

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Flavia Piva Almeida Leite; Saulo José Casali Bahia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-614-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Essa temática estimulou calorosos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia de diversidade ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, na intersecção de perspectivas que se destacam pelas diferenças, ou ainda, na tolerância mútua.

Em especial, a questão da eficácia social dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III”, na medida em que inequivocamente são questões que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propende a redução das desigualdades entre as pessoas, que pode proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho - UNESP – SP e do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia - Universidade Federal da Bahia, o GT “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Érica Silva Teixeira, Saulo José Casali Bahia, abordou a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena dos direitos fundamentais através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, sobre como o método de ponderação de interesses pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

O artigo intitulado OS DEVERES INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Joshua Gomes Lopes , Ivson Antonio de Souza Meireles, apresenta uma breve visão histórica dos deveres e da cidadania, analisando seus significados na Antiguidade clássica e os deveres individuais dos cidadãos presentes na Constituição Federal de 1988.

Isadora Beatriz Magalhães Santos e Luciana Lopes Canavez apresentaram o artigo intitulado: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA ANÁLISE PELA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO que abordou um refletir sobre a eficácia horizontal como meio de promoção da equidade e da bioética interventiva.

OS REFLEXOS DA NOVA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES DE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA, artigo de autoria de Riva Sobrado De Freitas , Danielle Jacon Ayres Pinto trouxe uma reflexão a respeito da necessidade da reconfiguração do Direito ao próprio Corpo, redesenhando seu conteúdo sob a ótica da Autonomia Privada Decisória.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Mônica Neves Aguiar Da Silva são os autores do artigo intitulado: PANORAMA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA que abordou discriminação em razão da orientação sexual sob dois prismas: o da suposta auto degeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por acreditarem que estes são indignos.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, da autoria de Lucas Helano Rocha Magalhães e Juraci Mourão Lopes Filho teve por objetivo uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado.

Paulo Roberto Albuquerque de Lima apresentou o artigo A COMUNICAÇÃO REGIONALIZADA COMO DIREITO SOCIAL EM SUSPENSO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, abordando um estudo concentrado no inciso III do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador constitucional de garantir um direito social importante: preservação de identidade cultural, que, entretanto, nunca foi regulamentado.

O artigo intitulado O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Alexsandro Aparecido Feitosa de Rezende e Rodrigo Rafael de Souza Picardi, trouxe a discussão a respeito do registro de nascimento, bem como os seus reflexos no mundo jurídico em especial no âmbito dos direitos fundamentais.

Os autores José Antonio Remedio e Fabricio Agnelli Barbosa apresentaram o artigo intitulado: O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO, que busca analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivado, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria.

A CORRUPÇÃO COMO NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS é o título do artigo de autoria de Maria Fausta Cajahyba Rocha, cujo objeto versou sobre as consequências que a corrupção desencadeia na sociedade contemporânea, notadamente no campo das violações dos Direitos Humanos.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE À JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA em que realizou uma análise reflexiva acerca dos desafios e possibilidades de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana, que assimilou o conceito de jurisdição indígena a partir do Novo Constitucionalismo LatinoAmericano.

A DEFESA DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: O RELEVANTE PAPEL DO CADE, da autoria de Jarbas José dos Santos Domingos, promoveu uma análise filosófica e jurídica da propriedade, bem como um estudo da história e dos dados oficiais da desigualdade social no Brasil e do papel do Cade na redução das desigualdades sociais.

Na sequência, Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior em seu artigo intitulado A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal.

No artigo A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Alyne Mendes Caldas discute a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

A seguir, Max Emiliano da Silva Sena, por meio do trabalho A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS propõe que no Pós-positivismo, o Direito reencontra-se com valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo.

Em sua apresentação do trabalho intitulado A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, Diogo Oliveira Muniz Caldas e Alvaro dos Santos Maciel apontam que na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. Concluindo que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Por sua vez, Pedro Luis Piedade Novaes em seu artigo intitulado A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA discorre que o resguardo do sigilo da fonte jornalística tem proteção expressa no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, todavia, apesar de ser uma garantia fundamental voltada para a profissão do jornalista, existem muitas críticas quando ao seu alcance, não havendo consenso na doutrina quanto ao modo como este instrumento de trabalho deva ser utilizado pela imprensa para divulgação de uma notícia.

No artigo ADPF: A DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS os autores Antonio Jose Souza Bastos e Felipe Jacques Silva discorrem que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como importante ação constitucional que se presta à tutela dos preceitos fundamentais, não pode ser manejada em face de todos os atos de Poder Público, isto porque, os atos políticos têm sido afastados da apreciação do Poder Judiciário, em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo as apresentações, Breno Soares Leal Junior e Leandro José Ferreira, no artigo intitulado AS REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DO JULGADO DA ADI 4983, E SUAS EXPECTATIVAS PARA OS ENTENDIMENTOS FUTUROS analisam o entendimento proferido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 ajuizada em face da lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do estado.

No artigo intitulado CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, Rodrigo Garcia Schwarz e Candy Florencio Thome identificam como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais.

Por sua vez, Rogério Piccino Braga e Diomar Francisco Mazzutti discorrem sobre a pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes.

