

HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA DE PRINCÍPIOS

Relativização do Princípio da Dignidade da Pessoa e o Postulado da Preservação do Contrato Social

Valter Shuenquener de Araújo*

“Suponho aos homens terem chegado a um ponto em que os obstáculos que atentam a sua conservação no estado natural excedem, pela sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Então este estado primitivo não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse de ser.” (Jean-Jacques Rousseau)¹

Introdução. Princípios e Regras. Classificação dos Princípios. Sobre a Prevalência dos Princípios Constitucionais. Impossibilidade de Hierarquização Valorativa. Da Aferição da Incidência Preferencial entre Princípios Constitucionais. Há Primazia Absoluta do Princípio da Dignidade da Pessoa e da Proteção dos Direitos Humanos? Do Postulado da Preservação do Contrato Social. Conclusões. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Vencida a batalha contra a ausência de normatividade dos princípios, podemos assegurar que a guerra ainda não chegou ao fim. Não há muitos autores que insistem em combater a normatividade dos princípios, tendo, por outro lado, a doutrina majoritária trilhado itinerário no sentido da sua aceitação como normas jurídicas que veiculam comandos capazes de exteriorizar valores. Como normas jurídicas que são, possuem em seu núcleo um comando a ser observado pelos seus destinatários. Saem os princípios do campo da mera abstração para ingressarem na esfera da realização concreta.

*Juiz Federal. Mestrando em Direito Público na UERJ.

1 In *O Contrato Social. Princípios de Direito Político*, pp. 34/35. Tradução de Antônio de P. Machado. Ediouro.

Em vista da maior subjetividade inerente aos princípios, há uma séria dificuldade de se estabelecer critérios universais e razoáveis² de primazia quanto à sua aplicabilidade.

É preciso que o cientista do Direito afira quais critérios poderão ser empregados para que o intérprete possa, na análise de um caso concreto, aplicar os princípios da forma mais objetiva possível.³

Sem que existam critérios razoáveis sob o ponto de vista científico, o hermenêuta ficará sujeito unicamente às variações do seu consciente, o que poderá acarretar resultados indesejados, tal como, por exemplo, a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana em um caso concreto em que ele necessariamente devesse ser amplamente adotado.⁴

2 Segundo John Rawls, “O Razoável, isto é, a capacidade das pessoas de terem um senso de justiça, o que aqui equivale à capacidade de respeitar os termos equitativos da cooperação social, é representado pelas restrições diversas às quais se devem submeter os parceiros na posição original e pelas condições que pesam sobre seu acordo”. In Rawls, John. *Justiça e Democracia*, p. 163. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2000. Relevando a influência da ideologia sobre a razão, o que conseqüentemente influenciará o critério do que seja razoável, Luís Roberto Barroso afirma que: “A razão não é fruto de um exercício de liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira da ideologia, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade”. In “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. Artigo recebido diretamente das mãos do autor quando ainda não publicado.

3 O jurista Juarez Freitas salienta em seu artigo “Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional”. Texto base de palestra proferida na Escola Superior da Magistratura. *AJURIS* 76, 1999, pp. 397/408, que “um dos princípios hermenêuticos para a interpretação da constituição seria o da hierarquização axiológica, pois a atividade de interpretação envolve opções entre os diversos princípios”. Chega o referido autor a afirmar que “não há hipótese em que não se interprete e de conseguinte não se tenha de hierarquizar”.

4 In Sarmento, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2000, podemos depreender que o posicionamento do eminente jurista e Procurador da República é o seguinte: p. 75 - “Nesta ponderação, porém, a liberdade do operador do direito tem como norte e como limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito”, pp. 105 - *Além disso, a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente*. No mesmo sentido, Juarez Freitas: “Urge que a exegese promova e concretize, com especialíssima ênfase, o princípio jurídico da dignidade da pessoa, sendo como é um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor de compreensão superior de todos os ramos do Direito”. Ob. cit., p. 406.

Com este trabalho, não se busca estabelecer parâmetros universais para a elaboração de uma escala fixa axiológica, capaz de facilitar a resolução de conflitos de um modo mais objetivo, haja vista que tal estudo demandaria um maior aprofundamento e um trabalho mais extenso como, talvez, uma tese de doutorado. Por outro lado, intenta-se discutir a viabilidade de tal proposta no âmbito da hermenêutica⁵ jurídica. *Procurou-se, portanto, desenvolver a idéia de que não será possível tornar absoluta a incidência prioritária de um princípio, mesmo que seja ele o da dignidade da pessoa humana e, ainda, que um único postulado⁶ a ser priorizado em todas as circunstâncias seria o da preservação do contrato social.*

PRINCÍPIOS E REGRAS⁷

A despeito do que alguns autores sustentam⁸, parece-nos não haver hierarquia entre as regras e princípios, eis que, cada um desempenhando

5 Como muito bem lembra Margarida Maria Lacombe Camargo, "A origem do termo Hermenêutica tem como referência Hermes, o enviado divino que, na Grécia antiga, levava a mensagem dos deuses aos homens. Significava trazer algo desconhecido e ininteligível para a linguagem dos homens". In *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, p. 21. Editora Renovar.

