

INTRODUÇÃO

A idéia da proibição do retrocesso legal está francamente ligada ao pensamento do constitucionalismo dirigente proposto pelo grande doutrinador português Canotilho, este que estabelece as tarefas de ação futura direcionadas ao Estado e à sociedade com finalidade de dar ainda maior alcance aos direitos sociais e diminuir as desigualdades, partindo-se da não retroação do que já fora conquistado. De forma que, nem os ordenamentos jurídicos, nem tampouco as decisões judiciais, podem abandonar os avanços já auferidos ao longo dos anos de aplicação e vivência do direito constitucional positivado, tendo por com a finalidade concretizar os direitos fundamentais.

Este artigo tem como objetivo analisar, dentro do conjunto de direitos e garantias fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a partir de sua afirmação como princípio da ordem jurídica nacional e internacional, a fim de se compreender a sua importância, significado e conteúdo enquanto conjunto de preceitos inalienáveis, e que jamais podem, no tempo e na condição evolutiva humana, retroagir, valendo tal afirmação, naturalmente, para o conjunto de regras jurídicas no Brasil dispostas. Buscar-se-á também ressaltar a importância de o aplicador do direito – seja o magistrado julgador, o promotor da justiça e o defensor, em observar sempre em seu *múnus*, tal princípio de observância obrigatória, a fim de que não se experimente o início de uma cadeia descendente de valores em nossa realidade jurídica

Pois a garantia fundamental da dignidade da pessoa humana não é criação da Religião, da Filosofia ou do Direito, mas um valor intrínseco à própria existência humana, que foi sendo elaborado e reconhecido historicamente, por ora avançando e, por ora, dando passos na direção contrária, como são os tempos de guerra, de exceção ou ditatoriais. Indiscutível a contribuição da Religião, da Filosofia e do Direito para que se chegasse, um dia, a uma concepção mais clara do significado de dignidade. Mas, para que o ser humano, independentemente de qualquer diferença, tenha a sua dignidade reconhecida e preservada, deve-se ter em mente que não há hipótese justa para a retroação de direito - ou conjunto de direitos - tão nobres e essenciais.

O princípio da dignidade da pessoa humana desperta o interesse, em razão da sua relevância no atual contexto histórico em que direitos fundamentais são discutidos e reclamados pela população. Através deste princípio (da dignidade), que hodiernamente alcança posição de grande destaque, é que se pretende exemplificar e mostrar a importância da irretroatividade dos direitos e garantias fundamentais já conquistadas e positivadas.

A CONCEPÇÃO CONTEMPORANEA DE DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO UNIVERSAL

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana e sua afirmação enquanto princípio ou fundamento de diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo após as atrocidades cometidas na segunda Guerra Mundial decorre, em grande parte, dos esforços do movimento de internacionalização dos Direitos Humanos em resposta aos horrores cometidos contra a humanidade, durante a referida guerra. Flavia Piovesan (2002, p. 116) afirma que ao se adotar a primazia da pessoa humana, o “valor da dignidade se projeta por todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e que a lógica dos Direitos Humanos é, sobretudo, inspirada no valor da dignidade da pessoa humana”.

A concepção contemporânea de Direitos Humanos, no dizer de Flávia Piovesan (2002), decorre do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Tal concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento relativamente recente na História, surgido a partir do Pós-Guerra, como resposta aos horrores cometidos durante o Nazismo. A era de Hitler foi marcada destruição e descartabilidade da pessoa humana, que resultou na morte de milhões de vítimas, sem falar de outros abusos e tratamentos desumanos de que foram vítimas outros milhões de pessoas.

É neste trágico cenário de horror e total falta de respeito ao ser humano, que o reduziu à condição de mero objeto, e tudo sob o manto da legalidade¹, que no entendimento de Flávia Piovesan (2002, p. 182) “se desenha o esforço da reconstrução dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução”. Com efeito, não se tem como possível que as perspectivas dos direitos humanos permanecessem inalteradas, reduzidas ou restritas a uma dimensão territorial (BASTOS, 2002). Fazia-se necessário o desenvolvimento de um direito internacional dos Direitos Humanos, universal e aplicável a todos os povos e nações, independentemente das circunstâncias, momento e lugar. Decorre desse anseio que os Direitos Humanos tivessem como fundamento a dignidade da pessoa humana, ou seja, fundado na concepção de que o ser humano deve ser respeitado em sua plena integridade e inteireza, pelo simples fato de existir,

¹ Sob este aspecto, Flávia Piovesan (2002, p. 188), assinala que tanto o Nazismo como o Fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei.

sem se levar em consideração sua origem, raça, credo, opção sexual, opiniões ou ideologias (BASTOS, 2002).