Roberto Berttoni Cidade e TATIANE de souza em seu artigo intitulado DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO? apontam que os Direitos Fundamentais vêm das conquistas históricas, contendo valores sociais primordiais que, positivados, ganharam status direitos subjetivos, inseridos na mais alto patamar do sistema legal, cuja função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Rejane Francisca dos Santos Mota apresenta o trabalho intitulado MÍDIA E DIREITO PENAL: ARTICULAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO versou sobre as relações entre mídia e o Direito Penal no Brasil.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da

apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO / UNESA

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE FUNCTION OF CONSTITUTIONAL VALUES IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Max Emiliano da Silva Sena ¹

Resumo

Os abusos praticados pelo nazismo acarretaram a derrocada do Positivismo, enquanto delimitador do objeto de estudo do Direito. Após, no Pós-positivismo, o Direito reencontrou-se com os valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo. O tema problema posto reside na indagação acerca da função dos valores na tutela dos direitos fundamentais. Adotou-se como marco teórico as formulações de Jean-Paul Resweber, na obra “A filosofia dos valores”, quando estabelece os valores como limitador de condutas. Foram utilizados o método de abordagem dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras e documentos.

Palavras-chave: Função, Valores, Tutela, Direitos fundamentais, Constituição federal de 1988

Abstract/Resumen/Résumé

The abuses practiced by Nazism led to the overthrow of Positivism, as a delimiter of the object of study of Law. Afterwards, in Positivism, the Direct met with the values, once disregarded by Positivism. The problem lies in the question of the role of values in the protection of fundamental rights. The formulations of Jean-Paul Resweber, in the book "The Philosophy of Values", were adopted as a theoretical framework, when it establishes values as a limiter of conduct. The method of deductive approach and dogmatic legal research of a bibliographic nature were used, through the consultation of works and documents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Function, Values, Guardianship, Fundamental rights, Federal constitution of 1988

¹ Procurador do Trabalho (Ministério Público do Trabalho). Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direitos Humanos e Trabalho pela ESMPU. Especialista em Direito Público pela FADIVALE. Professor universitário.

1 INTRODUÇÃO

A Segunda Guerra Mundial representa fato histórico que marcou decisivamente a criação de um sistema global de proteção de direitos humanos, face às atrocidades perpetradas durante o seu desenrolar. A guerra deixou um rastro de destruição nunca antes visto, com a ceifa de milhões de vidas, sob o comando do nazista Adolf Hitler. Muitas dessas mortes foram “legais”, ou seja, contaram com a prévia autorização do Poder Judiciário, que por sua vez amparou-se nas Leis de Nuremberg.

Esse quadro deixa entrever um paradoxo entre os fundamentos que estruturam o Estado de Direito em sua acepção substancial, os quais demandam não apenas o respeito aos limites formalmente estabelecidos pela ordem jurídica, mas também o necessário e substancial respeito aos direitos fundamentais.

A propósito da temática, sabe-se que sob a égide do Positivismo buscou-se a depuração do Direito, com a sua dissociação da moral e dos valores, cujos princípios não poderiam influenciar nas interpretações dos enunciados normativos.

No pós-guerra, no entanto, ocorrera o reencontro entre o Direito, a moral e os valores, permitindo-se, assim, uma interpretação da norma sem o hermético purismo do Positivismo.

Com efeito, as Constituições de muitos Estados passaram a constar em seus textos enunciados normativos impregnados de valores, eleitos pela sociedade como relevantes e de necessária observância pelo Poder Público e pelos particulares.

Nesse sentido, indaga-se: Qual a função dos valores constitucionais na tutela dos direitos fundamentais?

Neste estudo, adotou-se como marco teórico as formulações de Jean-Paul Resweber, em sua obra “A filosofia dos valores”, notadamente quando estabelece os valores como fator limitador de condutas.

Para o alcance dos objetivos propostos, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras e documentos.

2 O REENCONTRO ENTRE O DIREITO E OS VALORES NO PÓS-POSITIVISMO

A construção de um conceito do Direito e a delimitação de seu objeto de estudo ocuparam interessantes debates históricos entre os estudiosos, os quais, fundando-se em

ideologias ligadas ao direito natural, à moral, à ética, à religiosidade e à racionalidade, tinham como objetivo situar e justificar o papel e o campo de atuação do Direito na sociedade.

Nesse sentido, Hans Kelsen trabalhou no sentido de definir o objeto do Direito de forma pura e clara, depurando-o de outros ramos do saber. Para tanto, Kelsen procedeu a um corte epistemológico, de molde a delimitar o objeto do Direito, consubstanciado na norma jurídica, entendida esta como aquela constante do direito positivo. Esse corte significou um salto em termos científicos, todavia, acabou por reduzir o objeto do Direito ao direito positivado, dissociando-o, portanto, de outras ciências e de outros ramos do saber humano, bem como dos valores éticos e da moral.

Nesse sentido, teorizando sobre a pureza do Direito, Kelsen consignou:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. [...] De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. [...] Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (KELSEN, 2000, p. 1-2).

Como parte dessa depuração, defendeu o autor a separação entre o Direito e a moral, e entre o Direito e a justiça, na medida em que a validade de uma norma positivada independeria de uma moral tida como absoluta e única (KELSEN, 2000).

