

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

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DIVA JÚLIA SOUSA DA CUNHA SAFE COELHO

MANOEL JORGE E SILVA NETO

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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho; Manoel Jorge e Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-613-0

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 II

Apresentação

Honra-nos de modo especial o convite para coordenar o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II, durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 e teve como tema central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”.

As pesquisas apresentadas neste GT possibilitaram interessantes diálogos e debates do atual “estado da arte” sobre a pesquisa em Direitos e Garantias Fundamentais no Brasil. Se considerarmos as graves falhas na efetividade dos Direitos Fundamentais em nosso país, poderemos ver que os resultados obtidos nos trabalhos apresentados são de grande valia para evidenciar problemas concretos de efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas, diagnosticar as principais falhas que afastam o direito normatizado de sua aplicabilidade na práxis cotidiana, bem como propor novos pontos de partida para que de fato os resultados destas pesquisas possam traçar novas perspectivas para a pesquisa realizada no Brasil sobre os Direitos Fundamentais.

Quanto ao tema das alterações da reforma trabalhista, destaca-se o interessante trabalho de Ana Paula Babtista Marques e Leda Maria Messias da Silva, que promove uma análise sobre as alterações referentes aos intervalos intrajornada sob a perspectiva da violação dos direitos da personalidade dos trabalhadores.

Ainda no âmbito da reforma trabalhista, Marco Antônio César Villatore e Ernani Kavalkievicz Júnior realiza em seu trabalho uma análise sobre a reparabilidade do dano extrapatrimonial após a reforma.

Na sequência, tem-se o trabalho sobre a proteção constitucional do trabalhador e a vulnerabilidade intercontratual, autoria de Manoel Jorge e Silva Neto e Arivaldo Marques do Espírito Santo Júnior.

O trabalho de Carla Sendon Ameijeiras Veloso e Irene Celina Brandão Félix analisa os mecanismos e garantias fundamentais para o combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

Já sobre o tema do assédio moral nas relações de trabalho, Camila Bastos Barcelar Costa analisa os instrumentos de efetivação do assédio moral no país.

O trabalho de Poliana Cristina Gonçalves e Patrick Juliano Casagrande Trindade versa sobre a contradição na implementação de feriados nacionais como dias santos, do ensino religioso nas escolas públicas e analisa também a utilização de símbolos religiosos em repartições públicas do país.

Ainda no âmbito da discussão sobre o Estado laico brasileiro, Meire Aparecida Furbino Marques e José Adércio Leite Sampaio analisam, desde a perspectiva da educação básica, os limites constitucionais em um Estado laico, traçando considerações críticas sobre esta questão no Brasil.

Já Isaac Ronaltili Sarah da Costa Saraiva aborda outro aspecto sobre a liberdade religiosa, enfocando a análise no legado histórico de repressão ao direito de culto das minorias afro-ameríndias no Brasil.

Sobre o Estatuto das Pessoas com Deficiência, o trabalho de Adriano Fábio Cordeiro da Silva e Adelgício de Barros Correia Sobrinho analisa o ensino inclusivo e seu efeito na formação de capital social.

Na mesma toada, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior e Rafael Vieira de Azevedo analisam a estrutura e eficácia dos princípios da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O trabalho de Taysa Matos do Amparo e Bartira Macedo Miranda Santos analisa a interseção entre a ética e educação desde a perspectiva da formação da cidadania.

Marina Carneiro Matos Sillmann e Marcelo de Mello Vieira fazem uma análise sobre o HC nº 143.641 do STF acerca da situação da criança com mãe presa.

Ainda, Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães faz uma importante análise crítica sobre o papel da criança vítima de abuso incestuoso no judiciário brasileiro.

Sobre a temática direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, dois trabalhos se destacam, o primeiro, de autoria de Francis de Almeida Araújo Lisboa e Thaís Aldred Iasbik, analisa o papel da educação ambiental como o novo marco jurídico de

emancipação em prol da ampliação da cidadania. O segundo faz um estudo comparativo sobre a questão da tutela do meio ambiente nas Constituições Brasileira e Espanhola, produzido pelas pesquisadoras Rafaelli Ianegitz e Jessika Milena Silva Machado.

Com relação a problemáticas envolvendo Direitos Humanos foram apresentados os seguintes trabalhos: um sobre a Função Social dos Direitos Humanos sob o prisma da cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, de autoria de Lília Teixeira dos Santos e outro sobre as violações de Direitos Humanos decorrentes da execução de Marielle Franco de autoria de Cynthia Barcelos dos Santos e Rodrigo de Medeiros Silva.

O trabalho de Lais Chuffi Rizardi e Edinilson Donisete Machado analisa a função social da propriedade urbana fundada sob o Princípio da Proporcionalidade.