Os Direitos Humanos elevados ao patamar de Direito Internacional deixam de ser assunto de jurisdição interna de um determinado Estado e passam a ser preocupação internacional, com o objetivo de zelar pela proteção do ser humano numa dimensão muito além das fronteiras que separam as Nações. Desse modo, não seria responsabilizado exclusivamente o indivíduo por atos violadores dos direitos humanos, mas igualmente o Estado perante a comunidade internacional.

A idéia corrente de que o fundamento de validade do Direito em geral e dos Direitos Humanos em particular residia em aspectos religiosos e metafísicos presentes em muitos séculos da História e que não deveriam retroagir, com a Modernidade. Tal compreensão foi sendo cada vez mais apreendida, significando que o seu fundamento é o próprio homem decorrente de sua dignidade enquanto pessoa. Caminha nesse sentido, o entendimento de Comparato (1998, p. 60) ao esclarecer que sendo o Direito uma criação humana, “seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa”.

Tratando da dignidade humana como fundamento dos Direitos Humanos estabelecidos após a segunda metade do séc. XX, Piovesan (2002) assinala essa premissa, ao esclarecer que o valor da dignidade humana se projeta por todo o sistema internacional de proteção, vez que todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana como resposta à aguda crise sofrida pelo Positivismo Jurídico, associada à derrota do Fascismo, na Itália, e do Nazismo na Alemanha. Com efeito, a era de Hitler representou o Estado como o grande violador dos Direitos Humanos, culminando com o extermínio de milhões de seres humanos, instituindo a maior de todas as barbáries já vistas e criadas pela mente humana (DALLARI, 2001). Decorrente desse quadro de barbárie, o mesmo autor reafirma a elevação do princípio da dignidade humana à condição de fundamento dos Direitos Humanos:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a

ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral (DALLARI, 2001, p. 132).

Os horrores cometidos pelos regimes totalitários - Nazismo e Fascismo - fizeram com que a humanidade despertasse e tomasse consciência de que o ser humano não pode ser usado simplesmente como massa de manobra nas mãos de megalomaníacos, isto a fim de construir seus impérios e impor suas ideias (MENDONÇA, 1996). E, no sentido que a dignidade humana se levanta como princípio fundamental dos Direitos Humanos, também salienta Siqueira Castro (1995, p. 35):

Sem Auschwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio motriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao Poder.

Assim, após o Holocausto, a dignidade da pessoa humana vai se tornando a pedra fundamental dos Direitos Humanos e das Constituições de diversos Estados Nacionais, impondo-se como garantia da integridade dos seres humanos e limite à violação dos seus direitos (TORRES, 2004). E, sucedâneo a este pensamento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10.12.1948, apresenta-se como a expressão máxima da reconstrução dos direitos humanos, cristalizando-se pouco em cada constituição e tratado internacional, introduzindo a concepção contemporânea de tais direitos. Destaca-se, além de outros atributos, pela sua universalidade e indivisibilidade, como bem explica novamente Piovesan (2002, p. 182):

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais igualmente o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-

relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Reforçando a ideia de que tais declarações iniciaram um processo de reflexão entorno dos direitos fundamentais realçando a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2006, p. 211) considera que:

... a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representou a culminância de um processo ético iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, o que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a idéia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

Outro aspecto de grande relevância é o de que, a partir desta Declaração e com base nos princípios por ela contemplados, muitos pactos e convenções foram assinados tratando de problemas pertinentes aos Direitos Humanos (TRIPPO, 2004). Não obstante, para Nunes (2002), este foi o primeiro documento a estabelecer, internacionalmente, os direitos inerentes a todos os homens e mulheres, independentemente das situações peculiares de cada um, que devem ser observados em todo o mundo, estabelecendo um denominador comum a todos os povos, culturas, raças e Estados. A fim de situar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como compreender os mecanismos pelos quais foi possível, em tão pouco tempo, elaborar o que se pode considerar um dos maiores patrimônios da humanidade pelo que ela representa em defesa do bem maior que é a vida vivida com dignidade, vale reproduzir a lição de Antônio Sarlet (2004, p. 6):