6 Fazemos uso do termo postulado, e não princípio, para caracterizar algo que se admite como início de um sistema dedutível, um valor de caráter absoluto. O termo princípio seria inadequado neste caso pelo fato de os princípios poderem sofrer atenuações decorrentes de sua ponderação, o que não ocorre com o postulado, cujos valores irradiados merecem sempre serem observados.

7 Sobre a distinção entre princípios e regras, consulte Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge. Harvard University Press, 1997; Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª edição. Editora Saraiva; Barcellos, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Editora Renovar; e Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Edição; Barroso, Luís Roberto. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos..."

8 Nesse sentido pensa Juarez Freitas (ob. cit., pp. 397-408): "A terceira observação inicial (tendo presente ao fazê-la, entre outras, a contribuição de Alexy) é a de que as normas ou as regras vêm perdendo, cada vez mais, espaço e relevo para os princípios, despontando estes, por definição, como superiores àquelas, embora não se devendo postular um sistema somente de princípios, erro idêntico de pretender um sistema como mera e desconcertada aglutinação de regras". Paulo Bonavides, por sua vez, escreveu que: "Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder". In *Curso de Direito Constitucional*, p. 259. 10ª edição. Editora Malheiros.

suas funções, se complementam para a obtenção da norma jurídica aplicada a uma situação específica.⁹

Estabelecer uma hierarquia entre os dois seria, a nosso ver, temerário, inclusive porque há, em alguns casos, enorme dificuldade de se classificar se uma norma é um princípio ou uma regra.¹⁰ *Mantida a hierarquia, e aqui se justifica o termo temerário, lutas constantes seriam travadas nos tribunais com o objetivo de se identificar toda e qualquer norma como princípio, a fim de garantir a sua absoluta prioridade.*

Não vislumbramos a possibilidade de se hierarquizar normas que estão submetidas a planos distintos. Enquanto os princípios são alcançados mediante uma análise no plano axiológico, as regras são compreendidas através de uma avaliação puramente lógica. Como os planos não são os mesmos, sendo diferentes os papéis de cada uma das espécies normativas, a hierarquia não pode se impor.

Os princípios, fazendo alusão a Robert Alexy¹¹, *expressam mandados de otimização (Optimierungsgebote), isto é, seu comando normativo terá maior ou menor aplicação em razão da hipótese concreta. De acordo com a definição de Crisafulli¹².*

"princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém".

Os princípios não estão submetidos ao critério *all-or-nothing*¹³, podendo ter incidência restringida se excepcionados por determinadas regras ou até

9 Luís Roberto Barroso afirma que: "Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento". In "Fundamentos Teóricos e Filosóficos...", p. 27.

10 Ana Paula de Barcellos indaga: "Como saber que se está diante de um princípio e não de uma regra, ou vice-versa?" In *Dissertação de Mestrado: A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 42.

11 In Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

12 In La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio, Milão, 1952, p. 15. *Apud*. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 230. 10ª edição. Editora Malheiros.

13 "Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given,

mesmo por outros princípios, ocasião em que premente se fará a adoção da ponderação.

Possuem os princípios um caráter de maior generalidade e abstração, sendo normas que podem ser cumpridas em diversos graus de intensidade. As condições reais e as condições jurídicas é que serão responsáveis pela medida de incidência de cada princípio, que, ressalte-se, agregam uma carga valorativa mais intensa do que as regras. O momento de surgimento no ordenamento jurídico de cada princípio é impreciso, eis que ele decorrerá da interpretação sistemática das normas existentes. Com relação às regras, o mesmo não corre. É que o momento em que uma regra é criada, por meio do instrumento adequado de introdução de norma jurídica, será preciso no tempo e no espaço.

As regras, espécie de norma jurídica como o são os princípios, também veiculam comandos. No entanto, tais comandos demandam, geralmente, uma interpretação argumentativa menos dificultosa, uma vez que, quase sempre, são facilmente compreensíveis. Seu resultado prático é alcançado pela mera observância do dispositivo normativo veiculado pelo texto da regra. Nada mais será necessário, diversamente do que o corre com os princípios, em que a argumentação dialética¹⁴ tem papel mais relevante.

