem ser primários ou secundários. Os direitos fundamentais primários, também denominados direitos substanciais (*diritti sostanziali*), são aqueles pertencentes a todas as pessoas humanas, independentemente de sua capacidade de agir. Tais direitos encerram um fim, na medida em que consistem em expectativas substanciais de não lesão (*di non lesione*), se negativas, ou de prestação (*di prestazione*), se positivas. Os direitos fundamentais secundários, também denominados direitos formais (*diritti formali*), são aqueles que pertencem apenas às pessoas humanas capazes de agir. Tais direitos são, em princípio, instrumentais, na medida em que engendram novas expectativas substanciais.⁴⁰ Dito isso, é possível inserir na categoria direitos primários todos os direitos fundamentalíssimos, a maior parte dos direitos fundamentais de defesa, todos os direitos fundamentais de prestação e todos os direitos fundamentais de solidariedade. Por outro lado, na categoria direitos secundários ingressam a menor parte dos direitos fundamentais de defesa, a exemplo da liberdade de contratar, e todos os direitos fundamentais de participação. Os direitos fundamentais de proteção não se enquadram, nem na categoria direitos primários, nem na categoria direitos secundários. Isso evidencia a insuficiência da tipologia de Luigi Ferrajoli.

Dando continuidade à exposição da teoria das dimensões dos direitos fundamentais, após fechar parêntese, é preciso dizer que os direitos de primeira dimensão cobrem duas diferentes acepções de liberdade: a liberdade de agir (qualificação da ação humana) e a liberdade de querer (qualificação da vontade humana). No primeiro caso, figuram os direitos de defesa, que são direitos que se caracterizam pela compreensão da liberdade como ausência de impedimento (proibição) e de constrangimento (obrigação).⁴¹ Para Konrad Hesse, “ao significado dos direitos fundamentais

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 283-5 e 287.

⁴¹ Para Norberto Bobbio, a liberdade de agir encerra aqueles direitos em cujo exercício se encontram “tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer” (BOBBIO, Norberto. [Eguaglianza e libertà]. **Igualdade e liberdade**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 49).

como direitos de defesa do indivíduo frente às intervenções injustificadas do Estado corresponde seu significado jurídico objetivo como preceitos negativos de competência. As competências legislativas, administrativas e judiciais encontram sua limitação nos direitos fundamentais; estes excluem da competência estatal o âmbito que protegem e, nessa medida, vedam sua intervenção”.⁴² São exemplos de direitos de defesa: o direito de propriedade, o direito de ir, vir e permanecer, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de credo e culto. Há que se considerar, ainda, no primeiro caso, os direitos coletivos de defesa,⁴³ de que é exemplo o direito de associação. No segundo caso, figuram os direitos de participação, que são direitos que se caracterizam pela compreensão da liberdade como autodeterminação. Segundo Norberto Bobbio, a liberdade de querer é entendida como “a participação da maior parte dos indivíduos no poder político, uma participação que se realiza gradualmente até o sufrágio universal masculino e feminino”.⁴⁴ Para uma “teoria democrática conseqüente consigo mesma”, os direitos de participação no processo de formação das decisões políticas deveriam ser reconhecidos a todos os homens submetidos – de maneira estável – a essas mesmas decisões.⁴⁵ Esclarece Michelangelo Bovero, em crítica igualmente aplicável ao caso brasileiro, que “não possui nenhum sentido democrático reconhecer o direito de voto a ‘italianos no estrangeiro’, da mesma forma que não tem sentido não o

⁴² HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. p. 91-2. Os direitos fundamentais de defesa “se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 126).

⁴³ Da mesma forma que os direitos fundamentais de terceira dimensão, os direitos coletivos de defesa consagram direitos para além da esfera de exercício de um indivíduo humano isolado, já que, tanto em seu gozo quanto na sujeição às conseqüências de sua lesão, compreendem sempre bens de titularidade transindividual. No entanto, os direitos coletivos de defesa se diferenciam dos direitos fundamentais de terceira dimensão porque se relacionam, de maneira direta, com o exercício da liberdade humana. No exemplo dado, com a liberdade de associar-se. São, assim, direitos fundamentais de primeira dimensão. Cf. LAFER, Celso. Op. cit., p. 127.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. [Eguaglianza e libertà]. p. 64.

⁴⁵ Michelangelo Bovero defende, inclusive, que o *status* formal de cidadão, isto é, o *status* de nacional eleitor, seja excluído do aspecto subjetivo da definição teórica de direitos fundamentais, nele permanecendo, apenas, a qualidade de pessoa humana e a capacidade, ou não, de agir. Em sentido contrário, FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 286-7.

reconhecer a qualquer homem residente de maneira estável na Itália, seja qual seja sua origem e sua proveniência”.⁴⁶

Nos dias atuais, imaginar os direitos de defesa, pura e simplesmente, como não impedimento e não constrangimento é militar num individualismo que não mais encontra respaldo constitucional. A teoria da função social do direito demonstra, sem erro, que nenhum direito de defesa pode ser legitimamente exercido sem levar em conta as proibições de ordem pública e as obrigações sociais que lhe são inerentes.⁴⁷ O que significa dizer que aos direitos fundamentais correspondem deveres fundamentais. Do mesmo modo, é anacrônico e distorcido identificar nos dias atuais os direitos de participação com a efetiva atuação nas decisões políticas do Estado, haja vista a excepcionalidade da área de implementação dos mecanismos de democracia direta diante do alargamento da área de operação dos mecanismos de democracia representativa.

Como direito de segunda dimensão, a igualdade se desdobra em direitos de proteção – exigência de intervenção legislativa nas relações entre particulares com vistas à proteção do polo hipossuficiente (por exemplo, direito ao trabalho e direito do trabalho) – e direitos de prestação – exigência de intervenção executiva mediante fornecimento de serviços públicos (por exemplo, direito à educação e direitos previdenciários). Em relação à primeira forma de intervenção estatal, denota Karel Vasak que, “se o Estado não organiza as condições de exercício do direito ao trabalho, este não pode ter outro sentido senão o de permitir morrer de fome”. E, em relação à segunda forma de intervenção, Karel Vasak assevera que “o direito à educação seria apenas o direito à ignorância, para a grande maioria, se o Estado não fornecesse os meios concretos que permitem aos homens dele desfrutar”.⁴⁸ Em outras palavras, os direitos fundamentais de

⁴⁶ Não é democrática, portanto, a “atribuição dos direitos de participação com base em critérios de pertença à comunidade *ex natura* ou *ex historia*”. Cf. BOVERO, Michelangelo. Ciudadanía y derechos fundamentales. **Boletín mexicano de derecho comparado**, México, UNAM, año XXXV, n. 103, enero/abril 2002. p. 24-5.