A Declaração resultou de uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da primeira sessão regular da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em fevereiro de 1947. Naquele

momento já se dispunha de propostas a esse respeito, enviadas à Assembléia Geral das Nações Unidas no trimestre de outubro a dezembro de 1946. Para um instrumento internacional que passaria a assumir importância transcendental, como universalmente reconhecida em nossos dias, os ‘travaux préparatoires’ da declaração universal de 1948 desenvolveram-se em um período de tempo relativamente curto, em um dos poucos lampejos de lucidez no decorrer deste século. Ao labor da comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e de seu Grupo de Trabalho (maio de 1947 a junho de 1948) – com as consultas paralelas realizadas pela Unesco em 1947 -, seguiram-se os debates da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas (setembro de 1948).

A dignidade da pessoa humana se revela, destarte, como a essência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, capaz de lhe dar, além de fundamento, o seu verdadeiro sentido que jamais, pelo princípio alinhado à evolução humana, haver a possibilidade do retrocesso dos direitos e garantias fundamentais. Não podem conquistas do homem ao preço de milhões de vidas, de fato retroagirem.

Calorosos debates ainda persistem quanto à eficácia jurídica e o dever de os Estados obedecerem ao que determinava a Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma vez que foi proclamada como Resolução, e não sob a forma de Acordo ou Convenção, ou ainda de Tratado Internacional, o que a tornaria mais frágil do ponto de vista de sua vinculação, mesmo porque a prática internacional tem mostrado que as declarações são comumente violadas ou até mesmo ignoradas (REALE,1998). Em verdade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembléia Geral das Nações Unidas fez e permanece fazendo aos seus membros, motivo pelo qual se costuma sustentar que o documento não teria força vinculante. Foi por essa razão que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como etapa preliminar à adoção posterior de um pacto ou tratado internacional.

Piovesan (2007) sustenta que, sob o enfoque estritamente legalista, a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, por assumir a forma de declaração e não de tratado. Essa questão gerou larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de se assegurar o reconhecimento e a observância universal dos direitos nela previstos, prevalecendo o entendimento de que a Declaração Universal dos Direitos

Humanos deveria ser plasmada sob a forma de Tratado Internacional, ressaltando ainda a autora supramencionada, que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU em 1966, teve como maior objetivo incorporar os dispositivos da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. Atualmente este Pacto conta com a adesão de 120 Estados-partes, incluindo o Brasil, que o ratificou em 1992. Já Henkin, *et al* (1993), analisando a premissa segundo a qual a Declaração de 1948 não tem força vinculante por se tratar de uma recomendação e não de um Tratado, consideram que:

... esse entendimento peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em Constituições, Leis e Tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea, de resto, como tem sido reiteradamente assinalado nesta obra, distingue os direitos humanos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas. É óbvio que a mesma distinção há de ser admitida no âmbito do direito internacional.

Acrescenta Comparato, que o Direito Internacional se constitui igualmente dos costumes e princípios gerais dos direitos consubstanciados na dignidade da pessoa humana.

O direito internacional é igualmente constituído pelos costumes e os princípios gerais de direito, como declara o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38). Ora, os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como exigências básicas de respeito à dignidade humana. A própria Corte Internacional de Justiça assim tem entendido. Ao julgar, em 24 de maio de 1980, o caso de retenção, como reféns, dos funcionários que trabalhavam na embaixada norte-americana em Teerã, a Corte declarou que ‘privar indevidamente seres humanos de sua liberdade, e sujeitá-los a sofrer constrangimentos físicos é, em si mesmo,

incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. (COMPARATO, 2003, p. 37).