Valiosa a contribuição de Ana Paula de Barcellos ao estabelecer dois novos critérios distintivos entre os princípios e as regras, quais sejam, o da relativa indeterminação dos efeitos e o da multiplicidade de meios para se atingir os fins colimados pelos princípios.

Os princípios produziram efeitos relativamente indeterminados, a serem revelados pela atividade do intérprete através de critérios de argumentação. O nível de exigência de concretização de um princípio é, portanto, mais elástico do que o de uma regra.

Sob outro enfoque, como consequência da indeterminação dos efeitos dos princípios, os meios para se alcançar a sua concretização também serão múltiplos.

then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision". Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 1999, p. 24.

14 "A argumentação dialética moderna, assim denominada por Viehweg, preocupa-se em penetrar compreensivamente o contexto da realidade. A exemplo dos romanos, não é possível construir a jurisprudência a partir de conseqüências inferidas de princípios previamente estabelecidos, mas somente a partir dos problemas que nos são apresentados". In Camargo, Margarida Maria Lacombe, ob. cit., p. 137.

CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Dentre as classificações doutrinárias sobre a amplitude de aplicação dos princípios constitucionais, cumpre-nos lembrar aquela feita por Luís Roberto Barroso¹⁵ que os distingue em princípios constitucionais fundamentais, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais especiais.

Os princípios constitucionais fundamentais seriam aqueles que representam limites às mutações constitucionais. Expressam valores que alicerçam o Estado criado pela Constituição e sua inobservância representaria o desabamento das estruturas fundamentais que balizaram o espírito do constituinte. Como exemplos de princípios fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, podemos citar o princípio da separação de poderes, o princípio da livre iniciativa e o princípio do pluralismo político.

Os princípios constitucionais gerais são assim chamados por se irradiarem por todo o ordenamento jurídico, ainda que não integrem o núcleo imodificável relativo à formação do Estado. Tal classificação se aproxima do conceito elaborado pelo Professor BARROSO dos princípios definidores de direitos. Como extensões dos princípios fundamentais, conferem aos cidadãos direitos subjetivos a serem convenientemente exercidos. Tais princípios não criam e organizam o Estado, mas permitem que o indivíduo exerça os seus direitos contra ele. Nesta classificação, enquadra-se o princípio do devido processo legal, o princípio da isonomia, da legalidade e o da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Por fim, a terceira espécie é a dos princípios constitucionais especiais, que cuidam de setores específicos arrolados pela Constituição de um Estado. Possuem um específico campo de incidência e são de observância necessária na sua esfera de aplicação, ainda que eventualmente mitigados em uma hipótese determinada. Casos típicos de princípios constitucionais especiais são o princípio da independência dos juízes, da gratuidade do ensino público e o da autonomia universitária.

Fizemos uso da classificação acima, pois acreditamos seja ela válida para permitir ao intérprete constitucional que melhor visualize o papel a ser desempenhado por cada princípio constitucional e para que ele possa, quando houver necessidade, na análise de um caso concreto, dar a adequada relevância a cada princípio específico. O reconhecimento, por exemplo, de um princípio como fundamental afasta, por razões naturais, qualquer tese no sentido da sua inobservância em um caso concreto. Se é

15 In *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª edição, p. 151. Editora Saraiva.

fundamental e serve de alicerce para os pilares de um Estado, não poderá nunca ser esquecido.

SOBRE A PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios irradiam-se de textos de lei, de atos normativos, de normas constitucionais e de todo e qualquer instrumento introdutor de normas jurídicas. Permeiam eles não só a consciência moral e ética das pessoas, mas notadamente os textos jurídicos, onde possuem a função precípua de harmonizar e viabilizar a compreensão sobre os fins últimos do ordenamento.

Quando uma situação fática estiver sob a mira de dois ou mais princípios oriundos de textos normativos distintos, deverá prevalecer aquele que tiver amparo em normas constitucionais.

A Constituição, como fonte suprema de normas jurídicas, veicula regras e princípios que merecem preponderância sobre aqueles introduzidos unicamente por dispositivos infraconstitucionais.

De forma semelhante ao que ocorre com as regras, os princípios constantes de textos infraconstitucionais precisam ter fundamento de validade em princípios constitucionais, isto é, em normas jurídicas de hierarquia suprema. Não podem aqueles ser interpretados de forma estanque, em desarmonia com os mandamentos nucleares que irradiam da Constituição da República.