Além do corte epistemológico, Kelsen procedeu a um corte axiológico, que consistiu na proibição de o jurista fazer uso da razão prática, ou seja, ao profissional do Direito não era permitido lançar mão do pensamento ético na interpretação e aplicação da norma, mas tão somente da razão lógica (o conhecer e teorizar) e poética (o fazer técnico).

Embora não negasse a existência da razão prática, Kelsen entendia que a sua aplicação era dada a quem faz a lei e não ao juiz, a quem cabia apenas descrever a norma e aplicá-la na prática, sem a emissão de juízo de valor.

O Positivismo jurídico, vale registrar, trata-se de uma importação do Positivismo filosófico para o campo do Direito, numa tentativa de plasmá-lo segundo as características das ciências exatas naturais. Segundo Luís Roberto Barroso, “a busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentés” (BARROSO, 2009, p. 324).

Dessa forma, como todas as demais ciências, o Direito deveria, segundo a teoria positivista, fundar-se em juízos de fato e não em juízos de valor, o que significava abandonar a tomada de posição diante da realidade e adotar o conhecimento da realidade (BARROSO, 2009).

Dentre as várias características que permeiam o Positivismo jurídico, vale destacar a redução do Direito à norma positivada e o culto ao formalismo, pelos quais a norma teria validade desde que seguido o procedimento próprio para a sua criação, independentemente do seu conteúdo ou do seu aspecto substancial.

O Positivismo ideológico, no entanto, não se revelou adequado historicamente, no sentido de conferir ao Direito um papel de instrumento de regulação da sociedade e de proteção de arbitrariedades, notadamente porque foi com base nele que, sob o regime nazista, milhões de pessoas foram ceifadas durante a Segunda Guerra Mundial.

A propósito desse fato, George Marmelstein explica que:

O nazismo foi como um banho de água fria para o positivismo ideológico, que até então era aceito pelos juristas de maior prestígio. De acordo com essa ideia, o direito positivo tem uma validade (força obrigatória) e suas normas devem ser obedecidas incondicionalmente pelas autoridades públicas e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo. Assim, não cabe ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do direito. Se a norma fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos. E foi precisamente essa a questão levantada pelos advogados nazistas: segundo eles, os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo ordens e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por eventuais crimes contra a humanidade. (MARMELSTEIN, 2016, p. 9-10)

Essa depuração do Direito em relação à moral e aos valores éticos deu azo a uma aplicação cega dos enunciados normativos, com a inibição de qualquer interpretação conteudística e substancial da norma, embora, segundo Kelsen, “uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça” (KELSEN, 2000, p. 76).

O desprestígio do Positivismo representou um campo fértil para os defensores do direito natural, ante a constatação de que o direito positivo não fora capaz de garantir a justiça e evitar os abusos contra a pessoa humana.

Não obstante, segundo Marmelstein,

[...] o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor da dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se. (MARMELSTEIN, 2016, p. 10)

Assim, face à superação do jusnaturalismo e à derrocada política do Positivismo, deflagraram-se reflexões sobre a necessidade de se conferir à norma jurídica uma interpretação consentânea com a sua função social e segundo os valores éticos albergados pela sociedade.

Nessa quadra, Luís Roberto Barroso observa:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre o Direito e a norma e a sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. [...] Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativo ao ordenamento positivo mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito” (BARROSO, 2009, p. 327-328).

É importante que se registre que o pós-positivismo não converge para o rompimento pleno da interpretação da norma jurídica positivada ou para a reintrodução de elementos metafísicos na análise do Direito, antes, pelo contrário, permanece o prestígio da norma positivada, mas oxigenada com o sopro interpretativo segundo os valores éticos eleitos pela sociedade e materializados na forma de princípios nos textos normativos, especialmente nas Constituições.

Recorrendo mais uma vez a Luís Roberto Barros, tem-se que “os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins” (BARROSO, 2009, 329).

O pós-positivismo, assim, pode ser considerado a superação da restrição do Direito à norma positivada e a abertura da interpretação normativa ou a sua oxigenação pelos valores éticos acolhidos pela sociedade em dados momento e lugar, com o condicionamento da validade da norma não apenas ao seu aspecto formal, uma vez que ganha relevância a análise contudística normativa, segundo os princípios constitucionalmente estabelecidos.

Os valores voltaram à cena com o advento do pós-positivismo e da superação da ideia de confinamento do Direito à norma positivada. Portanto, o pós-positivismo marcou o reencontro entre o Direito e os valores.

Nesse sentido, indaga-se: O que são valores?

O termo valor, no sentido comum, é muito utilizado com a acepção de preço de uma mercadoria ou de um bem qualquer, ou seja, refere-se ao aspecto econômico de determinado

produto. Noutra acepção igualmente comum e não econômica, o termo valor é utilizado quando se diz que algo é valioso, ou que tem importância e valia.

Na perspectiva tratada neste trabalho, registre-se que, segundo José Ferrater Mora,

A noção de valor num sentido geral está ligada a noções como as de seleção e preferência, mas isso não quer dizer ainda que algo tem valor porque é preferido, ou preferível, ou que algo é preferido, ou preferível, porque tem valor. O conceito de valor foi frequentemente usado num sentido moral; melhor dizendo, foi usado com frequência o termo 'valor' com a qualificação de 'moral' (MORA, 2011, p. 2970-2971).