⁴⁷ Consultar o famoso parecer em favor da viúva de um guarda civil, MANGABEIRA, João. **Idéias políticas**. v. I. Brasília: Senado Federal, 1987. p. 491-504.

⁴⁸ VASAK, Karel. A realidade jurídica dos direitos do homem. p. 23.

proteção são direitos que se relacionam a uma idéia de igualdade ainda bastante conforme ao princípio da isonomia, na medida em que se valem da própria lei para igualar situações iguais e desigualar as desiguais. Adverte João Mangabeira que, para não tornar a isonomia “uma ficção inútil, ou uma cilada atroz”, o Estado-legislador deve “amparar a debilidade dos fracos e apagar a voracidade dos fortes”. O regime, em tais casos, deve ser caldo e sangria. Não igualmente para ambos. Caldo aos anêmicos e sangria nos pletóricos”.⁴⁹ Já os direitos fundamentais de prestação se relacionam a uma idéia de igualdade mais à frente dos parâmetros meramente legislativos do princípio da isonomia, que é a igualdade de oportunidades.⁵⁰ A igualdade de oportunidades, ainda que possa se valer de parâmetros legislativos para desigualar as situações desiguais, exige sempre efetiva prestação de serviços públicos.

Os direitos fundamentais de prestação são, portanto, direitos a condições materiais indispensáveis, por primeiro, à preservação dos direitos fundamentalíssimos e, em seguida, ao exercício das liberdades de agir e de querer. Nas palavras de Konrad Hesse, “os direitos fundamentais de prestação são a garantia da base em que se assenta a existência individual”.⁵¹ Sob a égide da igualdade de oportunidades, o fornecimento de serviços públicos pode se dar tanto de forma universal quanto de forma diferenciada. No primeiro caso, a todos é assegurado amplo acesso aos serviços públicos. É o que ocorre com o direito à saúde e com o direito ao ensino fundamental. No segundo caso, “uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior”.⁵² Trata-se, neste último caso, de um direito concebido a partir da idéia de igualdade de oportunidades e implementado a partir da idéia de isonomia. Um exemplo da “equiparação de duas desigualdades” por meio da implementação diferenciada das oportunidades são as cotas étnicas nas universidades públicas.⁵³ Seja de forma universal, seja de forma

⁴⁹ MANGABEIRA, João. Op. cit., p. 499.

⁵⁰ Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. Op. cit., p. 455-7.

⁵¹ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. p. 97.

⁵² BOBBIO, Norberto. [Eguaglianza e libertà]. p. 32.

⁵³ A recente experiência legislativa brasileira assume a política de cotas para negros como uma verdadeira política de compensação histórica. Nisto ela se afasta da orientação da Suprema

diferenciada, é nos direitos de prestação que se encontra a nota mais característica da segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Para a teoria das dimensões dos direitos fundamentais, as dimensões relativas à liberdade e à igualdade dizem respeito, em regra geral,⁵⁴ à individualidade humana:⁵⁵ os direitos de liberdade resguardam a individualidade subjetiva e os direitos de igualdade, a individualidade objetiva.⁵⁶ Ademais, ambos os direitos, não apenas os de liberdade, estão relacionados ao exercício da liberdade humana: os direitos de liberdade de forma direta e os direitos de igualdade de forma indireta. Já a terceira dimensão dos direitos fundamentais, que expressa o valor fraternidade,⁵⁷ consagra direitos para além da esfera de titularidade e exercício de um indivíduo humano isolado.⁵⁸ Tais direitos traduzem a idéia de transindividualidade, tanto no que concerne a seu gozo, quanto no que concerne às conseqüências de sua lesão. Como na disciplina da transindividualidade o

Corte norte-americana sobre a experiência das ações afirmativas orientadas pelo critério étnico. Nos Estados Unidos da América, por força de uma pré-compreensão marcadamente individualista, considera-se inconstitucional a política de cotas, muito embora se admita a constitucionalidade do critério étnico nos programas de admissão de estudantes nos cursos de nível superior. Cf., mais recentemente, *Grutter vs. Bollinger* (2003). O que significa dizer que, no Brasil, a questão social preside a recente experiência das ações afirmativas. Nos Estados Unidos da América, pelo menos segundo a orientação da Suprema Corte, as ações afirmativas não são o contrapeso do racismo e de sua persistente história. No entanto, é preciso deixar claro que as cotas étnicas nas universidades públicas, embora sejam um bom exemplo de direito ao fornecimento de um serviço público de forma diferenciada, talvez não sejam um exemplo rigoroso de direito fundamental de prestação.

⁵⁴ Uma exceção são os direitos difusos do consumidor, de que é exemplo a prerrogativa de não ser destinatário de propaganda enganosa. Sem perder a natureza de direito de proteção (direito de igualdade), tal prerrogativa encontra sua expressão na forma de direito transindividual.

⁵⁵ São, portanto, direitos providos, no ordenamento constitucional brasileiro, daquela garantia suprema de rigidez do parágrafo 4º, do artigo 60. Noutras palavras, são direitos inseridos normativamente em “cláusulas pétreas”. Não é demais lembrar que a garantia suprema de rigidez, destinada aos direitos individuais e aos princípios fundamentais, é previsão original da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que veio a se tornar a Constituição alemã do pós-guerra. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 588-99; TÁCITO, Caio. Os direitos do homem e os deveres do Estado. In: WALD, Arnaldo (Org.). **O direito na década de 80**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 253; SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. **Interesse público**, São Paulo, n. 17, 2003. p. 69-74.

⁵⁶ Os direitos de igualdade dizem respeito à individualidade objetiva porque envolvem o concurso do Estado e da sociedade para sua plena realização. Cf. LAFER, Celso. Op. cit., p. 127.

⁵⁷ Cf. FLORY, Maurice. Mondialisation et droit international du développement. **Revue générale de droit international public**, Paris, n.3, 1997. p. 624-32.

