

A força normativa dos princípios e sua importância para a releitura do direito civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade

The normative force of principles and their importance for the rereading of the Brazilian civil law: reflections based on the principles of human dignity and equality

Vinícius Silva Alves*

Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil.

1. Introdução

A noção de princípio é derivada da linguagem geométrica, na qual designa “as verdades primeiras”.¹ De acordo com a lição de Luís Díez-Picazo, a origem do nome reflete a condição ostentada pelos princípios de verdadeiras premissas de todo um sistema, porque estão “ao princípio”, elementos fundantes de uma ordem.

Durante um longo período, os princípios foram vistos como critério de inspiração às leis ou normas concretas do Direito Positivo, como normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação das leis, como orientações e diretivas de caráter geral e fundamental deduzidas da conexão e da racionalidade das normas que concorrem para a formação do tecido do ordenamento jurídico.²

* Doutor em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Pesquisador de pós-doutorado na Universidade Federal de São Carlos. E-mail: vinicius.silvalves@gmail.com. Endereço para correspondência: Departamento de Ciências Sociais da UFSCar. Via Washington Luís, São Carlos – SP, CEP 13565-905.

1 DÍEZ-PICAZO, 1973.

2 BONAVIDES, 2003.

Até meados do século passado foi-lhes negada normatividade. Todavia, a partir da década de 1950, Crisafulli, de maneira vanguardista, já havia iniciado os debates acerca do reconhecimento da normatividade como predicado essencial aos princípios.³

Com efeito, os princípios podem ser considerados como verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do *dever-ser*, que, na qualidade de normas jurídicas, encontram-se dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Ricardo Guastini, em trabalho sobre o tema, enumerou seis distintos conceitos de princípios, através de uma profunda coleta doutrinária e jurisprudencial. O primeiro deles confere ao vocábulo a qualidade de normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade.⁴

Adiante, assevera que os juristas utilizam o termo em epígrafe para se referir a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) dotadas de um alto grau de indeterminação, que demandam atividade interpretativa para se tornarem suscetíveis de aplicação a casos concretos.

Em seguida, ressalta que o vocábulo é utilizado para referir-se a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) programáticas. Por sua vez, a quarta classificação admite que os princípios são normas hierarquicamente elevadas em relação às demais pertencentes a um sistema normativo.

O quinto conceito arrolado pelo autor aponta para a direção de que o substantivo em comento é utilizado para exprimir a ideia de uma norma relevante e fundamental em um ordenamento jurídico. Por fim, esclarece Guastini, o vocábulo induz à noção de que são normas direcionadas aos órgãos responsáveis pela aplicação do Direito, que devem utilizá-los no processo de escolha da legislação aplicável à situação *sub judice*.

Ainda em virtude do inquestionável caráter multifacetário e polissêmico do termo princípio, podemos atribuir-lhe três significados de diferentes amplitudes, abaixo alinhavados.

O primeiro deles atribui aos princípios o predicado de super normas, em outras palavras, normas de caráter genérico que exprimem valores e que devem ser vistas como arquétipo ou norte para regras que as desdobram.

3 CRISAFULLI, 1952.

4 GUASTINI, 1999.

Por sua vez, o segundo confere aos princípios o *status* de *standards*, padrões obrigatórios a serem seguidos no momento da elaboração de normas específicas, preordenando e conformando o conteúdo de disposições normativas.

O último significado imputa aos princípios a ideia de generalização, obtida mediante indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no último, a conotação é descritiva: trata-se de uma “abstração por indução”.⁵

De qualquer modo, cumpre salientar que os princípios, atualmente, além de veicularem normas cogentes, desempenham relevante missão seja no que diz respeito à atividade interpretativa, caríssima à aplicação do Direito, seja no que tange à conformação da atividade legiferante, atuando como verdadeiro parâmetro a ser observado pelo legislador no desempenho de suas funções típicas.

Nas linhas seguintes deste artigo, abordaremos a evolução filosófica e conceitual dos princípios jurídicos, com o fito de esclarecer como estes foram tratados ao longo da história, até o momento em que lhes foi reconhecida normatividade, elemento de extrema relevância para a interpretação e aplicação do direito contemporaneamente.

2. Evolução histórica dos princípios: do jusnaturalismo ao pós-positivismo

A partir do século XVI, surge uma corrente filosófica com o intuito de superar o dogmatismo, de fortes raízes teológicas, característica decorrente do período medieval, fortemente ligado ao domínio exercido pela Igreja sobre a Europa Continental.