Por fim, o trabalho de Diego Gabriel Oliveira Budel analisa a ideia de transcendência da dignidade da pessoa humana.

Os trabalhos aqui apresentados nos oportunizaram reflexões muito importantes para o debate sobre os direitos e garantias fundamentais no atual cenário da pesquisa jurídica brasileira. Os pesquisadores sempre comprometidos com o rigor científico, brindam-nos com relevantes trabalhos desenvolvidos em pesquisas de pós-graduação tanto no Brasil, quanto no exterior.

Boa leitura a todas e a todos!

Profa. Dra. Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho - UFU

Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto - 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 TRANSCENDÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.
THE TRANSCENDENCE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON.**

Diego Gabriel Oliveira Budel ¹

Resumo

Ao aferir as múltiplas facetas da Dignidade da pessoa humana delinea-se seu conteúdo para procedimentalização de sua aplicabilidade inspirada na filosofia jurídica de Robert Alexy. O problema é verificar existência de um conteúdo da Dignidade da Pessoa Humana e se ela funciona como Princípio ou Postulado Racional. Pautado nas lições de Alexy e de Ávila, concebe-se a existência de níveis de gravitação, princípios e postulados no ordenamento jurídico, e suas implicações lógicas e sistematicas na aplicação do Direito. A Dignidade da Pessoa Humana, serve de parâmetro nessa concepção do sistema jurídico.

Palavras-chave: Princípios, Postulado racional, Dignidade da pessoa humana, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

By gauging the multiple facets of Human Dignity, its content is outlined for proceduralisation of its applicability inspired by the legal philosophy of Robert Alexy. The question is to verify the existence of this content and whether it functions as a Principle or Rational Postulate. Based on the lessons of Alexy and Avila, it is conceived the existence of levels of gravitation, principles and postulates in the legal order, and their logical and systematic implications in the application of Law. The Dignity of the Human Person serves as a parameter in this conception of the legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principles, Rational postulate, Dignity of human person, Weighting

¹ Advogado, Professor Universitário, Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Mestrando em Políticas Sociais e Cidadania pela Ucsal e aluno especial no Mestrado em Direito da UFBA.

1 INTRODUÇÃO

Tendo como objeto da pesquisa a Dignidade da pessoa humana, o recorte escolhido restringe a aferição que aqui se inicia à análise do seu conteúdo, bem como seu método de aplicação e sua natureza jurídica. Proceder-se com uma revisão bibliográfica que objetiva elucidar a complexidade, o conteúdo e os aspectos procedimentais inerentes à Dignidade da Pessoa Humana.

Busca-se desvelar sua natureza jurídica confirmando se esta se constitui apenas de um conteúdo material a ser assegurado para cada ser humano, ou se trata-se de uma espécie de racionalidade a ser seguida sem um valor a ser realizado na maior medida possível, sendo tais hipóteses decorrentes das perguntas/problemas que movem a pesquisa, qual seja, Dignidade da Pessoa Humana é princípio? Então qual o seu conteúdo? Qual o valor que ela promove e como?

Concluir por ausência de conteúdo valorativo implica em acatar a negação de uma natureza principiológica para a Dignidade da Pessoa Humana (doravante referida pela abreviatura DPH) dada a adoção do conceito de Princípio de Robert Alexy, segundo o qual Princípios são Mandamentos de otimização que visam a que um valor (carga axiológica) seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (portanto, de acordo com as contingências). Vejamos:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2017, p. 90)

Se constatada a existência de múltiplos aspectos da DPH, será necessário propor a sistematização dos elementos que compõem essa complexidade singular inspirada na tradição da dogmática jurídica. Sistematizar elementos como filtros para a obtenção de um resultado mais seguro faz parte da tradição jurídica como pode-se observar numa abordagem da Ponderação enquanto sistema (que se subdivide em Adequação, Necessidade e Proporcionalidade segundo Alexy).

A necessidade de sistematização decorre da característica de alguns princípios que possuem mais de um valor a ser realizado na maior medida possível. Essa afinidade cria como consequência uma simbiose na forma de princípio e subprincípio ou sobreprincípio. Daí surge uma série de características que incluem a dificuldade de sua definição, uma pluralidade de aspectos relevantes a serem destacados, e funções extras

no plano jurídico (e com extra se quer destacar que ultrapassam as tradicionais funções Normativa – positiva e negativa (BARROSO 2010, p.14) –, Integrativa, Informativa e Interpretativa (DELGADO, 2012).