⁵⁸ Cf. LAFER, Celso. Op. cit., p. 131.

bem jurídico protegido é sempre fisicamente indivisível, é possível distinguir duas espécies de direitos fundamentais de terceira dimensão com base na amplitude de seus titulares: 1) direitos de solidariedade coletiva, se determináveis (por exemplo, o direito à história de uma dada comunidade); e 2) direitos de solidariedade difusa, se indetermináveis (por exemplo, o direito ao meio ecologicamente equilibrado). Não é demais lembrar que a indeterminação da titularidade dos direitos de solidariedade difusa é resultado da natureza do bem que lhes corresponde, também conhecido como “patrimônio comum da humanidade”. Nesta última categoria estão incluídos “temas que apenas fazem sentido enquanto reportados ao globo terrestre na sua totalidade”⁵⁹ e enquanto associados às gerações presentes e às gerações futuras.⁶⁰ Em regra geral, os direitos de terceira dimensão não estão, direta ou indiretamente, relacionados ao exercício da liberdade humana.⁶¹ São direitos que se relacionam, por exemplo, a idéias como a de ambiente natural e de ambiente cultural, incorporando, em sua expressão mais avançada, inclusive direitos manifestamente não antropocêntricos,⁶² como os direitos dos animais não humanos.⁶³

Para além das especificações apresentadas, bastante úteis do ponto de vista pragmático, importa para a teoria das dimensões dos direitos fundamentais afirmar que a pré-compreensão da dignidade da pessoa humana, ao esclarecer o caráter histórico das diversas dimensões dos direitos fundamentais, objetiva, antes de tudo, explicitar a natureza unitária e interdependente das prerrogativas de que se compõe, concluindo que liberdade sem igualdade é opressão do mais forte sobre o mais fraco, que igualdade sem liberdade é padronização anti-humanista e que ambos os valores, ainda quando casados, não se realizam senão mediante a promoção simultânea da fraternidade. Afastando, provisoriamente, o foco dos

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, São Paulo, CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n.39, 1997. p. 110-1.

⁶⁰ HOOFT, Visser T. Développement technologique et responsabilité envers les générations futures. *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, tome 36, 1991. p. 43-6.

⁶¹ Os direitos fundamentais à paz e ao desenvolvimento são exemplos de direitos de solidariedade difusa que se relacionam, indiretamente, ao exercício da liberdade humana.

⁶² Ainda hoje o direito à diversidade da flora possui manifesta razão antropocêntrica, ou seja, a diversidade da flora é protegida pelo direito na medida em que beneficia o homem.

⁶³ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. p. 68-73.

direitos não antropocêntricos – dada a ausência de consenso doutrinário acerca de seu estatuto –, pode-se dizer que a pré-compreensão da unidade e da interdependência das prerrogativas humanas afasta a possibilidade, na elaboração da compreensão jurídica, do indigno tratamento da pessoa somente como um meio (*seulement comme un moyen*),⁶⁴ traduzindo a dignidade, dentre outros plausíveis sentidos, como uma exigência de não instrumentalização do ser humano (*exigence de non instrumentalisation de l'être humain*).⁶⁵

1.1.3 O princípio da isonomia

Além de ser o valor inspirador dos direitos de segunda dimensão, a igualdade – um problema contínuo da humanidade (*un problème éternel de l'humanité*) – é, antes ainda, na forma de princípio da isonomia, a nota político-jurídica que distingue a modernidade (sociedade de indivíduos iguais) da pré-modernidade, (sociedade de indivíduos desiguais).⁶⁶ Com efeito, no direito da pré-modernidade a tendência era a exclusão de “determinadas espécies de homem (escravos, mulheres e, de certa maneira, estrangeiros) ou a construção de uma ordem hierárquica entre os homens com relação aos seus direitos”, no direito da modernidade vige a “pretensão de inclusão generalizada dos homens no âmbito jurídico”.⁶⁷ Em consequência, o princípio da isonomia não diz respeito apenas aos direitos de segunda dimensão, mas norteia a interpretação dos direitos fundamentalíssimos e de todas as dimensões dos direitos fundamentais. No entanto, é necessário dizer muito mais. Respeitada a inclusão generalizada dos homens no âmbito jurídico, o princípio da isonomia também exige a observância simultânea de um indicativo de não-discriminação (igual tratamento na lei) e de um indicativo de imparcialidade (igual tratamento perante a lei). O indicativo de não-discriminação, dirigido ao Poder Legislativo e aos

⁶⁴ LALANDE, André. Op. cit., p. 236.

⁶⁵ ANDORNO, Roberto. La Convention d'Oviedo: vers un droit commun européen de la bioéthique. In: AZOUX-BACRIE, Laurence (Org.). **Bioéthique, bioéthiques**, Bruxelles, Bruylant, 2003. p. 63.

⁶⁶ RADEV, Yaroslav. La révolution française et le droit constitutionnel. **Revue internationale de droit comparé**, Paris, n.1, jan./mars 1990. p. 276-7; BOVERO, Michelangelo. Op. cit., p. 18-9; TERRÉ, François. Op. cit., p. 42-3.

⁶⁷ NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados**, v. II, Salvador, Conselho Federal da OAB, 2002. p. 1092-3.

demais órgãos com atribuições regulamentares, significa que o princípio da isonomia não admite tratamento diferenciado na lei senão amparado na regra de justiça. Segundo Norberto Bobbio, “entende-se por regra de justiça aquela segundo a qual se deve tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual”.⁶⁸ Nesse sentido, a regra de justiça é contrariada não apenas quando se trata de maneira desigual situações iguais, mas também quando se trata de maneira igual situações desiguais. Na verdade, “as pessoas têm o direito a ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”.⁶⁹ Já o indicativo de imparcialidade, outro desdobramento do princípio da isonomia, dirige-se aos Poderes Executivo e Judiciário e deles exige, quando da aplicação do direito ao caso concreto, equanimidade em face de seus destinatários. Dessa maneira, o indicativo de não discriminação, que combate, na lei, tanto desnivelamentos quanto standardizações, ganha plenitude quando se soma ao indicativo de imparcialidade, que se opõe, perante a lei, a favorecimentos e/ou perseguições.

1.2. A teoria da universalidade dos direitos fundamentais

A teoria da universalidade dos direitos fundamentais é outro importante pressuposto doutrinário da pré-compreensão jurídica da dignidade humana. Em sentido subjetivo, a universalidade é sinônimo da igual dignidade de todos os homens independentemente do espaço territorial onde se encontram.⁷⁰ Dissociando o caráter isonômico dos direitos fundamentais das fronteiras jurídicas dos Estados nacionais, a universalidade sustenta que todos os homens são titulares das mesmas prerrogativas, muito embora vinculados a diferentes culturas. Em outras palavras, a universalidade é uma concepção isonômica supra-estatal dos direitos fundamentais.⁷¹ Incorrendo em grave desatino, autores de escol insistem em opor a

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. [Eguaglianza e libertà]. p. 20.

⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 122. Exemplo de tratamento diferenciado na lei que não salienta discriminação e, por esta razão, se coaduna à regra de justiça é a distinção de tempo de contribuição e idade entre homens e mulheres para a aquisição do direito à aposentadoria.

⁷⁰ HARTMANN, Nicolai. [Philosophie der natur]. p. 297.