Extraí-se da acepção acima que o termo valor encontra-se ligado à ideia de seleção e de preferência, do que deflui que pode ser entendido como bens fundamentais que um indivíduo ou uma sociedade elege, seleciona e confere preferência em relação a outros existentes, por considerá-los essenciais para a vida particular ou gregária e, em razão disso, são utilizados como vetores de comportamentos e de condutas em geral.

Nota-se, ainda, que o valor reveste-se do caráter da desejabilidade, ou seja, traduz aquilo que se entende como ideal, desejável, adequado, importante, necessário e preferível. Gestado pelo desejo ou pela escolha, o valor se revelará por meio de símbolos que lhe confirmem reconhecimento e afirmação, no caso, as normas constitucionais.

Nesse sentido, Jean-Paul Resweber teoriza:

O valor é uma figura do desejável. Por isso e enquanto tal, envolve uma aspiração e uma representação. Como se sabe, o desejo não finda com um objeto, diferentemente da necessidade. [...] O desejo funda o valor, alicerçando-o na relação, pois as representações de que se socorre, não são mais, afinal, do que símbolos fundadores do reconhecimento e da reciprocidade. (RESWEBER, 2002, p. 13)

É de se considerar, por pertinente, que no desenrolar histórico as sociedades elegem seus valores, os quais podem sofrer alterações preferenciais a depender dos contextos culturais, sociais, políticos, econômicos e jurídicos vivenciados em determinado grupamento social. Da análise dos valores eleitos é possível detectar quais foram os ideais traçados e os objetivos que uma sociedade pretende concretizar. Com efeito, “os valores são testemunhas parciais da realização de um ideal ético na cultura e na sociedade, mas também na ordem de uma natureza trabalhada pelo homem” (RESWEBER, 2002, p. 17).

Os indivíduos em sociedade, diretamente ou por meio de seus representantes, têm plena ciência do mundo que o rodeia e, de forma autônoma e independente, são capazes de fazer suas opções valorativas. Efetivamente, “como ser pessoal-espiritual, possui o homem consciência

do mundo e de si mesmo. A isto correspondem, olhado o lado prático do seu ser, a consciência dos valores e a sua autodeterminação ou liberdade” (HESSEN, 1980, p. 230).

Liberdade e igualdade são exemplos de valores que historicamente foram adotados por determinadas sociedades, sendo que cada um deles, num momento histórico específico, sofreu variações em termos de preferências em relação a outros existentes.

Os diversos valores são passíveis de convivência entre si, de molde que o estabelecimento da importância de alguns significa apenas que naquele momento histórico a sociedade entendeu por bem lhes conferir preferência em relação a outros, os quais, todavia continuam a existir, embora sem os mesmos contornos daqueles que desfrutaram da preferência social.

3 VALORES E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, diante da falência da pretensão de depuração do Direito pelo Positivismo, avultou novamente a importância da moral, da ética e dos valores como elementos de oxigenação do ordenamento jurídico, traduzida no movimento que se tem chamado de Pós-positivismo.

Se no Positivismo fechou-se a porta para a invocação dos valores e da ética, no Pós-positivismo eles passam a desfrutar de grande prestígio, na medida em que inspiram, fundamentam e forjam os princípios. De elementos metafísicos, valores e ética são juridicizados por meio das normas-princípio.

No processo que seguiu à deterioração de um sistema jurídico gestado segundo o Positivismo, o reencontro entre o Direito e a ética e os valores foi o resultado de uma ampla discussão ocorrida em nível internacional, na qual restou assente que, se um sistema global de proteção dos direitos humanos existisse, muitas vidas teriam sido poupadas dos horrores do nazismo.

Diante dos abusos praticados contra a pessoa humana, o valor liberdade mereceu destaque e tutela por meio dos chamados direitos de primeira dimensão, consubstanciados em salvaguardas em favor das pessoas contra as arbitrariedades estatais.

Nessa ordem de ideias, para Costas Douzinas, “os direitos humanos são uma forma de política comprometida com um senso moral de história e uma crença proativa de que a ação coletiva pode vencer a dominação, a opressão e o sofrimento” (DOUZINAS, 2009, p. 104).

Esses direitos impõem uma conduta negativa ou absenteísta ao poder público, sendo, na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet, “concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET, 2015, p. 308). Podem ser citados os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à livre expressão do pensamento, à reunião e à igualdade formal de todos perante a lei, como exemplos de bens jurídicos protegidos e que assumem importância nesse contexto, além do direito à participação política, consubstanciado no direito de votar e de ser votado (capacidades eleitorais ativa e passiva), em clara conexão com a participação democrática do cidadão nos rumos do Estado.

As garantias processuais do devido processo legal, “habeas corpus” e direito de petição também integram esse cesto de direitos de oposição contra o Estado (SARLET, 2015, p. 308).

Num segundo estágio, o valor igualdade foi eleito como vetor das ações estatais para a melhoria das condições de vidas das pessoas, exigindo-se um Estado não somente absenteísta, mas também prestacionista e compromissado com os direitos sociais.