Neste sentido, e a fim de sustentar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 tem força jurídica vinculante perene e duradoura (além de não cogitar a retroação), mesmo considerando-se que se trata de questão polêmica, parece relevante considerar que ela vem sendo reconhecida como meta comum a ser alcançada, tendo tornado os Direitos Humanos linguagem comum da humanidade e premissa permanente. Acrescente-se a isso o argumento, por muitos utilizado, de que a declaração integraria o Direito Costumeiro Internacional, enquanto normas e comportamentos reiteradamente repetidos pelos membros da comunidade internacional, integrando os princípios gerais dos direitos.

Forte argumento a favor da força vinculante da Declaração é esposado por Canotilho (1993, p. 152), para o qual a Declaração de 1948 e a Carta da ONU estariam inter-relacionadas. Sustenta o autor que:

...um argumento que entendo pessoalmente persuasivo, é aquele que considera a Carta da ONU e a Declaração como documentos inter-relacionados. O art. 55 da Carta prevê que as Nações Unidas devem promover o respeito e a observância universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e o art. 56 adiciona que todos os Membros se comprometem a intentar ações conjuntas ou separadas para o alcance dos propósitos enunciados no art. 55. A Carta nunca definiu ‘os direitos e liberdades fundamentais’ que os Estados-Membros da ONU se comprometem a respeitar e a observar, mas a Declaração traz a definição com uma clara referência ao compromisso dos Estados em seu próprio preâmbulo.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco ao ser humano, preexistente à sua descoberta, mas que teve o seu significado, conteúdo e conceito elaborados aos poucos no decorrer da história, chegando ao séc. XXI, utilizando aqui uma expressão de Espíndola (1999, p. 46), “repleta de si mesma como um valor supremo”. A partir da segunda metade do século XX, a dignidade humana vai se tornando a pedra fundamental dos ordenamentos jurídicos de diversas constituições, representando uma grande conquista da humanidade a ponto de impor limites ao poder do Estado exercido por ele.

A Constituição de 1988 inaugurou, no Estado Brasileiro, esta nova ordem em busca de uma identidade nacional visando à estruturação de um Estado de direito fundado na democracia, marcadamente desejosa de nunca mais retomar os estados de exceção, como foi o militarismo. Poder-se-ia dizer que, mais ainda, lançou um novo olhar voltado à tão sofrida condição do povo brasileiro, carente das condições mínimas para uma existência digna como alimentação, educação, moradia, saúde, trabalho digno, acesso à justiça. A Constituição, no dizer de Flavia Piovesan, citada por Garcia (2004, p. 190), é “...um documento com intenso significado simbólico e ideológico – refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser”.

Acrescenta a autora que é nesta perspectiva que há de se compreender a Carta de 1988, significando, no seu entendimento o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais. O texto demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático pós-ditadura, desejando-o não mais retornar como instituição política nacional. Apresentou, por fim, importantes avanços em relação às Constituições anteriores no que diz respeito aos direitos fundamentais. Dalmo de Abreu Dallari (2001, p. 225) assinala que:

... a última das Constituições anteriores elaboradas por uma Assembleia Constituinte, a de 1946, falava em ‘direitos e garantias individuais’. Na Constituição de 1988, que sofreu forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, aparecem as expressões ‘direitos humanos’, ‘direitos e garantias fundamentais’, ‘direitos sociais’, além de ‘direitos individuais e coletivos’ – que demonstra a ênfase dada aos direitos fundamentais da pessoa humana e a pressão irresistível de novas forças democráticas.

O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, sem mencionar diretamente “dignidade da pessoa humana”, contempla valores essenciais e imprescindíveis para que um povo possa sonhar e acreditar em uma existência digna:

...instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (*apud* MAZZUOLI, 2007, p. 55).

O ponto culminante da dignidade da pessoa humana na atual Constituição Pátria está em seu Artigo 1º, inciso III, constituindo um dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro carecedor de constantes ratificações (oriundas da atividade popular e estatal) tendentes ao não retrocesso dos direitos e garantias fundamentais, sempre os confirmando:

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

I – a Soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana. (*apud* MAZZUOLI, 2007, p. 44).