⁷¹ Assevera Michael Freeman que “o universalismo dos direitos humanos é compatível com o respeito à diversidade cultural porque os defensores dos direitos humanos podem celebrar todas

universalidade ao multiculturalismo. A pretexto de defesa da diversidade cultural, o que tais autores advogam é o feito circunstancial dos direitos fundamentais. Não há dúvida de que a insistência nesta desarrazoada oposição, em muitas ocasiões, corresponde à legitimação de padrões geográficos e ações espaciais que, a despeito de sua variedade, em nada contribuem para a emancipação humana;⁷² ao contrário, servem de anteparo à opressão.⁷³ Dessa maneira, a universalidade, em sentido subjetivo, é “uma condição de existência dos direitos (fundamentais) do homem, pois os direitos do homem ou são universais, ou não são direitos do homem”.⁷⁴

Além do olhar geográfico/subjetivo, a universalidade pode ser apreendida de um ponto de vista objetivo, isto é, a partir da pressuposição da igual dignidade de todos os homens independentemente da questão temporal.⁷⁵ Neste último caso, a universalidade dos direitos fundamentais é o reconhecimento de que os direitos fundamentais do homem não são criação histórica, muito embora sua ascensão à consciência ética da humanidade seja historicamente datada. É sabido que, para Norberto Bobbio, “os direitos do homem são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.⁷⁶ Importa entender bem esta conhecida afirmação, dela não

as culturas, com a condição de que elas não oprimam e aviltem aqueles que estão sob seu poder. A moralidade que não permite crítica externa da cultura em referência a um respeito pela pessoa humana está preparada para colaborar com o mal radical. A idéia dos direitos humanos universais coloca uma barreira mínima a essa espécie de colaboração” (FREEMAN, Michael. Direitos humanos universais e particularidades nacionais. **Cidadania e Justiça. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, ano 5, n. 11, 2001. p. 97).

⁷² Todas as culturas geograficamente localizadas “possuem concepções acerca da dignidade humana, mas nem sempre a identificam em termos de direitos humanos”. Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 114.

⁷³ Um exemplo gritante é a prática da mutilação genital feminina nos países islâmicos africanos. Assevera Ruth Macklin que “quem mostra tolerância a esse ritual a partir da noção de ‘respeito à cultura’ deve uma explicação sobre por que tal respeito é um valor superior à obrigação de proteger os vulneráveis de um dano que costuma ser duradoura e, por vezes, resulta em morte” (MACKLIN, Ruth. Bioética, vulnerabilidade e proteção. In: PESSINI, Léo; GARRAFA, Volnei (Org.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003. p. 66-7).

⁷⁴ ANDORNO, Roberto. Op. cit., p. 65.

⁷⁵ RANZOLI, Cesare. **Dizionario di scienze filosofiche**. Milano: Elrico Hoepli, 1952. p. 1222-3; HARTMANN, Nicolai. [Philosophie der natur]. **Ontologia**. v. V. Tradução por José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 297.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. [L'età dei diritti]. **A era dos direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

se deduzindo senão a abertura inclusiva do discurso humanitário, de modo a afastar a admissão ao retrocesso. Porque pautados pela gramática da inclusão, os direitos fundamentais estão sempre abertos ao novo que a história diuturnamente apresenta, somando às antigas as recentes conquistas humanas. Daí por que a desobstrução à novidade não implica relativismo humanitário, como acentua o próprio Norberto Bobbio, numa afirmação igualmente conhecida e na qual admite, apesar da timidez, o “valor absoluto” de expressivos direitos fundamentais.⁷⁷

Impossível negar que a timidez de Norberto Bobbio em afirmar a universalidade dos direitos fundamentais do homem, não como “valor absoluto”, mas objetivamente, decorre de um grande equívoco doutrinário: considerar como direito tudo o que, historicamente, encontrou amparo legal, a exemplo da escravidão e da tortura. Este equívoco é recorrente em todos os pensadores positivistas que ainda não se desvencilharam por completo das amarras do formalismo legalista, isto é, que ainda pré-compreendem muito do direito a partir do constitucionalismo da separação dos poderes.⁷⁸ Esclarece Nicolai Hartmann que “a cambiante validade de determinados valores em determinado tempo não significa seu nascer e perecer ao correr da história. O câmbio não é mutação dos valores, mas mudança da preferência que prestam determinadas épocas a determinados valores”.⁷⁹ Em conseqüência, reconhecer a universalidade dos direitos fundamentais é pré-compreender a dignidade não apenas como uma pluralidade

⁷⁷ “Entendo por valor absoluto o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. É preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outra categoria de pessoas. O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em conseqüência de sua instituição e proteção é universalmente condenada” (BOBBIO, Norberto. [L’età dei diritti]. p. 42).

⁷⁸ “A universalidade pode parecer demasiado utópica, mas, como disse Sartre, antes de ser concretizada, uma idéia tem uma estranha semelhança com a utopia. Seja como for, o importante é não reduzir o realismo ao que existe, pois, de outro modo, impõe-se a obrigação de justificar tudo o que existe, por mais injusto e opressivo que seja” (SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 122).

⁷⁹ HARTMANN, Nicolai. [Zur grundlegung der ontologie]. p. 356.

de valores que só se abre ao homem paulatinamente na história, mas pré-compreendê-la como um valor que existe desde sempre de forma objetiva, já que é imutável, e que se incorpora em todos os homens indistintamente.

1.3. A teoria da vontade política

Outro importante pressuposto doutrinário da pré-compreensão jurídica da dignidade humana é a teoria da vontade política. Para esta teoria, distinguir os direitos fundamentais a partir de sua realização imediata ou progressiva, isto é, a partir do caráter negativo ou positivo do papel do Estado para sua efetivação, é recurso falacioso de que se valem alguns juristas para dissimular decisões políticas que prestigiam certos direitos (em regra geral, os direitos de defesa) e desprestigiam outros (regra geral, os direitos de prestação).⁸⁰ Na obra “O custo dos direitos” (*The cost of rights*), Cass Sunstein e Stephen Holmes defendem a tese de que todos os direitos fundamentais do homem, sem exceção, se envolvem com o papel positivo do Estado, isto é, demandam algum tipo de prestação pública para sua efetivação. A partir daí, resta evidente que também os direitos fundamentais relacionados à dimensão da liberdade não se realizam mediante a mera postura estatal omissiva (ausência de custos), mas igualmente exigem ações comissivas do Estado.⁸¹ Segundo Flávio Galdino:

⁸⁰ Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit., p. 25-30. Sobre a persistência da relevância prática da distinção dos direitos a partir do caráter negativo ou positivo do papel do Estado para sua efetivação, SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas anotações a respeito do conteúdo e possível eficácia do direito à moradia na Constituição de 1988. *Cadernos de direito*, Piracicaba, v. 3, n. 5, dez. 2003. p. 118-9.