Neste período, os princípios possuíam uma diretriz meramente informativa, sendo desprovidos de qualquer eficácia normativa. Situavam-se na esfera metafísica e abstrata, servindo apenas como postulados de um ideal de justiça. Em suma, eram tidos como elementos ético-valorativos do Direito sem, contudo, ser-lhes reconhecido o caráter cogente.

Para a corrente mais tradicional e antiga, os princípios eram reconhecidos como axiomas jurídicos, normas universais, postulados de justiça

5 FERREIRA FILHO, 1991, p. 74.

que militavam a favor da busca de um Direito ideal. Refletiam, em última instância, um emaranhado de preceitos derivados da lei divina e humana.⁶

O êxito das revoluções burguesas, o surgimento do Estado Liberal, e o advento da Escola Histórica do Direito, no século XIX, foram responsáveis pela inserção de preceitos jusnaturalistas aos documentos legislativos desta época. O Código Napoleônico, em especial, representa um curioso marco na história do pensamento jurídico. Neste sentido, Bobbio esclarece que, com o advento dos Códigos, buscou-se transpor o Direito racional para um compilado de leis, que representavam a corporificação do próprio direito positivo. Com isto, o recurso a princípios ou normas extrínsecas ao ordenamento vigente passava a ser considerado ilegítimo.⁷

Com o nascimento do positivismo, surge a pretensão de se criar uma ciência jurídica com a certeza e a objetividade das ciências exatas. Neste momento histórico, busca-se a consolidação do Direito como ciência autônoma a partir de seu rompimento com a moral. Apregoa-se a suficiência do direito positivo para a solução das lides.

Os princípios, para esta escola filosófica, desempenhavam função subsidiária. Representavam verdadeiras normas de integração ou, em outras palavras, normas anti lacunas. Constantes em grande parte dos ordenamentos jurídicos de influência romano-germânica, serviam como uma espécie de válvula de segurança, impedindo a existência de vazios normativos que colocariam em risco a doutrina positivista.

Por esta razão, muito embora não fossem dotados de normatividade durante o período em que imperou este sistema filosófico, desempenhavam um papel importantíssimo ao juspositivismo. A possibilidade de as lacunas levarem à ruína o dogma da inteireza do sistema normativo, caríssimo à sua sobrevivência, era eficientemente combatida pela integração dos princípios ao direito positivo, enxergados como solução à colmatagem das lacunas.

A terceira corrente jusfilosófica emerge na segunda metade do século XX, em reação às perversidades empreendidas notadamente pelo nacional-socialismo alemão. O pós-positivismo, como fora batizado pela doutrina, frisou a hegemonia axiológica dos antigos postulados de justiça.

6 BONAVIDES, 2003.

7 BOBBIO, 2005.

A inserção dos princípios no bojo das Constituições promulgadas após o fim da Segunda Guerra Mundial trouxe consigo a ideia de que estes representam o alicerce de um sistema jurídico-normativo. Em outras palavras, poderiam ser considerados como o sustentáculo sobre o qual repousam as demais normas jurídicas.

É de suma relevância destacar o papel das Cortes Internacionais de Justiça no processo de reconhecimento do caráter normativo aos princípios. Assumindo posição de vanguarda em uma época ainda dominada pelo positivismo ortodoxo e legalista, a Corte Permanente de Justiça Internacional declarava, em 1920, a aptidão e idoneidade dos princípios gerais de Direito, reconhecidos por diversos países para a solução de controvérsias.⁸

Mais tarde, em 1945, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, por força de seu trigésimo oitavo artigo, assim como o tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia em 1957, pelo seu art. 215, corroborou o entendimento manifestado pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

Nesta época, os princípios, insculpidos em textos constitucionais, adquirem um *status* privilegiado quando comparados às demais disposições normativas. A guinada intelectual liderada por Ronald Dworkin representou, nesta linha de evolução, um marco insofismável no reconhecimento e delimitação da normatividade dos princípios.

No entanto, a caminhada doutrinária rumo à juridicidade dos princípios inicia-se com Jean Boulanger.⁹ Muito antes da contribuição dada à dogmática dos princípios por Alexy (2000) e Dworkin (2002), Boulanger realizou um importante estudo, elaborando uma verdadeira teoria geral sobre o tema, classificando-os em tipos e variedades. Para o professor de Direito da Faculdade de Lille, representam “os princípios os materiais mediante os quais pode a doutrina edificar com confiança a construção jurídica”.¹⁰

Acrescenta o jurista que, de modo semelhante com o que ocorre na Filosofia, no Direito existem proposições às quais uma série de soluções positivas se subordinam. Estas proposições, de acordo com Boulanger, devem ser consideradas como princípios.