Com efeito, os graves problemas econômicos e sociais ocorridos no século XIX, reflexos do processo de industrialização europeia, deflagraram movimentos de reivindicação de melhorias das condições sociais das pessoas, notadamente no âmbito trabalhista, além de demandas de assistência social em favor de uma massa de miseráveis que se formou como corolário dessas crises sociais e econômicas. A igualdade meramente formal, de todos perante a lei, não teve o condão de mudar a realidade fática e social das pessoas, demandando-se, assim, a oferta de prestações positivas do Estado para a concretização da igualdade substancial. Podem ser citados como exemplos dessa categoria os direitos à saúde, à educação, ao transporte, ao trabalho e à assistência social, entre outros direitos que exigem conduta positiva do Estado em favor dos indivíduos.

Já num terceiro momento, têm-se os direitos de terceira dimensão, que traduzem exigência do valor fraternidade ou solidariedade, com alto refinamento e de essencialidade global, haja vista transcenderem o interesse individual para se revelarem como direitos de interesse de toda a humanidade. A marca distintiva desses direitos reside em sua titularidade transindividual, na condição de direitos coletivos ou difusos.

Nessa categoria de direitos de terceira dimensão, segundo Sarlet, podem ser citados “os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação” (SARLET, 2015, p. 310).

Todos os direitos humanos previstos no sistema global fundam-se na dignidade da pessoa humana, compreendida como limite ético a ser observado em todas as ações estatais e particulares.

Globalizados em sua gestação, os direitos humanos convolam-se em direitos fundamentais no momento em que, mediante o debate democrático, são positivados em determinado ordenamento jurídico, notadamente em sua Constituição.

Segundo Marcelo Campos Galuppo, os “direitos Fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos.” (GALUPPO, 2003, p. 233).

Não resta dúvida, no entanto, que os direitos fundamentais são, ao fim e ao cabo, igualmente direitos humanos, uma vez que os seus destinatários são os seres humanos, de molde que a diferenciação reside tão somente no assento normativo doméstico ou internacional de tais direitos.

Em arremate conceitual, na esteira de Marcelo Campos Galuppo, pode-se dizer que “os Direitos Fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático” (GALUPPO, 2003, p. 236).

Nesse passo, registre-se que essa relação de respeito ao outro é fundamental para a gestação do valor, haja vista que é a “relação ao Outro que funda o valor” (RESWEBER, 2002, p. 23). Dessa relação advêm as proibições, censuras e limitações necessárias ao convívio social.

Jean-Paul Resweber aduz, com propriedade, que

[...] a proibição tem como objetivo instituir o desejo, a partir dum recalçamento gerador de consenso. É, assim, que são “inventados” os valores de uma cultura: através da censura que, em troca da renúncia pulsional, que exige, inaugura e a possibilidade de um acordo social e, por conseguinte, abre a possibilidade de um “mundo-em-comum”. (RESWEBER, 2002, p. 23-24).

Os vários direitos historicamente gestados foram consequência de discussões travadas em âmbito global acerca da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto valor central e fundamental de todo e qualquer sistema jurídico, de molde a se proporcionar a convivência harmoniosa em sociedade, inspirados, ademais, em outros valores considerados essenciais para a concretização dessa dignidade e para a viabilização de realização do projeto individual e coletivo das pessoas, enquanto seres autônomos, individuais e gregários.

Portanto, os valores inspiram os sistemas jurídicos, num determinado contexto histórico, social, econômico, jurídico e político, como forma de conceber direitos fundamentais aptos à proteção e desenvolvimento das pessoas e da sociedade em geral.

4 O CONTEÚDO DOS VALORES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, integrantes da Carta Internacional de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), entre outros documentos internacionais fundados na filosofia de respeito aos valores humanitários, inspiraram substancialmente o Constituinte brasileiro na redação da Constituição Federal de 1988, que se pautou em profunda sintonia com os valores albergados pelos Estados associados às Nações Unidas.

Da leitura da Constituição de 1988 (CF/88) exsurge que o povo brasileiro, por meio de seus representantes, elegeu valores que entendeu essenciais e revestidos de preponderância, e com a aptidão de influenciarem e condicionarem jurídica, social, política e economicamente as relações em sociedade.

Nesse passo, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 assenta quais são esses valores, que terão seus desdobramentos no próprio texto constitucional e também na interpretação alinhavada pela doutrina e pela jurisprudência.

Nas considerações preambulares, o Constituinte originário deixou consignado que a Assembleia Nacional Constituinte reunira-se para instituir um Estado Democrático, que teve por finalidade 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 da sociedade brasileira, que se propunha a ser fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundamentada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, 1988).

Portanto, sucintamente, pode-se dizer que são valores albergados pela Constituição Federal de 1988: a) democracia; b) respeito aos direitos sociais; c) respeito aos direitos individuais; d) liberdade; e) segurança; f) bem-estar; g) desenvolvimento; h) igualdade; i) justiça; j) fraternidade; k) pluralismo; l) oposição ao preceito; m) harmonia social; e n) solução pacífica das controvérsias.

Sem adentrar na discussão acerca da natureza jurídica constitucional ou não do preâmbulo, certo é que “não se pode negar a sua força simbólica e a sua função de orientar a interpretação de outras normas, pois representam as aspirações axiológicas do constituinte” (MARMELSTEIN, 2016, p. 64-65).