⁸¹ É comum dizer-se que o direito de propriedade é um direito de imediata realização, porquanto seu exercício independeria de qualquer gasto público e se efetivaria mediante a simples abstenção estatal. “Cass Sunstein e Stephen Holmes argumentam que não existe propriedade privada sem ação pública, sem prestações estatais positivas. Para os autores, o Estado não reconhece simplesmente a propriedade; o Estado verdadeiramente cria a propriedade. O direito de propriedade depende de um arsenal normativo de criação contínua e perene por parte de agentes políticos, em especial juízes e legisladores. Ademais, a proteção ao direito de propriedade depende diariamente da ação de agentes governamentais, em especial policiais e bombeiros. Todos os agentes referidos são mantidos e pagos pelo Estado, consubstanciando seu trabalho em uma prestação manifestamente pública – positiva – indispensável à configuração e manutenção do direito de propriedade” (GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 192-3). Cf., tam-

“a crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima de tais direitos em detrimento de outros, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos os direitos custam, absolutamente equivocado, descortinando a opção ideológica encoberta pela ignorância”.⁸²

A teoria da vontade política, assim como ocasiona desqualificar a distinção dos direitos a partir de sua realização imediata ou progressiva, identifica a completa letargia e a deficiente atividade,⁸³ tanto do legislador quanto do administrador público,⁸⁴ como inquietantes embaraços à efetividade constitucional. Além disso, também possibilita a conformação de um objetivo parâmetro de avaliação social, capaz de averiguar a correspondência ou a discrepância entre as decisões acerca da locação de recursos públicos e a pluralidade de valores consagrada pela Constituição para o resguardo e a promoção da dignidade humana.

2. Os princípios metajurídicos da pré-compreensão

Da mesma forma que os pressupostos doutrinários, os princípios metajurídicos são importantes expedientes para a pré-compreensão da dignidade da pessoa humana⁸⁵. Tais princípios, em regra geral subjacentes

bém, BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 237-9. Em sentido inverso, sobre a ausência de custos de vários direitos de igualdade, VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría general de las relaciones constitucionales**. Madrid: Dykinson, 2000. p. 148.

⁸² GALDINO, Flávio. Op. cit., p. 189. O artigo citado merece ser consultado integralmente, dentre outros méritos, porque oferece uma exposição detalhada da obra *The cost of rights*. No entanto, não me parece correta a crítica realizada ao sistema brasileiro de serviço público de saúde no primeiro parágrafo da página 206.

⁸³ Trata-se, respectivamente, da inconstitucionalidade por omissão total e da inconstitucionalidade por omissão parcial. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 520-1.

⁸⁴ “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias” (artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988).

⁸⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1998. p. 1096-101; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 130-3.

ao ordenamento constitucional positivado, desdobram-se em absolutos e gerais. Os princípios metajurídicos absolutos são aqueles cujo imperativo não admite exceção; já os princípios metajurídicos gerais admitem-na. Exemplos dos primeiros são o princípio da razoabilidade, o princípio da unidade axiológica e o princípio da máxima efetividade. Exemplo do segundo caso é o princípio da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais. É importante esclarecer que tais princípios se denominam metajurídicos porque integram a pré-compreensão jurídica das regras e princípios constitucionais. Não se confundem com os princípios jurídicos – expressos ou implícitos no ordenamento constitucional –, já que estes são verdadeiras normas e objeto de elaboração da compreensão jurídica e aqueles, como recurso metodológico, são condição de possibilidade de sentido.

2.1. O princípio da razoabilidade

Do ponto de vista material, o princípio da razoabilidade é a pré-compreensão do ordenamento constitucional como um todo semântico comprometido com a emancipação humana, isto é, uma unidade completa de sentido (*unité parfaite de sens*) empenhada com os objetivos do constitucionalismo dos direitos fundamentais.⁸⁶ Esta pré-compreensão afasta da elaboração da compreensão jurídica toda possibilidade de sentido – atribuída às regras e princípios constitucionais – que favoreça a opressão em quaisquer de suas formas. Segundo a consciência hermenêutica da modernidade, embora muitas possam ser as elaborações razoáveis da compreensão jurídica no caso concreto, a interpretação de uma norma constitucional de modo a propiciar a opressão se torna uma elaboração irrazoável da compreensão, ou seja, uma manifesta incompreensão. Do ponto de vista instrumental, a razoabilidade é a combinação de vários subprincípios que orientam a elaboração da compreensão jurídica, destacando-se: a) o da congruência histórica, isto é, o apropriado acordo do significado jurídico com o momento histórico, tanto com sua realidade presente quanto com suas projeções de futuro

⁸⁶ “[...] seul est compréhensible ce qui représente vraiment une unité parfaite de sens”. [...] só é compreensível aquilo que verdadeiramente representa uma unidade completa de sentido. GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 79.

previsível; b) o da legitimidade dos meios para a consecução dos fins; e c) o da ponderação das conseqüências previstas e prováveis. Em sua articulação, os subprincípios identificam o que tradicionalmente se chama prudência.⁸⁷ A prudência, como instrumentalização do princípio da razoabilidade, expressa o caráter material da lógica que orienta a elaboração da compreensão jurídica no constitucionalismo dos direitos fundamentais, já que a lógica formal, “meramente enunciativa do ser e do não ser, não contém estimações sobre a correção dos fins, nem sobre a correspondência entre meios e fins, nem sobre a eficácia dos meios em relação a determinado fim”.⁸⁸

2.2. O princípio da unidade axiológica

O princípio da unidade axiológica, em concordância com a teoria das dimensões dos direitos fundamentais, é a pré-compreensão do ordenamento constitucional como uma unidade interdependente e indivisível de prerrogativas correspondentes aos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. Cabe aqui destacar o caso do direito de ir, vir e permanecer (primeira dimensão), apenas para exemplificar a interdependência e a indivisibilidade das prerrogativas humanas.⁸⁹ Sem que se fale, ao mesmo tempo, do direito à moradia (segunda dimensão), o direito de ir, vir e permanecer sequer pode ser concebido como liberdade humana de agir, já que para o homem que não possui moradia o ir e o vir são uma obrigação e o permanecer, uma proibição. Ainda no mesmo exemplo, cumpre acentuar que as prerrogativas de ir, vir e permanecer não estão correlacionadas apenas com a prerrogativa de morar, mas todas elas, de forma indivisível, guardam reciprocidade com a prerrogativa de viver num meio ecologicamente equilibrado (terceira dimensão). Como salienta Antônio Augusto Cançado Trindade, “já não há lugar para compartimentalizações, impõe-se uma visão integrada de todos os direitos fundamentais”.⁹⁰ Mesmo por-

⁸⁷ Cf. SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 529-33.