O princípio da *boa-fé na celebração dos contratos*, que é reiteradamente lembrado pelos estudiosos de Direito Civil, que o citam com base em menções expressas do Código Civil¹⁶, é de índole essencialmente infraconstitucional.

Não pretendemos concluir que a ausência de previsão expressa de tal princípio na Constituição o torne inaplicável. Não é isso. No entanto, não poderá tal princípio prevalecer sobre o que se puder depreender de um princípio alicerçado na Carta Magna. O princípio da impessoalidade insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição da República deverá, *verbi gratia*, prevalecer sobre o princípio da *boa-fé na celebração dos contratos*. Se um contrato celebrado pela administração pública for instrumentalizado com *boa-fé*, mas de forma que não seja impessoal, deverá ser ele declarado nulo, por inconstitucional.

16 Vide, a título exemplificativo, os artigos 490 a 492, 510, 516, 622 e 1.272 do Código Civil.

Este é um dos casos que ilustra a necessidade de conformidade dos princípios que não se encontram expressamente previstos na Constituição da República com os princípios constitucionais. A adoção de entendimento diverso não é possível, pois violaria o princípio da unidade do ordenamento jurídico e o princípio da supremacia da Constituição.

DA AFERIÇÃO DA INCIDÊNCIA PREFERENCIAL ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Quando dois princípios constitucionais são postos em testilha, há uma maior dificuldade de se definir, de forma universal, qual deles deverá prevalecer.

Com a leitura do livro *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, de autoria do jurista Daniel Sarmiento, Procurador da República e integrante, na condição de Mestre e Doutorando em Direito Público, da Escola de Direito Constitucional da UERJ, podemos compreender que o critério da ponderação é suficiente para proporcionar soluções práticas a um determinado caso concreto.

Postos lado a lado em contenda, prevalecerá o princípio cujos valores sejam mais pertinentes à hipótese apresentada.

No entanto, subsiste a indagação se há critérios capazes de estabelecer uma determinada ordem de aplicação de tais mandamentos nucleares do sistema jurídico. Podem os princípios ser *a priori* hierarquizados?

Adotando o entendimento da impossibilidade de fixação de uma hierarquia axiológica imutável, parece-nos que a tópica, sendo ela uma técnica do pensamento problemático, desempenha relevante papel na resolução de conflitos ao estipular, caso a caso, o princípio que deve prevalecer.¹⁷

De acordo com os ensinamentos de Margarida Maria Lacombe Camargo,

17 Sobre a relevância da adoção da tópica em setores do direito marcados pela generalidade, Claus-Wilhelm Kanaris afirmou: "Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes – assim se explicando também o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito Constitucional ou em áreas reguladas de modo muito lacunoso como o Direito Internacional privado do que, por exemplo, no Direito Imobiliário ou no Direito dos Títulos de Crédito". In *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro, p. 277. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

"a tópica-retórica, como alguns chamam a contribuição de autores que seguem a linha de Perelman e Viehweg, visa, antes de mais nada, estudar ou dar maior ênfase aos mecanismos persuasivos que orientam e dão forma ao discurso jurídico voltado para o consenso capaz de dar suporte e legitimidade à decisão da autoridade judicial".¹⁸

Para Tércio Sampaio de Ferraz¹⁹, por sua vez,

"a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras 'fórmulas de procura' de solução de conflito".

Fica registrado, portanto, que a preferência pela adoção com maior intensidade de um determinado princípio constitucional em lugar de outro ficará condicionada às circunstâncias do problema concreto (método tópicco), ocasião em que se terá de realizar a ponderação de todos os valores (princípios) existentes no sistema (método sistemático), que terão maior ou menor influência, de acordo com todas as circunstâncias envolvidas (históricas, econômicas, sociais, psicológicas, tecnológicas etc.).

HÁ PRIMAZIA ABSOLUTA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA E DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?

Não há como, a nosso ver, conferir primazia absoluta ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁰ Não havendo como cientificamente classi-

18 In Camargo, Margarida Maria Lacombe, ob cit. p. 138.

19 In Prefácio à tradução brasileira da obra "Tópica e Jurisprudência de Theodor Viehweg". Coleção *Pensamento Jurídico Contemporâneo*, Ministério da Justiça-Universidade de Brasília, Brasília, 1979 *apud* Camargo, Margarida Maria Lacombe, ob. cit., p. 140.