Os valores acima referidos encontram-se perceptivelmente introjetados normativa e textualmente em toda a Constituição de 1988, a começar pelo artigo 1º, que se refere à República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e que adota como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Prosseguindo, têm-se o princípio da divisão dos poderes no artigo 2º, bem como os princípios extraídos do artigo 3º, razão de ser da República Federativa do Brasil, consubstanciados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e da marginalização, na redução das desigualdade sociais e regionais, na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

O artigo 4º, por sua vez, enumera os princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, consubstanciados na independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos e repúdio ao terrorismo e ao racismo, os quais, vale frisar, encontram-se em perfeita sintonia com os valores consignados no preâmbulo.

A partir de então, ao transitar pelos demais dispositivos da Constituição é possível encontrar normas e princípios que representam desdobramentos dos valores assentados pelo Constituinte como regentes de todo o sistema jurídico-constitucional, notadamente os direitos e garantias fundamentais.

Tecidas essas considerações, não resta dúvida de que o Direito pode ser estudado e formulado sob uma perspectiva axiológica, no sentido de fazer opções ideológicas e valorativas em relação ao seu objeto.

Nesse diapasão, Manoel Jorge e Silva Neto aduz que

[...] não apenas pode mas deve o direito ser estudado assumindo por referencial o aspecto valorativo, com o que sobressai, daí, a importância da ideologia. Com efeito, qualquer objeto cultural não prescinde da investigação dos seus valores. Um simples copo, por exemplo, que é objeto cultural posto que criado pelo homem, possui um valor que não deve ser dissociado ou afastado dele: o valor utilidade. Por isso, a ideologia, na condição de processo destinado a valorar valores, é de fundamental

importância para o Direito. [...] De objeto cultural não se extrai alcance ou sentido algum, mas, convictamente, um valor, razão por que o cometido da interpretação da norma é apresentar a solução para o problema normativo concreto à luz do valor incorporado ao sistema pelo corpo legislativo. (SILVA NETO, 2001, p. 21-22).

Como visto, no Pós-positivismo o Direito reencontrou-se com a ética e os valores, os quais, além de inspirar as Constituições, passaram a nelas ser positivados na forma de princípios, fenômeno este verificado na realidade brasileira no concernente à Constituição de 1988.

Nessa senda, mostram-se de grande pertinência as lições de Miguel Reale quanto à estrutura tridimensional do Direito, consubstanciada em fato, valor e norma. Segundo Reale,

Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores. Ultimamente, pondo em realce a ideia de justiça, temos apresentado, em complemento às duas noções supra da natureza lógico-descritiva, esta outra de caráter mais ético: Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores” (REALE, 2002, p. 67).

Partindo dessa acepção tridimensional do Direito, constata-se que o Constituinte brasileiro de 1988 fez opções valorativas ao exigir a observância de exponencial dos valores que a sociedade, democraticamente, por seus representantes, entendeu essenciais e estruturais para a construção do novo edifício estatal.

Nessa quadra, Ana Paula de Barcellos teoriza que,

Além de estruturar o Estado, como tradicionalmente lhe cabia, as Cartas incorporaram em seus textos definições valorativas e também ideológicas. Passou-se a reconhecer à Constituição o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais, objetivos públicos – a chamada Constituição dirigente, na consagrada expressão de Canotilho -, que têm o efeito de determinar em boa medida o comportamento futuro do Estado que se organiza, independentemente do grupo que esteja no poder em cada momento. Um exemplo dessa espécie de decisão é o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado brasileiro, a partir da Carta de 1988, e das demais normas pertinentes ao tema [...] (BARCELLOS, 2011, p. 19).

Portanto, a Constituição brasileira de 1988 albergou valores, positivados em princípios, como reflexo de opções valorativas e ideológicas feitas pelo Constituinte originário, merecendo destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, que consagra a centralidade humana e a prevalência dos valores humanísticos na nova ordem estabelecida.

Além da dignidade da pessoa humana, fio conduto de todo o sistema, o Estado brasileiro encontra-se assentado em diversos outros valores, como democracia, respeito aos direitos sociais, respeito aos direitos individuais, liberdade, segurança, bem-estar e justiça sociais, desenvolvimento, igualdade, separação dos poderes, fraternidade, pluralismo, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, oposição ao preconceito, harmonia social, solução pacífica das controvérsias, prevalência dos direitos humanos, entre outros, cujo conteúdo foram incorporados como normas principiológicas na nova Constituição de 1988.

5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Examinado o conteúdo dos valores positivados constitucionalmente, embora não se possa estabelecer uma hierarquia entre eles, entende-se importante analisar com contornos mais fortes o princípio da dignidade da pessoa humana, dada a relevância do papel que desempenha dentro do sistema jurídico-constitucional.

Já em seu artigo 1º, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) alçou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito instituído na República Federativa do Brasil, do que ressaí a adoção da centralidade humana na nova ordem estabelecida¹.

Da leitura da Constituição brasileira percebe-se que a dignidade da pessoa humana permeia todo texto, condicionando e direcionando todo o sistema.

A propósito, Max Emiliano da Silva Sena observa:

Ao erigir a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 diz de forma firme, segura e eloquente que no Estado brasileiro a pessoa humana desfruta de especial destaque, sendo o centro de todo o sistema, de molde que todo o ordenamento jurídico, todos os órgãos de governo, todas as ações políticas e todas as condutas particulares devem respeito à pessoa humana (SENA, 2016).