⁸⁸ SICHES, Luis Recaséns. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1995. p. 642 e 646.

⁸⁹ Para uma crítica do homem concebido como indivíduo solitário, VILLEY, Michel. *Entretien. Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, tome 36, 1991. p. 297.

⁹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. cit.*, p. 45.

que os direitos fundamentais “não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas se relacionam uns com os outros e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si”.⁹¹

Isoladamente, em que consiste, por exemplo, o direito de propriedade? T. H. Marshall responde: “o direito de propriedade não é um direito de possuir propriedade, mas um direito de adquiri-la, caso possível, e de protegê-la, se se puder obtê-la”. E em que consiste a liberdade de manifestação do pensamento? Ainda segundo T. H. Marshall: “a liberdade de manifestação do pensamento possui pouca substância se, devido à falta de educação, não se tem nada a dizer que vale a pena ser dito, e nenhum meio de se fazer ouvir se há algo a dizer”.⁹² O que se evidencia nesses dois exemplos é que, alheios à pré-compreensão da unidade e da interdependência, os direitos se negam a si mesmos como agentes de emancipação, prestando-se a um disfarce no trajar novos fatores de opressão. É também nesse sentido a lição de Ralf Dahrendorf quando afirma, partindo do compromisso da modernidade com a igualdade de todos os homens, inclusive no que concerne aos direitos de liberdade, que “a igualdade provê o chão da casa, na qual floresce a liberdade; é condição e não meta”.⁹³ Dando mais ênfase à unidade e à interdependência, Ralf Dahrendorf acentua que a igualdade “é condição necessária, e não apenas suficiente, da liberdade de todos. Onde falta, torna-se impossível, em qualquer sentido, a liberdade geral, mas se está presente, só cria a liberdade enquanto possibilidade de auto-realização humana. A liberdade enquanto autodesenvolvimento efetivo necessita, junto com a igualdade, outras condições suplementares”.⁹⁴

Há quem diga que os direitos fundamentais não possuem entre si hierarquia. Como os valores que se expressam nas prerrogativas humanas a possuem,⁹⁵ inaceitável não se inferir que o princípio da hierarquia

⁹¹ LARENZ, Karl. Op. cit., p. 413. “Os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um caso concreto” (RTJ 185/849).

⁹² MARSHALL, T. H.. [Sociology at the crossroads and other essays]. **Cidadania, classe social e status**. Tradução por Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 80.

⁹³ DAHRENDORF, Ralf. [The new liberty]. **A nova liberdade**. Tradução por Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1979. p. 43.

⁹⁴ DAHRENDORF, Ralf. [Gesellschaft und freiheit]. **Sociedade e liberdade**. Tradução por Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981. p. 268.

⁹⁵ Cf. SICHES, Luis Recaséns. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable**. p. 528.

axiológica está subentendido no princípio da unidade axiológica, até porque, sem a pré-compreensão hierarquizada dos valores, não se apreenderia o ordenamento constitucional como um sistema aberto de regras e princípios; ao contrário, entender-se-ia sua (des)estrutura como um amontoado desconexo de normas. Por outro lado, há quem afirme que os casos mais reveladores das relações de hierarquia entre os valores consagrados pela ordem constitucional reclamam a concorrência não abstrata de direitos fundamentais. Antes, porém, de enfrentar a dita concorrência, cumpre distinguir, com base na materialidade do princípio da razoabilidade, os verdadeiros dos aparentes direitos⁹⁶ e diferenciar, dentre os verdadeiros direitos, aqueles que são os fundamentais do homem.⁹⁷ Isso significa dizer, para efeito de análise do caso concreto, que há direitos e direitos fundamentais.⁹⁸ Além disso, dadas a interdependência e a indivisibilidade das prerrogativas humanas, admitir a possibilidade, ainda que excepcional, de concorrência de direitos fundamentais, soa um tanto contraditório. Com efeito, a concorrência traz consigo a idéia de exclusão, de prevalência de um direito em detrimento de outro. Em verdade, o que importa pré-compreender é que as relações de hierarquia entre os valores constitucionalmente consagrados são, por primeiro, uma

⁹⁶ Na análise do caso concreto, o sigilo bancário, por exemplo, pode não ser um verdadeiro direito, uma vez que “o poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas” (RTJ 179/225).

⁹⁷ Já se disse neste ensaio que os direitos fundamentais são os direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana. A consideração acerca do que é e do que não é essencial deve sempre corresponder a um criterioso juízo de razoabilidade. No que concerne à questão do abortamento, por exemplo, é de todo desarrazoado considerar direito fundamental a opção quanto a sua prática. Isso significa negar a existência do direito fundamentalíssimo à vida pré-natal. Divergindo da forma, é possível concordar com John Gray no que concerne à questão de fundo. “Converter um assunto político profundamente conflituoso do ponto de vista moral em assunto de direitos fundamentais é convertê-lo em não-negociável [...] A questão do abortamento nos Estados Unidos da América, onde o assunto é tratado como objeto de direito constitucional em vez de ser tratado como problema de política legislativa, constitui o mais claro exemplo de um assunto conflituoso que se transformou em maior perigo para a paz social” (GRAY, John apud MENDEZ, Emilio García. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos. **Sur. Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, ano 1, n.1, 2004. p. 16).

⁹⁸ Cumpre relembrar a segunda condição necessária para que se entendam como fundamentais os direitos humanos: é preciso que tais direitos, positivados nas Constituições dos respectivos Estados, sejam considerados essenciais à existência e ao conteúdo dos demais direitos da mesma ordem jurídica positiva. Ver item 2.1.2.

percepção sentimental,⁹⁹ e os direitos fundamentais, em suas relações de reciprocidade, não concorrem entre si, não se excluem, mas alcançam seus contornos definitivos, inclusive axiológicos, na medida em que se complementam e se delimitam no caso concreto.

2.3. O princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade, que possui dois olhares, um hermenêutico e um legislativo, é a pré-compreensão do ordenamento constitucional, notadamente das normas que consagram direitos fundamentais, como um sistema capaz de responder às expectativas por ele mesmo geradas da forma mais ampla e completa. Do ponto de vista hermenêutico, o princípio da máxima efetividade é a autorização para a larga utilização da interpretação extensiva e da analogia, com vistas a favorecer o máximo resultado normativo das regras e princípios constitucionais, sem, com isto, abdicar da congruência histórica. Em semelhante sentido, Konrad Hesse fala do princípio da ótima concretização da norma (*gebot optimaler vermirklichung der norm*), definindo a interpretação adequada como “aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa sob as condições reais dominantes numa determinada situação”.¹⁰⁰ Disto resulta a interdependência entre a “vontade de Constituição” (*wille zur Verfassung*) e a realidade histórica, porquanto “a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade”, mas no vigor para materializar, a despeito das “reservas provenientes de juízos de conveniência”, sua própria ordem de valores.¹⁰¹ Ou, nas palavras de Peter Häberle, “a Constituição é o es-

⁹⁹ “Os valores exercem sua força de exigência na vida não por meio de uma autoridade que esteja atrás deles, nem tampouco por uma compulsão que sintamos, senão simplesmente porque são evidentes para nós, nos convencem e são reconhecidos pelo sentimento de valor” (HARTMANN, Nicolai. [Philosophie der natur]. p. 364).