20 Passaremos a, doravante, denominar tal princípio meramente como princípio da dignidade da pessoa, tendo em vista considerarmos a nomenclatura dignidade da pessoa humana um pleonasmto, já que não existe pessoa que não seja humana, nem ser humano que não seja pessoa.

ficar o que seja o princípio da dignidade da pessoa, por ser ele dependente de fatores históricos, sociais, políticos, econômicos e geográficos, não há como o fazer prevalecer a todo custo.

Temos de inicialmente destacar que a primeira dificuldade em se delinear o princípio da dignidade da pessoa reside na definição do que seja pessoa, conceito este que sofre constantes alterações históricas. Nos períodos de escravidão, à guisa de ilustração, os negros eram tidos como mercadorias, razão por que a supressão de seus direitos elementares não era tida como violação aos direitos das pessoas.

Como se não bastasse, o termo dignidade também é demasiado subjetivo para que possa permitir ao hermenauta um seguro critério de adoção do princípio.

O emprego do princípio da dignidade da pessoa não é capaz de afastar a existência de regimes totalitários, tal como o implantado na Alemanha nazista da Segunda Guerra Mundial. Basta, para que a coexistência do nazismo e do princípio da dignidade da pessoa seja viável, definir juridicamente como "pessoa" aquele exclusivamente nascido na República Federativa da Alemanha. Daí, a nosso juízo, o perigo de se conferir primazia a conceitos extremamente indeterminados e que sofrem constantes mutações históricas.

O pesquisador alemão Rainer Forst²¹ entende que há a necessidade de se obter um conceito de direitos humanos que seja sensível à cultura (*Kultursensitiv*) e, ao mesmo tempo, neutro culturalmente. É preciso, para ele, buscar um conceito que seja universalmente válido e aplicável no caso particular. Para Rainer Forst, o caráter universalista dos direitos humanos exigiria um Superestado global.

O filósofo do Direito Jürgen Habermas²² reconhece, por seu turno, a existência de uma tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais para a sua concretização, asseverando, em seu artigo *O discurso intercultural sobre os Direitos Humanos*, que os direitos huma-

21 Forst, Rainer. Cientista Assistente do Instituto de Filosofia da Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt. "O direito fundamental à justificação. Para uma concepção construtivista dos Direitos Humanos". Título original: "Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten" pp. 66 a 105. In *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Editora Suhrkamp. 1999.

22 Habermas, Jürgen. Professor Emérito de Filosofia da Universidade Johann Wolfgang Goethe, de Frankfurt. "O discurso intercultural sobre os Direitos Humanos." Título original: *Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte*, pp. 216 a 227. In *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Editora Suhrkamp. 1999.

nos devem ter uma validade para todas as pessoas. Habermas questiona, ainda, se por detrás do conceito de direitos humanos não haveria uma falsa universalidade que o mundo imperialista ocidental gostaria que prevalecesse²³.

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa em todas as situações e civilizações não significa que tal incidência se verificará de maneira uniforme, isto é, em completa harmonia com o que estabelecem os parâmetros ocidentais.

Se o conceito de direitos humanos deve ser sensível à cultura, não podemos chegar a um conceito universalmente válido de direitos humanos nem à definição do que seja dignidade da pessoa.

Como exemplo, podemos citar uma hipotética demanda judicial de despejo em que o locatário não tenha outro local onde residir em caso de procedência do pedido. A ausência de moradia viola, e contra isso não nos parece existirem argumentos em sentido contrário, a dignidade da pessoa. No entanto, sabemos que não seria comum um Magistrado julgar improcedente o pedido, fundamentando sua sentença na necessidade de observância do princípio da dignidade da pessoa. Outros valores acabam tendo ressonância mais intensa.

A doutrina alemã recente chama atenção para o fato de que há enorme dificuldade de se definir o alcance do que sejam os direitos humanos e, por via reflexa, do campo de abrangência (*Reichweite*) da tutela de tais direitos.

Wolfgang R. Köhler²⁴ indaga sobre o alcance dos direitos humanos da seguinte forma:

*“Eine andere Frage ist, welchen Sinn es machte, zum Beispiel von einem Menschenrecht auf Wasser zu sprechen oder auf einen Arbeitsplatz usw. Das scheint mir unklar, weil man dazu irgendwie die Grenze der Bedürftigkeit von Menschen festlegen müsste, ganz abgesehen von den Möglichkeiten der Gewährleistung.”*²⁵

23 Cláudio Pereira de Souza Neto, Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio e Doutorando na Escola de Direito Público da UERJ, defende que “o universalismo, que caracteriza a vertente liberal, acaba resultando em uma séria redução da importância do processo democrático, ao legitimar os direitos não porque correspondem a uma concepção liberal da moralidade política”. In *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Editora Renovar.