¹ Constituição Federal de 1988: “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 fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político”.

Vale consignar que a dignidade da pessoa humana não se trata de mera previsão simbólica na Constituição brasileira, antes, pelo contrário, possui eficácia vinculante em face de todo o sistema e, como norma jurídica, pode ser invocada e aplicada para a solução de casos concretos.

Há dois elementos que caracterizam a dignidade da pessoa humana, que acabam por desempenhar desdobramento de suas principais funções: a) o elemento negativo, consistente na vedação de todo o tipo de tratamento excludente, degradante e odioso contra a pessoa humana; e b) o elemento positivo, traduzido na conduta proativa e promocional com objetivo de garantir condições materiais mínimas para uma existência digna da pessoa humana (RAMOS, 2015).

A partir dessas duas vertentes (negativa e positiva), Ingo Wolfgang Sarlet propõe a seguinte conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos 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 completo 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 correspondente nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos” (SARLET, 2001, p. 60).

De acordo com André de Carvalho Ramos, “há aqueles que defendem que o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade” (RAMOS, 2015, p. 75).

A propósito do cesto de direitos que integram o denominado “mínimo existencial” ou “patamar mínimo civilizatório”, Ana Paula de Barcellos consigna:

Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça (BARCELLOS, 2011, p. 302).

Contribuindo com a discussão da temática, Maria Celina Bodin de Moraes defende que o conteúdo da dignidade da pessoa humana é composto por quatro princípios básicos: o da igualdade, integridade física e psíquica, liberdade e solidariedade (MORAES, 2003).

A dignidade da pessoa humana é passível de invocação no sistema jurídico, para o exercício de funções de imposição de limites à atuação estatal e dos particulares (eficácias

vertical e horizontal), de promoção dos direitos fundamentais, de condicionamentos à atuação do intérprete, de conferência de unidade à Constituição e ao ordenamento jurídico como um todo, e de promoção da igualdade entre as pessoas, apenas para citar algumas.

No campo filosófico, pertinente trazer à colação o pensamento de Immanuel Kant, que se revelou de grande importante para a construção e fundamentação da dignidade da pessoa humana.

Segundo Immanuel Kant, “no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade” (KANT, 2011, p. 65).

A filosofia de Kant insurge-se contra o utilitarismo banal do ser humano, ou da coisificação do homem, como forma se atingir objetivos por outrem, defendendo que o homem existe como um fim em si mesmo.

Nesse sentido, destaca Kant:

Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como um fim em si mesmo, em não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. [...] o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo” (KANT, 2011, p. 58 e 60).

Dessa forma, vistas a partir do valor essencial que lhes confere direitos, qual seja, a dignidade inerente a todo o ser humano, as pessoas devem ser tratadas com igual respeito, sendo descabido todo o tipo de discriminação odiosa e vedada pelo ordenamento ou qualquer conduta comissiva omissão, estatal ou particular, que de alguma forma malfira ou desrespeite o valor maior da dignidade humana.

6 FUNÇÃO DOS VALORES INCORPORADOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Os valores, na condição de opções éticas e ideológicas feitas democraticamente pelo povo, por meio de seus representantes reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, além de se encontrarem positivados em princípios na Constituição de 1988, também inspiraram a tecitura normativa constitucional. Desta forma, como primeira função, pode-se dizer que os

valores inspiraram a construção dos pilares do novo Estado e de vários direitos fundamentais elencados no texto da Constituição Federal de 1988.

Ademais disso, os valores, positivados em princípios, não encerraram o seu papel quando da promulgação da Constituição, antes, pelo contrário, continuam a, dinamicamente, influenciar o poder público e os particulares em suas ações, seja limitando condutas, promovendo direitos, estabelecendo diretrizes interpretativas e fundamentando ações, conforme adiante se analisará.

6.1 FUNÇÃO LIMITADORA

A simples positivação de normas não foi capaz, como visto no início deste trabalho, de evitar a perpetração de barbáries contra o ser humano durante a Segunda Guerra Mundial, haja vista que milhões de pessoas foram ceifadas durante o regime nazista, inclusive com amparo “legal”.

Embora historicamente essa tenha sido a constatação fática, revela-se paradoxal o Estado violar direitos fundamentais à luz do conceito de Estado construído sob a perspectiva de sua finalidade, consubstanciada na busca do bem comum de “um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo [...]” (DALLARI, 2013, p. 112).

Face à falência do Positivismo, de um Direito hermético e asfixiado pela normatividade pura, tem-se com o advento do pós-positivismo o reencontro entre o Direito e os valores.

Dessa forma, a par do estudo histórico, extrai-se que uma das funções dos valores reside na limitação do poder estatal e dos particulares, como forma de proteger o indivíduo contra todo o tipo de arbitrariedade ou desmando.

Os valores constitucionais, positivados em princípios e resultado de opções axiológicas e ideológicas da sociedade, possuem o condão de limitar condutas para imantar protetivamente o indivíduo.

À guisa de exemplo, pode-se citar que, em homenagem ao valor liberdade, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, conforme artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Outro exemplo encontra-se no artigo 5º, inciso I, da CF/88, ao estabelecer que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (BRASIL, 1988), vedando todo o tipo de discriminação negativa, em clara prevalência do valor igualdade.