¹⁰⁰ HESSE, Konrad. [Die normative kraft der Verfassung]. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 22-3; HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst et al. [Handbuch des verfassungsrechts der Bundesrepublik]. **Manual de derecho constitucional**. Tradução por Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p. 8-10.

¹⁰¹ HESSE, Konrad. [Die normative kraft der Verfassung]. p. 18-9. Um bom exemplo do desenvolvimento da força normativa da Constituição é a não manutenção de decisões de instâncias ordinárias quando divergentes da orientação definitiva do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Ver RTJ 185/345

pelho do público e da realidade. Não é, porém, apenas espelho senão, também, fonte luminosa, já que sua função é de direção”.¹⁰² A função de direção do ordenamento constitucional é proporcional à capacidade de conservar ao longo do tempo sua identidade axiológica. Sem subestimar as acomodações históricas, pode-se então dizer que o princípio da máxima efetividade, sob o olhar legislativo, é a aceitação pelo legislador do conteúdo axiológico da Constituição como imperativo inafastável, ou, mais precisamente, é “a vinculação da atividade legislativa aos direitos fundamentais”. Segundo J. J. Gomes Canotilho, “a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais’;¹⁰³ exige um complemento: a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais”.¹⁰⁴

2.4. O princípio da imediata aplicação

O princípio da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais, que é um princípio metajurídico geral, no Brasil também possui o *status* de princípio jurídico, já que assentado no parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, isto é, não necessitam de regulamentação infra-constitucional para a plena geração de seus efeitos. Trata-se de um princípio metajurídico geral porque se constitui em regra que admite exceções. É claro que as exceções, que possuem expressa fundamentação constitucional, ostentam natureza transitória, uma vez que as normas que consagram direitos fundamentais exigem imediata aplicação. A não superação legislativa da natureza transitória das exceções caracteriza o que a doutrina denomina de “inconstitucionalidade por omissão”. No entanto, primordial é dizer que o princípio

¹⁰² HÄBERLE, Peter apud BONAVIDES, Paulo. O método concretista da Constituição aberta. p. 149.

¹⁰³ A fórmula referida por J. J. Gomes Canotilho é o resultado da superação histórica – operada pelo constitucionalismo dos direitos fundamentais – da fórmula “os direitos fundamentais apenas no âmbito da lei” – tributária do constitucionalismo da separação dos poderes. Cf., também, ZIPPELIUS, Reinhold. Op. cit., p. 427.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 363-4. Cf., também, HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. p. 94.

da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais, no caso das exceções, impõe a pré-compreensão de tais normas como dotadas de eficácia não só negativa – capacidade de revogar toda e qualquer norma anterior que lhe seja contrária e capacidade de impedir, com o mesmo grau de contrariedade, a promulgação de norma inferior posterior –, mas também de significativa eficácia positiva. Neste último aspecto, ensina Paulo Bonavides que, por ser norma cuja matéria já está definida pela Constituição, “sua aplicabilidade pode manifestar-se de maneira direta, posto que incompleta, ficando, por exigência técnica, condicionada a sucessivas normas integrativas”.¹⁰⁵ Como a maior parte das exceções normativas ao princípio metajurídico da imediata aplicação diz respeito a direitos fundamentais de prestação, de que é exemplo o direito à moradia, a pré-compreensão de sua significativa eficácia positiva corresponde à obrigação, inclusive do Poder Judiciário, de aplicar ao caso concreto o “mínimo garantido” da matéria já definida pela ordem constitucional,¹⁰⁶ isto é, o núcleo material elementar da prestação pública. Nesse sentido, a completude da disciplina da matéria é que teria sua aplicabilidade condicionada à regulamentação infra-constitucional, assim como a plenitude de sua eficácia normativa. J. J. Gomes Canotilho sugere que a idéia de disciplina completa melhor se exprime pela idéia de disciplina complementar, pois a matéria sujeita à regulamentação infra-constitucional já encontra “nas normas constitucionais um primeiro grau de concretização jurídica”.¹⁰⁷ Dessa forma, o grande desafio lançado aos intérpretes/aplicadores dos direitos fundamentais previstos em normas constitucionais que excepcionam o princípio da imediata aplicação e cujos efeitos plenos ainda estão na dependência de regulamentação infra-constitucional não é outro senão definir, no caso concreto, o que materialmente integra o “mínimo garantido” pela Constituição, isto é, qual o preciso alcance do primeiro grau de concretização constitucionais

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 225; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 255-9.

¹⁰⁶ Para identificar o menor grau de qualidade de vida aquém do qual não se pode sequer falar de resguardo da dignidade humana, a doutrina também utiliza as categorias: mínimo existencial, núcleo essencial ou mínimo essencial. Sobre a categoria eleita, MARSHALL, T. H.. Op. cit., p. 93.

¹⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. p. 308.

Conclusão

A dignidade da pessoa humana não deve sujeitar-se a caprichos pessoais, nem a impulsos acidentais, pois, como assinala Paulo Bonavides, “é proposição do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais”¹⁰⁸. Assim, ao sistematizar conhecimentos dispersos, este ensaio sobre a dignidade como condição de possibilidade de sentido busca, com maior ênfase, demonstrar a importância do desenvolvimento de um arsenal metodológico articulado. Com efeito, a coordenação de pressupostos doutrinários e princípios metajurídicos relacionados aos direitos fundamentais é exigência não só primacial, mas medular à elaboração da compreensão jurídica da dignidade. Se fundamentais são os direitos cuja salvaguarda pela Constituição é condição necessária para a realização da igualdade entre os homens e pressuposto indeclinável para o desabrochar do conjunto das potencialidades de todos os homens, a natureza das prerrogativas de que se compõe a dignidade não pode ser senão unitária e interdependente (teoria das dimensões). A universalidade também é exigência inerente à ordenação de uma sociedade moderna, em cuja tessitura, a despeito de fatores temporais e espaciais, vige a convicção da igual dignidade de todos (teoria da universalidade). De igual modo, a consciência do caráter não natural das desigualdades é imprescindível para a afirmação da atualidade dos compromissos da modernidade (teoria da vontade política). Em termos hermenêuticos, todos esses requisitos metodológicos, somados às pressuposições metajurídicas de razoabilidade do ordenamento constitucional, unidade de seus valores, máxima efetividade de seus compromissos e imediata aplicação de suas normas, calçam a direção segura dos intérpretes/aplicadores dos direitos fundamentais, identificando a não realização da jornada ou os desvios de percurso como verdadeiras inconstitucionalidades: no primeiro caso, por ação omissiva, e, na segunda situação, por ação comissiva.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 231.