24 Köhler é Diretor do Fórum de Filosofia de Frankfurt.

25 “Das Recht auf Menschenrechte.” In *Recht auf Menschenrechte*, coordenado por Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler e Matthias Luz-Bachmann, p. 122. Editora Suhrkamp. 1999. Tradução livre: “Uma outra indagação a ser feita é quanto ao sentido de se falar de um direito humano à água, ao trabalho etc. Para mim isto não é claro, porque, para se falar de tais direitos, torna-se necessário, de qualquer forma, fixar as fronteiras das necessidades dos seres humanos, sem levar em consideração as possibilidades de garantia dessas necessidades”.

Prosseguindo no desenvolvimento de nossas idéias e considerando que um texto normativo não deve prever efeitos jurídicos demasiadamente dissonantes da realidade que ele encontra, não vislumbramos como adequada a existência de eventual previsão constitucional que busque definir os limites do conceito de dignidade da pessoa, eis que ele, a nosso ver, estaria atrelado a circunstâncias momentâneas e geográficas.

É que o princípio da dignidade da pessoa é concretizado pela observância de direitos sociais, os quais têm um custo econômico, como alerta Alexy²⁶:

“O problema desses direitos sociais a custo de terceiros, no caso do empregador, é que cabe ao próprio mercado decidir sobre sua efetividade. Aqueles que não encontram emprego não podem reivindicar esse direito.”

Embora o Direito não constitua mero instrumento de dominação, legitimador de algumas classes sociais, e não seja mero reflexo da organização do capital, não podemos nos olvidar que tais características não podem ser deixadas de lado. Embora o Direito deva ser lido, como propõe Paulo Ricardo Schier²⁷, como um fenômeno dotado de dignidade normativa, seus pressupostos teórico-críticos devem subsistir.

DO POSTULADO DA PRESERVAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL

Como elemento irradiador de todos os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, cremos que toda ponderação e interpretação deva observar e conferir primazia ao postulado da preservação do Contrato Social.

Embora não se possa impor critérios universais de prevalência entre os princípios em si, porque dependem eles de uma incidência tópica, existe, a nosso sentir, um postulado universal capaz de ser o critério mestre da ponderação dos valores que são inerentes aos princípios. Toda e qualquer ponderação deve ter como finalidade a preservação do Contrato Social.

Não excluímos, com este posicionamento, a necessidade de constante tutela da dignidade da pessoa, mas pensamos que tal proteção também estaria inserida dentro do interesse de preservação do pacto social na forma estudada por Rousseau.

26 In “Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98.

27 In *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*, p. 24. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999.

O direito tem como missão viabilizar a convivência social da melhor forma possível; deve proporcionar os melhores e mais eficazes meios para que a sociedade possa evoluir.

Por mais romântica e legítima que possa parecer a defesa da primazia dos princípios que tenham como finalidade a preservação do núcleo essencial do ser humano, as vontades dos seres humanos não se comportam de tal forma. Outros valores também motivam os indivíduos. A necessidade de preservação de seu capital, de sua propriedade, a necessidade de competir irrestritamente, a busca incessante pelo poder e a riqueza também pautam o espírito humano.

Compartilhamos do pensamento do Professor BARROSO²⁸, que afirma que “o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”.

Com relação a este tópico, releva ressaltar que a abrangência do espaço de integridade moral a ser tutelado é variável por circunstâncias temporais, geográficas e econômicas. Há, assim, impossibilidade de se estabelecer as prestações materiais indispensáveis à observância da dignidade da pessoa. Renda mínima, saúde e educação básica e fundamental são conceitos extremamente variáveis, bastando-se, para tal comprovação, compararmos a realidade dos países africanos e a dos países nórdicos, que envolvem necessidades de prestações mínimas completamente distintas entre si. O conceito de educação básica para um sueco não é o mesmo que o para um angolano. Vamos além. Para um sueco, dignidade não é somente ter educação, saúde e renda mínima, mas, por exemplo, poder consumir (existir no mundo capitalista), ter uma moradia confortável e um emprego que lhe garanta uma vida segura. Para a maior parte dos africanos, todavia, infelizmente tais pretensões soam como algo inalcançável, ficando a dignidade mais diretamente encetada para o aspecto da sobrevivência. A nosso juízo, aquilo que se poderia denominar de essência do ser humano é algo variável, algo condicionado ao seu meio.

Portanto, diante desta impossibilidade é que enxergamos a necessidade de tutela da dignidade da pessoa como um reflexo da imprescindibilidade da preservação da convivência social.