Assim, ao poder público, no exercício das funções administrativas, legislativas e judiciárias, bem como aos particulares em suas relações sociais, trabalhistas ou negociais, é vedado todo o tipo de conduta que vá de encontro com os valores constitucionais, pelo que se encontram limitados e condicionados no exercício de suas funções e atividades.

6.2 FUNÇÃO PROMOTORA DE DIREITOS

Se por um lado os valores exercem função negativa, no sentido de limitar quaisquer ações tendentes a violar direitos fundamentais, eles também desempenham função promocional, ou seja, são aptos a, positivamente, concretizar direitos.

Nesse sentido, os valores contidos no artigo 3º da CF/88, consubstanciados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e da marginalização, na redução das desigualdade sociais e regionais, foram propulsores da inclusão dos artigos 79, 80 e 81 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) pela Emenda Constitucional nº 111, de 06 de julho de 2001, que dispõe sobre a criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (BRASIL, 1988).

Portanto, os valores são fomentadores e promotores do respeito aos direitos fundamentais, seja por meio da atividade legiferante, seja no desempenho das atividades administrativas e judiciais, ou mesmo no desempenho de atividades pelos particulares.

6.3 FUNÇÃO INTERPRETATIVA

Nem sempre o enunciado normativo fala por si, sendo necessária a realização da atividade interpretativa, a fim de se extrair a norma aplicável ao caso concreto,

Nesse trabalho hermenêutico, os valores constitucionalmente albergados exercem relevante função no sentido de ofertarem balizas para que o intérprete logre êxito em sua atividade, notadamente por meio dos modos de interpretação sistemático e teleológico, ante as limitações muitas vezes verificadas pelo uso do método meramente gramatical.

Poderiam ser citados vários exemplos de interpretações realizadas pelos Tribunais brasileiros, fundadas nos valores constitucionais, máxime na dignidade da pessoa humana,

como é o caso do julgamento da ADI 3510, no qual o STF declarou a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) referente à pesquisa com células-tronco embrionárias, fundando-se, entre outros valores, no valor solidariedade.

Indubitável, dessa forma, que os valores exercem relevante função na oferta de diretrizes para a adequada interpretação normativa, à luz da valoração feita pela sociedade.

Ademais disso, por meio dessa interpretação valorativa é possível, num dado momento histórico, atualizar a norma sem necessidade alterar o enunciado normativo, de molde a se concretizar a tutela dos direitos fundamentais, fenômeno este denominado de mutação constitucional.

7 CONCLUSÃO

Os abusos nazistas representaram a derrocada do Positivismo como forma de delimitar o estudo do objeto do Direito. Em razão disso, na égide do pós-positivismo, assiste-se à superação da restrição do Direito à norma positivada e à abertura da interpretação normativa ou a sua oxigenação pelos valores éticos acolhidos pela sociedade em dado momento e lugar, com o condicionamento da validade da norma não apenas ao seu aspecto formal, mas também à sua substância e ao respeito aos direitos fundamentais.

No presente estudo, no qual se adotou como marco teórico as formulações de Jean-Paul Resweber, em sua obra “A filosofia dos valores”, notadamente quando estabelece os valores como fator limitador de condutas, foi possível perceber que o termo valor encontra-se ligado à ideia de seleção e de preferência, do que deflui que pode ser entendido como bens fundamentais que um indivíduo ou uma sociedade elege, seleciona e confere preferência em relação a outros existentes, por considerá-los essenciais para a vida particular ou gregária e, em razão disso, são utilizados como vetores de comportamentos e de condutas em geral.

Com efeito, os valores inspiram os sistemas jurídicos, num determinado contexto histórico, social, econômico, jurídico e político, como forma de conceber direitos fundamentais aptos à proteção e desenvolvimento das pessoas.

Na Constituição Federal de 1988, o povo, por meio de seus representantes, fez opções valorativas e ideológicas de respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade, à democracia, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, à solidariedade, entre outros valores que se encontram incorporados em princípios expressa ou implicitamente constantes do texto constitucional.

Assim, conclui-se que os valores não encerraram o seu papel quando da promulgação da Constituição, antes, pelo contrário, continuam a, dinamicamente, influenciar o poder público e os particulares em suas ações, seja limitando condutas, promovendo direitos, estabelecendo diretrizes interpretativas e fundamentando as ações sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7.ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 abr.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Impugnação do artigo 5º, da Lei nº 11.105, de 24 de maio de 2005 (Lei de Biossegurança), relativa a pesquisas com células-tronco embrionárias. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe nº 96. Divulgação em 27/05/2010. Publicação em 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> . Consulta em 02 abr.2018.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-238.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 5.ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1980.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6.ed. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica na constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Ltr, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, tomo IV.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 02 abr.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf> Acesso em: 02 abr.2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESWEBER, Jean-Paul. **A filosofia dos valores**. Tradução de Marina Ramos Themudo. Coimbra: Almedina, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

SENA, Max Emiliano da Silva. **O trabalho digno como meio de inclusão social no ordenamento jurídico brasileiro**. In: XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – CURITIBA, Curitiba, PR: 2016, p. 57-76. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/zwub6y85/f8C4j78b9mY3cgvo.pdf>> Acesso em: 02 abr.2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Ltr, 2001.