Referências

ANDORNO, Roberto. La Convention d'Oviedo: vers un droit commun européen de la bioéthique. In: AZOUX-BACRIE, Laurence (Org.). **Bioéthique, bioéthiques**. Bruxelles: Bruylant, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

BACHOF, Otto. [Verfassungswidrige verfassungsnormen?]. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernst et al. [Handbuch des verfassungsrechts der Bundesrepublik]. **Manual de derecho constitucional**. Tradução por Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

BLEICHER, Josef. [Contemporary hermeneutics]. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução por Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

BOBBIO, Norberto. [Eguaglianza e libertà]. **Igualdade e liberdade**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. [L'età dei diritti]. **A era dos direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. O método concretista da Constituição aberta. **Revista de direito constitucional e ciência política**, Rio de Janeiro, ano III, n.4, jan./jun. 1985. p.146.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOVERO, Michelangelo. Ciudadanía y derechos fundamentales. **Boletín mexicano de derecho comparado**, México, UNAM, año XXXV, n. 103, enero/abril 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1998.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CORETH, Emerich. [Grundfragen der hermeneutik]. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução por Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

DAHRENDORF, Ralf. [Gesellschaft und freiheit]. **Sociedade e liberdade**. Tradução por Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981.

_____. [The new liberty]. **A nova liberdade**. Tradução por Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali. Un dibattito teorico**. Roma: Editori Laterza, 2002.

FLORY, Maurice. Mondialisation et droit international du développement. **Revue générale de droit international public**, Paris, n.3, 1997. p. 624-32.

FREEMAN, Michael. Direitos humanos universais e particularidades nacionais. **Cidadania e Justiça. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, ano 5, n. 11, 2001. p. 97.

GADAMER, Hans-Georg. [Hermeneutik II]. **La philosophie herméneutique**. Traduction par Jean Grondin. Paris: Presses Universitaires, 2001. p. 79-80.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

GRAY, John apud MENDEZ, Emilio García. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos. **Sur. Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, ano 1, n.1, 2004. p. 16.

HARTMANN, Nicolai. [Philosophie der natur]. **Ontología**. v. V. Tradução por José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

_____. [Zur grundlegung der ontologie]. **Ontología**. v. I. Tradução por José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

HEIDEGGER, Martin. [Sein und zeit]. **Ser e tempo**. Parte I. Tradução por Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1997.

HESSE, Konrad. [Die normative kraft der Verfassung]. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. [Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland]. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst et al. [Handbuch des verfassungsrechts der Bundesrepublik]. **Manual de derecho constitucional**. Tradução por Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. [Handbuch des verfassungsrechts der Bundesrepublik]. **Manual de derecho constitucional**. Tradução por Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

HOOFT, Visser T. Développement technologique et responsabilité envers les générations futures. **Archives de philosophie du droit**, Paris, Sirey, tome 36, 1991. p. 43-6.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: Presses Universitaires de France, 1960.

LARENZ, Karl. [Methodenlehre der rechtswissenschaft]. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 242-9

LEFORT, Claude. [L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire]. **A invenção democrática. Os limites do totalitarismo**. Tradução por Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MACKLIN, Ruth. Bioética, vulnerabilidade e proteção. In: PESSINI, Léo; GARRAFA, Volnei (Org.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

MANGABEIRA, João. **Idéias políticas**. v. I. Brasília: Senado Federal, 1987.

MARCOUX, Laurent. Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Économique Européenne. **Revue internationale de droit comparé**, Paris, n.4, oct./déc. 1983.

MARSHALL, T. H.. [Sociology at the crossroads and other essays]. **Cidadania, classe social e status**. Tradução por Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1996.

MÜLLER, Friedrich. [Recht – Sprache – Gewalt]. **Direito – Linguagem – Violência**. Tradução por Peter Neumann. Porto Alegre: SAFE, 1995.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados**, v. II, Salvador, Conselho Federal da OAB, 2002. p. 1092-3

PACTET, Pierre. **Institutions politiques. Droit constitutionnel**. Paris: Armand Colin, 1997.

PALMER, Richard. [Hermeneutics]. **Hermenêutica**. Tradução por Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

RADEV, Yaroslav. La révolution française et le droit constitutionnel. **Revue internationale de droit comparé**, Paris, n.1, jan./mars 1990. p. 276-7.

RANZOLI, Cesare. **Dizionario di scienze filosofiche**. Milano: Elrico Hoepli, 1952.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova**, São Paulo, CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 39, 1997, p. 110-1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas anotações a respeito do conteúdo e possível eficácia do direito à moradia na Constituição de 1988. **Cadernos de direito**, Piracicaba, v. 3, n. 5, dez. 2003. p. 118-9.

_____. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. **Interesse público**, São Paulo, n. 17, 2003. p. 69-74.

SICHES, Luis Recaséns. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

_____. **Filosofía del derecho**. México: Porrúa, 1995.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: LTr, 2002. p. 188-92.

STERN, Klaus. [Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland]. **Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana**. Tradução por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalín. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

SZABO, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem. In: VASAK, Karel (Org.). **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: LTC, 1983.

TÁCITO, Caio. Os direitos do homem e os deveres do Estado. In: WALD, Arnaldo (Org.). **O direito na década de 80**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

TERRÉ, François. **Introduction générale au droit**. Paris: Dalloz, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Brasil e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Relatório da IV Conferência Nacional de Direitos Humanos**, Brasília, Câmara dos Deputados, 2000.

VAN BOVEN, Theodoor. Os critérios de distinção dos direitos do homem. In: VASAK, Karel (Org.). **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: LTC, 1983.

VASAK, Karel. A realidade jurídica dos direitos do homem. In: VASAK, Karel (Org.). **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: LTC, 1983.

VASAK, Karel. Face aux totalitarismes: trois générations de droits de l'homme. **Les actes du IVème colloque sur les totalitarismes**, Fribourg, Editions Universitaires, 1987.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría general de las relaciones constitucionales**. Madrid: Dykinson, 2000.

VILLEY, Michel. Entretien. **Archives de philosophie du droit**, Paris, Sirey, tome 36, 1991.

ZIPPELIUS, Reinhold. [Allgemeine Staatslehre]. **Teoria geral do Estado**. Tradução por Karin Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.