A superação da exclusão social, por exemplo, deve, de fato, ocorrer, mas pelo primordial motivo de ela ameaçar a convivência pacífica entre os indivíduos.

28 In Barroso, Luís Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos...”

O mínimo existencial deve, parece-nos, ser compreendido não de forma universal, mas como aquele conjunto mínimo de direitos subjetivos de cada indivíduo dentro do contexto de um Estado que permita a preservação da vida em sociedade. É aquele mínimo capaz de manter o contrato social como justificável.

O conceito de dignidade variará conforme as circunstâncias a que os seres humanos estiverem submetidos. Tanto é verdade que a identificação de uma condição indigna somente é identificável por aqueles que se encontram em uma situação digna, via de regra, com uma melhor situação econômica. A indignidade somente é constatável, portanto, quando há disparidade de situações, não podendo ela existir se todos - sem exceção - estiverem submetidos às mesmas condições. Nesse caso, valiosa é a lição de Schopenhauer²⁹ no sentido de que “se torna evidente que quando uma coisa não existe é impossível encontrar na consciência os dados necessários para demonstrar a sua realidade”.

Quando o constituinte³⁰ elabora as regras e princípios constitucionais não o faz com o primordial intuito aristotélico de permitir o alcance da felicidade por todos os governados. As normas são elaboradas após um forte tensionamento entre as forças políticas e os grupos sociais.

O princípio da capacidade contributiva e o da vedação de tortura, a nosso ver, não são previstos, à guisa de ilustração, com o objetivo de tutelar a dignidade da pessoa, mas com o intuito de permitir a convivência pacífica em sociedade e de tornar o pacto social algo vantajoso para todos os indivíduos.

A tortura, que é corolário de atos desproporcionais e arbitrários, é inadmissível não meramente porque viole a integridade física do ser humano, agrida a sua dignidade, mas porque tal prática torna insegura a vida em sociedade. A tortura tem o condão de tornar desvantajosa para o indivíduo a transferência parcial de sua liberdade quando da criação do Estado.

O intérprete do direito não pode, porque não é esta a sua função, buscar soluções românticas para a convivência social. Deve, por outro lado, procurar revelar o espírito das normas, a finalidade última dos princípios e das regras inerentes a um ordenamento jurídico.

29 In Schopenhauer, Artur. *O Livre-Arbitrio*. Tradução de Lohengrin de Oliveira. Edlouro.

30 Frisamos que não empregamos este termo com o significado de algo etéreo; um conjunto de pessoas imparciais que pretendem o bem da humanidade. Constituinte a que nos referimos expressa o conjunto de parlamentares ou governantes escolhidos (ou não), que representam interesses distintos, com frequência antagônicos, e que são responsáveis pela elaboração do documento norteador da criação e vida política de um Estado.

Como existe, nas palavras de Peter Häberle,³¹ um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, os entendimentos sobre o conceito de direitos fundamentais e de dignidade da pessoa não são tão harmônicos a ponto de viabilizar uma uniformidade capaz de ensejar uma pretensão clara e indiscutível dos indivíduos a sua concretização.

Perfilhando o entendimento de que até mesmo o núcleo imodificável do indivíduo é mutável, acreditamos ser impossível delinear o alcance dos valores englobados pelo princípio da dignidade da pessoa.

O entrelaçamento entre os valores constitucionais é tamanho que não vislumbramos como seria possível isolar e santificar um princípio, ainda que seja o da dignidade da pessoa, como um núcleo de perene vigiância estatal.

Embora o homem seja um animal político, também não podemos olvidar que o homem é o lobo do homem. E é através da harmonização destas duas verdades filosóficas que acreditamos que o único postulado imutável a ser mantido é o da preservação do contrato social.

Havendo colisão entre princípios, deverá, como regra geral e universal, prevalecer aquele que mais atenda à necessidade de preservação social.

No caso anteriormente avocado da ação de despejo, a solução seria dar preferência ao princípio capaz de melhor proporcionar a convivência pacífica entre os indivíduos e de viabilizar a concretização do maior número de valores constitucionais possíveis.

Prosseguindo neste raciocínio, podemos deduzir que o estabelecimento de critérios axiológicos imodificáveis é impensável nos dias de hoje, e a opção do hermenauta pela incidência de um princípio X ou Y deve ser feita sempre com o objetivo de preservar o pacto social e de reflexamente concretizar o maior número de princípios constitucionais.

Como muito bem afirmou Konrad Hesse³²,

"toda constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força material no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. (...) a constituição, en-

31 In Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Pág. 11. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre. 1997.