Outrossim, os princípios, ainda seguindo os seus ensinamentos, são indispensáveis para o florescimento e interpretação da ordem jurídica po-

8 BONAVIDES, 2003.

9 BOULANGER, 1950.

10 BONAVIDES, 2003, p. 266.

sitiva, haja vista que apresentam, ao menos potencialmente, soluções aos problemas decorrentes do exercício prático do direito.¹¹

Emilio Betti, por sua vez, discípulo da tradicional hermenêutica, demonstra, em sua obra, a situação agonizante pela qual passava a dogmática positivista, que refutava a normatividade dos princípios por vislumbrar nestes um excesso de conteúdo deontológico¹². A incoerência do posicionamento de Betti fora anunciada por Bobbio em seu trabalho sobre o tema, no qual o estudioso italiano aponta na obra de seu compatriota a ideia de que os princípios desempenham uma função prescritiva semelhante àquela exercida pelas normas.¹³

Superando a concepção da autossuficiência do ordenamento, apregoada por positivistas, e o pensamento jusnaturalista, carregado de axiomas, Esser dá a sua contribuição ao reconhecimento da juridicidade dos princípios ao asseverar que estes são integrantes do sistema normativo na medida em que se configuram como pontos de partida (*starting point*) para a solução jurisdicional de um questão de direito.¹⁴

Seja na condição de parâmetro que baliza a aplicação do Direito (*ratio legis*), ocasião em que serão consubstanciados mediante atividade interpretativa, legiferante ou jurisprudencial, seja atuando como disposição normativa concreta (*lex*), os princípios são, no estágio em que se encontram as experiências constitucionais contemporâneas, elementos do direito vigente.

Destarte, Crisafulli¹⁵, oferecendo sua contribuição para a dogmática pós-positivista, vislumbra nos princípios uma dupla eficácia, imediata e mediata (programática), destacando a aplicação de seus preceitos às situações fáticas vivenciadas e a nobre função de diretriz interpretativa dos demais elementos do direito positivo.

Conceitua-os como normas jurídicas às quais outras se encontram subordinadas. E acrescenta, ainda, que, estando expressos em formulações legislativas ou latentes num ordenamento jurídico, os princípios constituem normas aplicáveis na disciplina de comportamentos públicos e privados.¹⁶

11 BOULANGER, 1950.

12 BETTI, 1975.

13 BOBBIO, 2005.

14 ESSER, 1961.

15 CRISAFULLI, 1950.

16 BONAVIDES, 2003.

Anos mais tarde, sem dúvidas, o ponto máximo atingido pela dogmática pós-positivista no que tange à normatividade dos princípios seria atingido com a obra de Dworkin (2002), responsável pela ideia de hegemonia normativa dos princípios. Bonavides, em diálogo com a obra do jusfilósofo norte-americano, afirmou que, segundo Dworkin, “tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal”.¹⁷

Nesta linha de raciocínio, convém destacar o pensamento de Luís Roberto Barroso, segundo o qual

a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.¹⁸

Assim, em conformidade com o processo evolutivo dos princípios, hoje, ainda de acordo com a lição de Paulo Bonavides, é possível afirmar que “sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo”.¹⁹

3. A relevância dos princípios no ordenamento jurídico pátrio

A despeito do entendimento que sinalizava na direção de que os princípios eram apenas instrumentos de interpretação do direito positivo, os tempos modernos revelaram a necessidade do reconhecimento da força normativa destes mandados de otimização para a promoção do resgate da credibilidade da justiça.

Durante um longo período, em que o Direito buscava afirmar-se como ciência autônoma, com objeto próprio e método específico, tentou-se sub-

17 BONAVIDES, 2003, p. 238.

18 BARROSO, 1998, p. 141.

19 BONAVIDES, 1996, p. 231.

trair da interpretação jurídica o conteúdo axiológico, fato que resultou em experiências histórico-constitucionais nefastas, tal como o nacional-socialismo alemão.

Certo é que, hoje, além da proclamada função agregadora de valor a uma norma jurídica abstrata, vivemos a era da normatividade dos princípios, que se encontram dispersos ao longo de documentos legislativos e, inclusive, de textos constitucionais de diversos Estados.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988, não imune à esta tendência, trouxe em seu bojo uma série de princípios. Deste modo, além de servirem como vetores à atividade interpretativa, a comunidade acadêmica e os operadores do direito passaram a proclamar a sua força normativa.

Ocorre que, sendo insculpidos no texto constitucional pátrio, os princípios passam a gozar de um *status* privilegiado em relação às demais normas jurídicas. Agora ocupando a posição superior de um ordenamento, passam a exigir que as normas infraconstitucionais com eles se compatibilizem.