Bonavides (2003) consigna que esse princípio fundamental da dignidade humana foi ainda reforçado em inúmeras outras disposições constitucionais, na atual Carta Política Brasileira. Assim, não obstante o artigo 3º já declarar que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade livre, justa e solidária, tem-se o artigo 170, que retoma a expressão utilizada na Constituição de 1934, dispondo em seu *caput* que: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (*apud* BONAVIDES, 2003, p. 44)

Um exemplo de disposição constitucional referente a direitos fundamentais não dispostos no artigo 5º de nossa Lei Ápice, mas igualmente impassível de retrocessos, é o artigo 227 impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade – tema relevante, em um momento em que se discute tanto a redução da maioria penal:

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, (...) (*apud* BONAVIDES, 2003, p. 48).

No Título dos Direitos e Garantias Constitucionais, nota-se preocupação relativa à dignidade da pessoa humana ao assegurar de modo definitivo (não abrindo possibilidade de retroação e colocado como algo inegociável, a igualdade de direitos entre homens e mulheres, preferindo o legislador constituinte não afirmar, genericamente, como constava em Constituições anteriores que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, mas acrescentou conforme consta no Artigo 5º, inciso I, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, estabelecendo, ainda no mesmo Art. 5º, inciso III, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, enunciado que segundo Bonavides (2003, p. 139), revelou-se imprescindível, para exorcizar os espectros que violentaram a dignidade e a integridade física de tantos brasileiros, durante o período da ditadura militar, justificando novamente o presente estudo, reafirmando-se a importância da irretroatividade dos direitos e garantias fundamentais, exemplificados pelo direito à dignidade humana. É importante consignar que assim que, a dignidade da pessoa humana constitui os fundamentos dos direitos fundamentais.

Barroso (2001, p. 79), afirma que:

... constata-se (...) que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda de modo e intensidade variável -, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas.

No mesmo sentido é o entendimento de Bastos (2002, p. 79):

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigência, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base neste devem (os direitos fundamentais) ser interpretados.

Com efeito, fica patente que o legislador constituinte conferiu grande importância à dignidade da pessoa humana, na Constituição de 1988, elevando-a, ainda que tardiamente, ao lugar que ela sempre mereceu estar: como fundamento da Constituição. Mas não se pode achar que, ante a previsão constitucional, a dignidade da pessoa humana estaria, de todo, preservada e assegurada por si só, ou seja, é preciso um conjunto de regras e princípios – adiante revistos – a assegurar o desejo perene de tal composição jurídica (como as demais), caminhando pelo seu não retrocesso temporal e conceitual, além de sua real força jurídica (ALVES, 2001).

Quase trinta anos após a promulgação da Constituição, presenciamos, diariamente, situações em que a dignidade da pessoa humana é violada, não apenas pela violência direta em que há o repúdio da sociedade, mas, principalmente, pela formas veladas como o preconceito, o racismo e, acima de tudo, pela miséria em que vivem milhões de pessoas desprovidas das condições mínimas de sobrevivência (ALVES, 2001).

Dessa forma, não é suficiente somente a previsão constitucional isoladamente considerada, para que a dignidade humana seja assegurada em sua integridade. Ainda assim a sua legitimação, no texto constitucional, é um grande avanço e conquista, um instrumento indispensável rumo a uma sociedade mais justa e mais humana. Resta claro que os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e coletividades, figuram na ordem jurídica constitucional como conjunto normativo-princípios fundamental, cabendo, no entanto, buscar um melhor entendimento de sua dimensão no ordenamento jurídico, a fim de vislumbrar sua real efetividade e aplicabilidade no Direito.

O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONQUISTADOS PELO HOMEM

Alta indagação, de suma importância e pertinente ao tema aqui desenvolvido refere-se à função que os princípios jurídicos desempenham no ordenamento jurídico, sendo inclusive objeto de indagação por Canotilho (1993, p. 167): “...têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta?”.

Sua conclusão vem logo a seguir ao expor que os princípios são multifuncionais:

Podem desempenhar a função argumentativa, permitindo denotar a ratio legis de uma disposição (...) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito”. Acrescenta o autor que “em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘idéia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma função sistêmica; são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional.(CANOTILHO, 1993, p. 169).