32 In Hesse, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 17, 18 e 20.

tendida aqui como constituição jurídica, não deve procurar construir o Estado de forma abstrata. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). (...) Quanto mais o conteúdo de uma constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa".

No mesmo sentido que o do teórico europeu, o jurista Luís Roberto Barroso concluiu que *"a história, a educação política, as condições econômicas e as necessidades sociais dos povos singularizam-nos de forma indelével. Os Estados diferem na sua origem, justificação e finalidades. Não existem regras universalmente válidas"*.³³

A concretização do princípio da dignidade da pessoa também deve, parece-nos, sofrer ponderação, pautada ela pela preservação do contrato social. A pessoa deve ter sua existência digna, e isto não se discute, já que este é um valor indispensável para a pacífica vida em sociedade. Fica, no entanto, a conceituação deste termo, e conseqüentemente das prestações materiais que o abrangem, condicionada também à argumentação dialética, pautada pelo postulado da preservação do contrato social.

CONCLUSÕES

Em síntese, destaco que minha tese defendida neste texto é a de que:

I) Os princípios e regras, espécies de normas jurídicas que são, têm mesmo grau de hierarquia e se complementam, cada um tendo suas funções específicas no ordenamento jurídico;

II) Considerando a superioridade hierárquica da Constituição, afigurase-nos que os princípios amparados por normas contidas na Constituição

33 Keith Rosen realça bem a idéia da relação existente entre a realidade histórica e a possibilidade de concretização das normas constitucionais. Ele demonstra que a intensidade de concretização das previsões constitucionais, inclusive a de tutela da dignidade da pessoa, está condicionada às circunstâncias históricas, notadamente as de cunho econômico de um Estado: *"(...) if the world were destroyed today and archaeologists of the future were to discover only the texts of the constitutions of the United States and the Latin America republics, the archaeologists would undoubtedly conclude that constitutionalism was far more developed in Latin America than in the United States"*. Rosen, Keith. "The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: An Explanation". *Inter-American Law Review*, Universidade de Miami. Outono de 1990, vol. 22, nº 1.

da República devem prevalecer sobre aqueles previstos expressa e unicamente em normas legais ou em atos normativos;

III) Tendo em vista a impossibilidade de se definir, em caráter universal, o que seja dignidade da pessoa e o que se pode entender por direito humano, torna-se inviável conferir primazia absoluta ao princípio da dignidade da pessoa sobre os outros princípios constitucionais;

IV) A atuação do Direito como mecanismo de construção das alterações sociais é limitada, e o intérprete deve, a nosso sentir, estar atento a tal fato.

V) Não vislumbramos a existência de um princípio constitucional de primazia absoluta. Todavia, acreditamos que o postulado da preservação do contrato social seja um critério universal e absoluto a ser aplicado na ponderação de interesses em conflito;

VI) Sempre deverá prevalecer o princípio que melhor assegure a preservação do contrato social, que melhor sirva para manter a convivência pacífica dos cidadãos submetidos a uma Constituição.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Editora Renovar.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª edição. Editora Saraiva.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas*. Rio de Janeiro. Renovar. 1990.

_____. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". Artigo recebido diretamente das mãos do autor quando ainda não publicado.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5ª edição. 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição. Editora Malheiros.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Editora Renovar.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge. Harvard University Press, 1978.

FORST, Rainer. "O direito fundamental à justificação. Para uma concepção construtivista dos Direitos Humanos". Título original: "Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten", pp. 66 a 105. In *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Editora Suhrkamp. 1999.

FREITAS, Juarez. "Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional". Texto base de palestra proferida na Escola Superior da Magistratura. AJURIS 76, 1999, pp. 397/408.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1997.

HABERMAS, Jürgen. "O discurso intercultural sobre os Direitos Humanos". Título original: "Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte" pp. 216 a 227. In *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Editora Suhrkamp. 1999.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor.

KÖHLER, Wolfgang R. "O Direito aos Direitos Humanos". Título original: "Das Recht auf Menschenrechte". pp. 106/124. In *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, p. 122. Editora Suhrkamp. 1999.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo. Editora Martins Fontes. 1996.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2000.

ROSEN, Keith. "The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: An Explanation". *Inter-American Law Review*, Universidade de Miami. Outono de 1990, vol. 22, nº 1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social. Princípios de Direito Político*. Tradução de Antônio de P. Machado. Ediouro.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999.

SCHOPENHAUER, Artur. *O Livre-Arbitrio*. Tradução de Lohengrin de Oliveira. Ediouro.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional. Democracia e Racionalidade Prática*. Editora Enovar.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, Ministério da Justiça-Universidade de Brasília, Brasília, 1979.