Desta maneira, aquelas disposições que já existiam à época da promulgação da Constituição da República, e não estivessem adequadas aos seus princípios, sofreriam simples revogação. Por outro lado, as normas que ingressaram na ordem jurídica após o advento da Lei Maior e que ocupam posição subalterna, devem com ela guardar compatibilidade, sob pena de serem tidas como inconstitucionais.

Nesta linha de raciocínio, é importante destacar que, no arcabouço jurídico nacional, os princípios constitucionais caracterizam-se como verdadeiros parâmetros para a aferição da eficácia e legitimidade de uma norma jurídica, tendo em vista a sua situação de destaque entre as demais.

Não é possível conceber a ideia de que uma lei possa surtir efeitos no mundo dos fatos estando em completa dissonância com a vontade constitucional. Por esta razão, sempre que for possível extrair mais de uma interpretação de uma disposição normativa, cabe ao intérprete escolher aquela que guarde respeito ao conteúdo da Constituição Cidadã.

Neste ponto, convém trazer à lume o clássico ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual

violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma (*rectius*, regra). A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais

grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.²⁰

Portanto, não sendo possível retirar de um determinado enunciado legislativo uma norma jurídica válida, ou seja, alinhada aos propósitos da Constituição Republicana, estará aquele, de modo insanável, maculado pelo vício da inconstitucionalidade.

Assim, afirma-se que os princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, são de extrema importância para um sistema normativo pois representam a essência dos valores por ele abrigados, o que lhe proporciona unidade e harmonia.²¹

3.1. A eficácia dos princípios constitucionais

Os princípios, assim como as regras, destinam-se à produção de algum efeito jurídico no mundo dos fatos. Deste modo, assevera-se, com segurança, que a eficácia representa um elemento essencial a uma norma jurídica.

Corroborando esta afirmação, sabe-se que o Estado, sempre que estiver diante de uma conduta comissiva ou de uma omissão que desafie o conteúdo de um preceito jurídico, deve reagir com o intuito de garantir a eficácia da norma violada. A esta reação estatal, consubstanciada mediante a provocação do Poder Judiciário, dá-se o nome de sanção judicial.

Para a dogmática jurídica contemporânea, os princípios configuram uma espécie do gênero norma jurídica. Sendo assim, encontram-se dotados de eficácia. Neste ponto, cumpre salientar os diferentes modos com que os princípios atuam em nosso ordenamento jurídico.

Conforme os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, são três as modalidades de eficácia dos princípios constitucionais: direta, interpretativa e negativa²². Entende-se por eficácia direta, também conhecida como positiva ou simétrica, aquela em que o princípio atua sobre o mundo dos fatos mediante o exercício intelectual de subsunção, de modo análogo ao que ocorre com a regra de Direito.

20 MELLO, 1980, p. 230.

21 BARROSO, 2008.

22 BARROSO, 2009.

Para esta modalidade, não há que se falar em intermediação legislativa para que o mandado de otimização possa tutelar um bem jurídico específico. É o que ocorre, por exemplo, quando um indivíduo que almeja a exoneração do pagamento de um tributo fundamenta seu pedido na infração ao princípio da reserva legal.

Por sua vez, a eficácia interpretativa impõe ao interlocutor o dever de extrair de uma norma jurídica sentido e alcance que sejam compatíveis com as finalidades e valores veiculados por princípios constitucionais. Neste sentido, atuam os princípios como verdadeiros vetores da atividade interpretativa.

Com efeito, nota-se que a eficácia interpretativa desempenha relevante papel em um sistema normativo, conferindo, por um lado, unidade e harmonia ao sistema constitucional e, sob outro enfoque, orientando o jurista a retirar de uma disposição normativa infraconstitucional uma norma que melhor concretize a vontade de um princípio insculpido no texto da Lei Maior.

Por último, porém não menos importante, decorre da eficácia negativa a não produção de efeitos no mundo dos fatos, sempre que o conteúdo de uma norma for de encontro a um princípio constitucional.

A ideia de eficácia negativa possibilita, desse modo, a existência de um controle de constitucionalidade em um sistema normativo. Assim é, por conseguinte, que esta modalidade se manifesta, mediante o afastamento da incidência de uma norma sobre um caso concreto, hipótese atinente ao controle difuso, ou por intermédio da retirada de uma norma do ordenamento, situação possível somente na via do controle concentrado.

4. A dignidade humana e a releitura do Direito

Nesta seção, será apresentado um breve histórico acerca do conceito de dignidade humana para, na sequência, oferecer reflexões sobre sua relevância para a interpretação e aplicação das demais normas que integram o arcabouço jurídico brasileiro.