Paulo Bonavides (2003, p. 174), tecendo considerações acerca da normatividade dos princípios, invoca a lição de Domenico Farias que, sem recusar o caráter de “genuínas normas jurídicas”, acrescenta o da “fecundidade”:

... os princípios são a alma e o fundamento de outras normas. Substancialmente é a idéia de fecundidade do princípio aquela que acrescenta à de mera generalidade. (...) A forma jurídica mais definida mediante a qual a fecundidade dos princípios se apresenta é, em primeiro lugar, a função interpretativa e integrativa. O recurso aos princípios se impõe ao jurista para orientar a interpretação das leis de teor obscuro ou para suprir-lhes o silêncio.”

Sobre o senso de justiça em confronto com a letra fria da lei, anota Espíndola que:

... que o postulado cardeal do purismo, haurido nas águas do positivismo filosófico, era o ideal de neutralidade. A norma teria valor pelo que é, e não pelo que deveria ser. Seu âmbito de incidência estaria, assim, limitado pela semântica inteligentemente possível de seus termos, não entrando em linha de conta qualquer aspiração teleológica. Sabe-se, no entanto, que a dimensão do jurídico não se limita ao aspecto normativista. Toda norma, enquanto obra do pensar, é pródiga de valores e opções afetivas (afeições e desafeições), a disposição fundamental do ser humano. Ademais o dogma da neutralidade não é mais senão o último grau de ideologização... (ESPÍNDOLA, 1999, p. 88).

Num sistema jurídico aberto, onde sobressai a hegemonia axiológica dos princípios, tal função fertilizante dos princípios desempenham um papel de relevância incontestada na tarefa de revelação do Direito justo aplicável ao caso concreto, sobretudo quando o intérprete se depara com os chamados casos difíceis, para cuja solução se consulta mais o senso de justiça do que a letra fria e neutra da lei ou de um contrato.

Apropriada é a síntese apresentada por Bonavides (2003, p. 104):

... servindo os princípios, como diz Trabucchi, de ‘critérios inderrogáveis’, ou diretrizes para a interpretação e a aplicação das normas’, eles assumem, com toda legitimidade, ‘a tríplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes’, (...) com presença freqüente e culminante nas esferas da justiça administrativa e da justiça constitucional.

Farias (1996, p. 41) assinala que os princípios podem desempenhar, essencialmente, duas funções: ora como “norma primária”, ora como “norma secundária”. A primeira, chamada a disciplinar diretamente uma determinada situação fática, enquadrando-se na categoria que pode ser denominada de “função regulativa” e a segunda, para dotar de sentido a outra disposição normativa, limitando ou ampliando seu significado lingüístico, ou até mesmo anulando-o, caso se revele absolutamente incompatível com o sentido do princípio, desempenhando, assim, uma “função hermenêutica”.

Tais normas são constantemente invocadas para solucionarem colisão de princípios e para determinarem o conteúdo, a aplicabilidade e a eficácia das disposições de outra natureza do sistema. Igualmente lhes cabe a tarefa de limitar a interpretação, ao impor ao julgador fronteiras objetivas, constantes do conteúdo de tais normas.

Destaca-se, portanto, na atual ordem jurídica de feição predominantemente teleológico-axiológica, a enorme função orientadora dos princípios na interpretação do Direito, que deve ser compreendido à luz do conjunto de valores que permeiam o ordenamento jurídico fundado na Constituição.

É com esta dimensão funcional dos princípios que se entende a lição do filósofo Reale (1998, p. 158) de que “toda a experiência jurídica, e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais do Direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico”.

Assume, como bem defende Canotilho (1993), dentre outros, mas fundamentalmente este autor, que um dos grandes desafios da orla constitucional, notadamente dos países que passaram por situações em que o estado era de exceção, manter suas normas e princípios conquistados de modo intocável. A não retroação, o não retrocesso lógico-jurídico das normas positivadas se traduz, assim, simplesmente, na consideração da impossibilidade (como outra regra), da não violação dos direitos e garantias essenciais já conquistados, não devendo estes serem sobrepujados. Trata-se de um princípio ainda em construção, conquanto haja já muitos princípios pelo mundo que falam da irretroatividade das leis (que é diferente do princípio sob estudo), da não aplicabilidade de lei mais gravosa, de quóruns especiais legislativos para reforma de determinadas normas etc. (COMPARATO, 2003).