Os primeiros registros históricos a respeito da ideia de dignidade humana nos levam ao pensamento estoico e cristão. Para aqueles, a dignidade seria uma qualidade intrínseca ao ser humano, qualidade esta que o distingue dos demais. Com o Cristianismo, o pensamento estoico se fortalece, baseado na premissa de que um comportamento atentatório à dignidade seria, por via reflexa, um desrespeito à vontade do Criador.

No período medieval, Tomás de Aquino destaca-se como estudioso responsável pelo desenvolvimento do tema. Durante a Idade Moderna, no entanto, o princípio se distancia de suas raízes teológicas. No século XVI, era das grandes navegações, o espanhol Francisco de Vitória advoga a tese de que todos os seres humanos são dotados de dignidade e acaba causando grande discussão a respeito da escravidão indígena, da qual se utilizava a Coroa Espanhola.²³

No século seguinte, Samuel Pufendorf assevera ser dever de todos, inclusive dos monarcas, o respeito à dignidade humana, consubstanciada no direito titularizado por cada homem de escolher, embasado em suas íntimas convicções, e de agir, de acordo com o seu entendimento e com sua opção.

Kant, em sua obra, também contribuiu para o delineamento do conceito de dignidade humana por meio da afirmação de que o homem encerra um fim em si mesmo, jamais podendo ser utilizado ou manipulado para a concretização de um objetivo, consoante a teoria do imperativo categórico.²⁴

Posteriormente, o trágico desfecho, a utilização de armas nucleares, as perdas humanas irreversíveis e as barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial colocaram em pauta a discussão, influenciada pela filosofia kantiana, a respeito da utilização de homens como meios à satisfação de interesses políticos e econômicos.

Neste momento histórico, ocorreu um fenômeno que marcaria a experiência constitucional contemporânea de grande parte dos países ocidentais, qual seja, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que os textos constitucionais promulgados no período posterior ao término da Segunda Guerra Mundial e, inclusive, a Declaração Universal das Nações Unidas de 1948, trouxeram em seu âmago o mencionado princípio. Em nosso país, por força do art. 1º, III, da Constituição de 1988, o princípio em comento fora elevado à condição de fundamento da república, atuando, hoje, como legítima cláusula geral de proteção dos indivíduos.

23 BERNARDO, 2005.

24 BERNARDO, 2005.

4.1. Conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana

Tormentosa e árdua, porém de inegável relevância, é a missão de decifrar o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. A dificuldade reside, entre outros pontos, no elevado fator de abstração axiológica do conceito de dignidade, assim como no influxo causado pelo momento histórico em que esta tarefa será realizada.

Certo é que, para a exata compreensão do significado do princípio da dignidade da pessoa humana em nossa época, é necessário vislumbrar os avanços e retrocessos pelos quais passou a tutela do homem ao longo da história e perceber a posição, que hoje ostenta o mencionado princípio, em nosso sistema jurídico-normativo, de orientador da atuação estatal.²⁵

Inicialmente, ressalta-se que se trata de um dos princípios constitucionais fundamentais, sendo, portanto, uma das “diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado”²⁶, tendentes a veicular os valores máximos do nosso ordenamento, indicando a ideologia norteadora de um Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, vale a ressalva de que a dignidade é um elemento inerente ao homem e não uma ficção jurídica. Sendo um conceito preexistente às experiências histórico-normativas, entende-se que a Constituição apenas o reconhece e o transforma em valor máximo do ordenamento. Fixada esta premissa, torna-se inconcebível admitirmos que um Estado possa criar, ou subtrair, a dignidade de um ser humano, tendo em vista que “a dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*”.²⁷

É neste sentido que se fala em dignidade da pessoa humana como postulado normativo supremo no direito brasileiro, conceito fundamental da ciência jurídica.²⁸ Em razão da amplitude de seu conteúdo e de *status* de fundamento da República, atribui-se ao princípio da dignidade humana o topo da pirâmide normativa, sendo conhecido, por alguns, inclusive, como um macrop princípio.²⁹

25 BARCELLOS, 2008.

26 BULOS, 2009, p. 218.

27 SILVA, 2000. p. 146.

28 NOGUEIRA, 2006.

29 BULOS, 2009.

Identificando o princípio da dignidade humana como um dos integrantes do rol dos princípios fundamentais, bastante úteis são as palavras de Canotilho e Moreira, que atribuem a estes o mister de “caracterizar a colectividade política e o Estado”, além de revelar suas “principais opções político-constitucionais”, tornando explícitas “as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”.³⁰

Com efeito, o princípio de salvaguarda da dignidade da pessoa humana deve representar, simultaneamente, um dos pilares da existência da República Federativa do Brasil assim como a razão última de todas as suas atividades.

Pode ser facilmente associado à necessidade de criação e manutenção das condições ideais para que o homem seja respeitado em sua integridade física e moral, garantindo-lhe a possibilidade concreta de desenvolver suas aptidões e potencialidades.

Argumenta-se que o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana diz respeito à observação e concretização, por parte do Estado e de outras instituições, dos direitos fundamentais, considerados como aqueles direitos derivados da natureza do homem e reconhecidos pelo direito positivo.³¹

O cenário vivido entre o final do século passado e o início deste, caracterizado pela inimaginável expansão das telecomunicações, associada a um processo de aproximação da economia e da própria cultura de muitos Estados, contribuiu para que a tutela dos direitos fundamentais e, por via reflexa, da dignidade humana, se tornasse um ponto em comum no pensamento das nações ocidentais.³²

Adotando as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.³³ Nota-se que a autora elabora o seu conceito a partir de uma técnica de exclusão daquilo que não se coaduna com o tratamento ideal que deveria ser dispensado ao homem para se atingir a ideia de dignidade humana.

30 CANOTILHO *apud* SILVA, 2000, pp. 95-96

31 CANOTILHO, 1998.

32 BARCELLOS, 2008.

33 MORAES, 2003, p. 85.

Avançando em nosso raciocínio, estabelecendo uma nítida correspondência entre a dignidade humana e a concretização dos direitos fundamentais, temos a lição de Sarlet, para quem o conteúdo jurídico do princípio em destaque deve ser visto sob duas perspectivas.

A primeira delas reclama do Estado uma abstenção no que diz respeito à prática de condutas que infrinjam os direitos aos quais a Constituição da República atribuiu o predicado de fundamentais. Sob outro prisma, ao Estado cabe, além de uma conduta omissiva, uma atuação positiva no sentido de criar políticas públicas que promovam as finalidades almejadas pelo constituinte.

Inspirado por Kant, Sarlet entende:

por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁴

Deste modo, podemos perceber que, assumindo uma ou outra configuração, a noção de dignidade humana entrelaça-se com a crença na proposição de que o homem encerra um fim em si mesmo, sendo-lhe creditada uma dignidade ontológica.

Nessa ordem de ideias, podemos perceber a marcante contribuição da filosofia kantiana para o processo de compreensão do Estado e das demais instituições como instrumental necessário à garantia dos anseios dos indivíduos. Em outras palavras, o Estado agora somente legitimará sua existência na medida em que se organizar para a promoção dos direitos fundamentais.

Deste modo, a inserção do princípio da dignidade humana na Lei Maior teve como um dos grandes méritos a criação de uma cláusula geral de proteção do ser humano, a qual cumpre a tarefa de agregar, em torno de si, todo o conjunto de direitos e garantias fundamentais. De acordo com

34 SARLET, 2002, p. 62.

Bulos, “quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo”.³⁵

Seja como for, para o correto entendimento do conteúdo jurídico do princípio em destaque, o jurista não deve se olvidar da premissa de que o Estado é apenas um meio para a concretização dos direitos fundamentais, um caminho para que o homem possa gozar dos direitos individuais e sociais expressos na Constituição.

Para tanto, a lógica jamais deve ser invertida. É o Estado que deverá servir o homem e não o oposto. Sob esta perspectiva, o homem passa a ser visto como sujeito e destinatário de direitos e o Estado assume como finalidade última a promoção da dignidade dos indivíduos que vivem sob sua proteção.

5. Reflexos da dignidade humana sobre o direito privado – a superação da concepção abstrata do ser humano

O fenômeno pós-positivista, numa tentativa de resgatar a crise existencial experimentada pelo positivismo, que não se revelava mais apto a fornecer soluções legítimas aos problemas jurídicos contemporâneos, consagrou a supremacia constitucional como meio de superação e relegitimação da ciência jurídica.

A doutrina brasileira, inspirada nas lições de Perlingieri, deu início a uma reconstrução do direito privado sob a ótica da Constituição da República, informada por princípios que almejavam maior efetividade à tutela da pessoa humana.³⁶

A Lei Maior, ao elencar como fundamento da República a dignidade humana, desempenhou um papel primordial na superação do individualismo e da concepção abstrata do ser humano, presentes no Código Civil de 1916. Deste modo, a pessoa humana, não mais vista sob uma concepção formalista, agora considerada em sua essência, passou a ser o núcleo da tutela do sistema normativo.

Fixadas estas premissas, deve-se ressaltar que o respeito das normas inferiores à Constituição não merece apenas ser examinado sob o ponto de

35 BULOS, 2009, p. 221.

36 NEVARES, 2004.

vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico e a exigir dos seus intérpretes a concretização de sua vontade.