Com efeito, abreviar direitos já conquistados, assim, se mostra, em função de tal princípio, algo inadmissível para o constitucionalista moderno, e mais ainda, certamente, para a população a que tal conjunto normativo maior é direcionado. Pois que, ao reconhecer a existência de direitos inalienáveis e que devem ser definitivamente respeitados, como é o caso das cláusulas pétreas no direito constitucional pátrio, o ordenamento jurídico e a sociedade que o conquistou não pode ver, por questão lógico-jurídica, ver os mesmo direitos terem seu poder debilitado, decaindo de sua força normativa.

Falar-se-ia em retrocesso social se fosse possível aceitar a involução de qualquer espécie normativa que figure entre os direitos e garantias fundamentais do homem, como são a vida, o direito à moradia digna, educação, saúde, participação política e tantos outros.

Denominado de “efeito cliquet” – numa referencia ao alpinismo – aonde o esportista, quando alcança determinada altura, prende seu mosquetão, logra sua segurança e daquele ponto, não desce mais, também é chamado de princípio da não retroação (CANOTILHO, 2003), tem por grande desbravador, no Brasil, José Afonso da Silva (*apud* GUERRA FILHO, 2005), também tendo juristas, como os integrantes do Supremo Tribunal Federal, a defendê-lo. Seria o princípio da não retroação de direitos e garantias fundamentais, mais uma conquista sociológica que o direito visa resguardar, seja ampliando, seja mantendo e nunca involuindo naquilo que se apossou legitimamente.

CONCLUSÃO

Devemos compreender a concepção da dignidade humana a partir do seu significado e dimensão principiológica fundamental da Constituição brasileira de 1988, exatamente para percebê-lo, gritantemente cristalizado, como algo que não se pode, a par do que se procurou refletir, retroagir no tempo.

A dignidade da pessoa humana, assim, exemplificou, desde sua concepção até sua reafirmação e continuidade, a importância e o significado da perenidade dos princípios e normas constitucionais, notadamente por se tratar de direito e garantia fundamental do ser humano. Assim, não se pode voltar no tempo, retroceder evolutivamente quanto ao que é minimamente necessário, em termos jurídicos, garantindo-se paulatinamente o que se conquistou ao longo do tempo.

Não faria sentido pautar uma sociedade adstrita a um estado de direito postular, normatizar princípios e depois revogá-los ou passar a não respeitá-los. Com efeito, não pode também as instituições, qualquer que seja, avançar por sobre os princípios essenciais que garantem o mínimo vital de dignidade do ser humano, individual ou coletivamente considerado.

Eis o princípio do não retrocesso dos direitos e garantias fundamentais que, embora não insculpido formalmente na Constituição republicana brasileira de 1988, se mostra como corolário inscrito no ideário constitucional, devendo ser não tão somente honrado pela doutrina, mas também amplamente observado pelo aplicador do direito – seja o julgador, o acusador e o defensor e, de forma ainda mais aguda, pelo legislador, na lavra das leis do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARCES, Joaquin e Flórez Vedez. *Los principios generales Del derechos e su formulación constitucional*. Madrid, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós- positivismo)*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, setembro de 2001.

BASTOS, Celso; MARTINS. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico (lições de filosofia do direito)*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10º ed., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*: Barcelona: Ariel, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO. *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: A dignidade da pessoa humana: A ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed., São Paulo: Renovar, 2005.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: nova mentalidade emergente pós-1945*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar, SMIT, Hans. *International Law: Cases and Materials*. 3ª ed. Minnesota, West Publishing, 1993.

JACINTO, Jussara Maria Moreno. *A dignidade humana e a nova hermenêutica constitucional – a Constituição Federal de 1988, a dignidade humana e a hermenêutica dos princípios*. Tese de Doutorado, PUC-São Paulo, 2003.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1995.
- LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LIMA, George Marmelstein. *Hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. In: Mundo Jurídico – www.mundojuridico.adv.br, acessado em 28/05/2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- NUNES, Rizzato, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva: 1998.
- _____. *Filosofia do Direito*. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- SARLET, Igno Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª e 22ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e a atualidade dos direitos fundamentais do homem*. Tese apresentada à UERJ no concurso para Professor Titular, Rio de Janeiro, 1995.
- TORRES, Ricardo Lobo, *Teoria de Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.