Dentro desta perspectiva, consolidou-se uma onda de socialização e funcionalização dos tradicionais institutos de direito privado, como propriedade, contrato e família, que passam a ser vistos como legítimos instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana, desmerecedores de proteção jurídica quando não se destinarem a esta finalidade.

Outrossim, percebe-se que o direito privado e, em especial, o direito civil seguem uma tendência de despatrimonialização, provocada pela dogmática pós-positivista. Inspiradas nos princípios constitucionais, as novas regras jurídicas e a atual atividade interpretativa aproximam-se da busca por uma nova razão que legitime a tutela dispensada aos seres humanos, considerados em sua essência.

5.1 O princípio da igualdade

Estabelecem as cartas constitucionais dos Estados contemporâneos, e dentre elas a brasileira, que todos os homens são iguais perante a lei. Em nossa Constituição, o princípio da igualdade encontra-se insculpido no *caput* do art. 5º, que inaugura o título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais.

No entanto, pode-se afirmar, amparado na doutrina pátria, que, do conteúdo do princípio em epígrafe, emana não apenas a ordem de dispensar tratamento equânime aos homens diante de uma disposição normativa como também a restrição de que o próprio texto legislativo deve resguardar a noção de isonomia.

Campos, corroborando este entendimento, aduz que

não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios de política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.³⁷

37 CAMPOS, 1956, p.30.

Por esta razão, Kelsen assevera que a compreensão restritiva do conteúdo jurídico do princípio da igualdade pode chegar ao absurdo de esvaziar seu significado. Com efeito,

colocar (o problema) da igualdade perante a lei é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral.³⁸

Destarte, a pura e simples igualdade perante a lei, sem a preocupação com o comando normativo que dela deriva chega ao extremo de equiparar o princípio da igualdade com o princípio da legalidade.

O ponto de partida para uma profunda análise quanto à averiguação do alcance da norma em discussão reside na tradicional afirmação de Aristóteles segundo a qual deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A imprecisão e a incerteza quanto ao que repousa entre um e outro polo desta assertiva, deixa no ar a dúvida sobre qual o critério que nos permite segregar pessoas de maneira legítima, isto é, quais discriminações são juridicamente válidas.

É pacífica a compreensão de que entre os seres humanos existem nítidas diferenças. Há diferenças de estatura, de credo, de sexo, de raça, entre outros. Contudo, para uma gama considerável de situações, alguns dos fatores que nos distinguem não podem ser utilizados para dispensar tratamento favorecido a uns em detrimento de outros.

É necessário compreender que, diante de determinadas circunstâncias, é razoável o tratamento jurídico desuniforme, contanto que seja legítimo. Como exemplo, podemos citar o edital de um concurso que restringe a concorrência para ocupar as vagas de procurador do Estado àqueles que se encontram inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Neste momento, considera-se importante discutir os critérios que tornam ou não uma discriminação legítima, sem perder de vista que “o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas”³⁹ e a função precípua da lei “reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações”.⁴⁰

38 KELSEN, 1962, p. 190.

39 MELLO, 1993, p. 12

40 MELLO, 1993, p. 12

De maneira bastante simples, pode-se afirmar que a atividade legiferante compreende a tarefa de apanhar, no mundo dos fatos, elementos capazes de distinguir situações e, em seguida, introduzir na ordem jurídico-positiva um benefício ou graciousidade a certas pessoas, as quais reuniram condições de se subsumir à categoria diferenciada.

Nesta ordem de ideias, a missão do jurista que pretende avançar no estudo do princípio da igualdade é tentar perceber em que momentos a lei não poderá elencar discriminações como legítimas, tendo como norte a premissa de que a isonomia encerra um limite à atuação típica de um texto legislativo.

Em um sistema jurídico no qual, por um lado, reconhece-se normatividade aos princípios e a supremacia da Constituição e, de outro, almeja-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, malferirá a isonomia um enunciado legislativo que estabelecer tratamento diferencial a um grupo de pessoas de maneira incompatível com a vontade da Constituição.

Assim, pode-se afirmar, com Celso Antônio Bandeira de Mello,

que as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.⁴¹

Deste modo, pretende-se afirmar que o legislador se encontra impedido de indicar como razão fundamental para o estabelecimento de disciplina desequiparatória critérios baseados em preconceitos e ódios. O princípio em destaque desempenha relevante papel na ordem jurídica, e para a sociedade, na medida em que se torna fator que impossibilita tratamentos diferenciados injustificados ou arbitrários.

Para concluir, argumentamos, com a lição de Pimenta Bueno, que

a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.⁴²

41 MELLO, 1993, p. 17.

42 BUENO, 1957, p. 424.

Nota-se, assim, que o princípio da igualdade serve como autêntico instrumento de controle da atividade legiferante, ao impor limites à atuação do poder público, sempre tendo como parâmetro a realização de valores consagrados pela Constituição.

6. Considerações finais

Neste momento, tendo em vista a relevância dos princípios constitucionais para a interpretação e aplicação do direito nos dias de hoje, tem-se como oportuno o oferecimento de reflexões sobre a compatibilização do direito infraconstitucional aos mandamentos presentes no texto da Lei Maior.

Considerando que a igualdade é um princípio caríssimo a um Estado de Direito que pretende ser democrático, cabe aos juristas avaliar se uma certa situação se encontra em sintonia ou não com o mencionado princípio. Para tanto, devemos adotar alguns critérios com o objetivo de cumprir adequadamente esta missão.

Em um primeiro momento, deve-se voltar a atenção ao elemento tido como fator de desequiparação. Neste ponto, consoante ensina Bandeira de Mello, “é inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes”.⁴³

A assertiva lançada no parágrafo anterior conduz-nos, de forma nítida, à conclusão de que malfeire o comando isonômico aquela regra de direito que estabelece como fator de discrimen entre pessoas um fator extrínseco a elas, que não lhes seja inerente.

Além disto, para que um comando normativo dialogue com a princípio igualitário, deve aquele, necessariamente, guardar conexão lógica entre o fator eleito como apto a diferenciar e a desigualdade estabelecida em função deste elemento.

Em outras palavras, é necessário que haja uma conexão racional entre a tutela jurídica diferenciada a ser dispensada e o fator de discrimen que lhe serve de fundamento. Desta maneira, “o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuem em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas”.⁴⁴

43 MELLO, 1993, p. 29.

44 MELLO, 1993, p. 34.

Por fim, o último elemento a ser aferido para se afirmar, com segurança, que uma regra jurídica é alinhada à norma isonômica diz respeito à compatibilidade da diferenciação com os interesses perseguidos pelo texto constitucional.

De acordo com a nova interpretação constitucional, realçada nas linhas anteriores, que confere normatividade aos princípios e sujeita a aplicabilidade das normas infraconstitucionais a um processo de filtragem, pode-se dizer, tranquilamente, que será ofensiva ao princípio da igualdade a discriminação constante de uma disposição normativa que não esteja alinhada aos interesses constitucionalmente tutelados.

A compatibilidade entre a distinção operacionalizada por intermédio da lei ou de qualquer outra regra de direito não pode se distanciar, jamais, das diretrizes e valores consagrados na Constituição, tendo em vista que a violação ao princípio da isonomia revelará, inevitavelmente, a inconstitucionalidade do preceito normativo.

Por esta razão, entende-se que “não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva”⁴⁵, o que implica dizer que a lei se encontra impedida de desobedecer a essência da Constituição, caracterizada pelos valores fundamentais que emergem de seu texto.

Destarte,

não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário.⁴⁶

Portanto, argumenta-se que a atividade interpretativa de uma regra jurídica deve, obrigatoriamente, estar calcada nos elementos acima apresentados para que possamos avançar na árdua, porém necessária, tarefa de concretização de direitos fundamentais.

45 MELLO, 1993, p. 42.

46 MELLO, 1993, p. 43.

Em suma, não basta, para que uma disposição normativa respeite a norma isonômica, que o legislador colha elementos diferenciais existentes nas próprias coisas e pessoas que receberão tratamento jurídico distinto, nem que este guarde pertinência lógica com a diferenciação. É necessário que a distinção seja um meio para a realização dos fins almejados pela Lei Maior, sobretudo ao considerarmos a normatividade dos princípios como elemento marcante do direito contemporâneo.

Referências

- ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, New York, v. 13, n. 3, p. 294-304, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. – 2ª amplamente revista e atualizada. –Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*, in: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Malheiros: 2003. p. 105.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *A Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2005. Disponível em: <http://200.255.4.232/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.
- BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Tradução de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo:

- Malheiros Editores, 2003.
- BOULANGER, Jean. *Principes Généraux du Droit et Droit Positif*, In: *Droit Privé Français au Milieu du XX Siècle (Études offertes a Geoges Ripert)*. Paris: LGDJ, 1950.
- BUENO, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Ed. Freitas Bastos, 1956.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni de Principio*. Milão: Giuffrè, 1952.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1973.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho – Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento*. Ed. Ltr, 1991.
- GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Malheiros Editores, 1993.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Renovar. Rio de Janeiro, 2004.
- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/>

REDE-8-OUTUBRO-2006-ROBERTO%20WAGNER.pdf. Acesso em 16/02/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Recebido em 20 de maio de 2017.

Aprovado em 08 de junho de 2019.