Assim forma-se um imbricamento *prima facie* de princípios que se relacionam de modo dinâmico e adaptável (adaptabilidade que é inerente a todos eles, conforme destaca Alexy) dando-lhe unidade para diante de um elemento fático circunstancial definir seu conteúdo na forma de regra, assim como ocorre na lei da ponderação, que resulta sempre em uma regra para aquele caso concreto. In verbis: “Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente.” (ALEXY, 20017, p. 98-99).

Nesse ponto, proceder-se-á com uma distinção terminológica, pois a utilização atécnica indiscriminada de expressões não prestigia a melhor técnica conceitual, pois na prática são coisas diferentes e essa diferença têm repercussão prática.

Vinculada a esta ideia, que já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade). (SARLET, 2012, p. 102)

As críticas à concepção de Dignidade humana, como uma qualidade inerente à coletividade, que privilegia direitos e interesses coletivos quando confrontados com direitos e interesses individuais pode ser feita por um caminho similar ao das críticas ao organicismo (cf. SARMENTO, 2016, p. 106), que concebe o indivíduo como um órgão do todo que seria o Estado ou a comunidade, sendo instrumentalizado para o alcance dos interesses coletivos. Ressalta-se que uma visão jurídica com tais consequências ao nosso ver é contraditória, iníqua e incondizente com a DPH por permitir um sistema aberto para o totalitarismo e o arbítrio.

Ao permitir vilipendiar Direitos básicos dos indivíduos em nome da coletividade, nega-se a condição de membro valorizado e respeitado de uma coletividade a qualquer um que a compõe. Desse modo, pode-se dizer que nenhum componente tem efetivamente Dignidade, mas apenas o componente coletivo fictício, que contraditoriamente é formado por partes destituídas dessa importante característica intrínseca. Assim, sob a justificativa de conceder Direitos, na prática se suprime Direitos.

Por outro lado, não se descarta uma dimensão comunitária (ou social) da dignidade da pessoa humana, na medida em que todos são iguais em dignidade e como tais convivem em determinada comunidade ou grupo. Neste contexto, assume relevo a lição de Pérez Luño, que, arrimado na doutrina de Werner Maihofer, sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), em vez de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual. **Mesmo assim, não se admite, em princípio, o sacrifício da dignidade pessoal em favor da comunidade**, já que a dignidade, como (ao menos também) qualidade inerente a cada ser humano, deste não pode ser retirada, perdendo-a apenas quando lhe faltar a vida, sem prejuízo dos – já reconhecidos – efeitos post mortem da dignidade. (SARLET, 2012, p. 102-103, **Grifo nosso.**)

O objeto da presente pesquisa é sobre a Dignidade da Pessoa Humana – DPH, com toda sua complexidade e evolução histórico-filosófica envolvendo a teoria Kantiana no sentido de ser um valor intrínseco inerente a cada e todo ser humano, que constitui um fim em si mesmo e os desdobramentos subsequentes que fazem parte da evolução filosófico-político-jurídica dessa característica.

No sentido aqui afirmado, Sarmento (2016, p 27) destaca: “Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana pressupõe a da espécie humana, mas que o inverso não ocorre.” Desse modo a concepção baseada na coletividade é falha, não obstante a relevância dos Direitos coletivos e dos instrumentos jurídicos para o seu exercício possuam na sociedade de massas do século XXI.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - DPH

Como dito, a teoria Kantiana da dignidade enquanto elemento intrínseco inerente a todo ser humano deve ser especialmente considerada ao tratar da evolução do conceito de DPH. Nas lições de inúmeros doutrinadores brasileiros, cite-se a título de exemplo Luis Barroso, Daniel Sarmento e Ingo Sarlet, a teoria de Kant é o ponto de partida dos estudos mais aprofundados que buscam a compreensão acerca da origem, desenvolvimento e significado da DPH.

Sarlet (2012, p. 99) destaca no pensamento Kantiano a autonomia ética como um dos fundamentos da Dignidade, ressaltando a vedação à instrumentalização ou coisificação do homem por ser um fim em si mesmo. Barroso (2010, p. 16-17) por sua vez destaca na teoria Kantiana a concepção deste de que o homem possui Dignidade por conseguir se guiar por uma racionalidade prática (controlando suas paixões) e apresenta o imperativo categórico de Kant, que se constitui mediante condutas necessárias e boas em si mesmas e que podem ser transformadas em lei universal.

No entanto Barroso destaca que algumas ideias se desprenderam da filosofia de Kant (que como ele destaca, apresentava valores como Liberdade e Autonomia na condição de valores centrais do ser humano e com íntima relação com a Dignidade, fundamentada na própria autonomia) e passaram a adquirir significado próprio, porém convém trazer à baila a importante passagem da definição de Dignidade em Kant.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade. (KANT Apud BARROSO, 2010, p. 18)

Vale destacar que vários filósofos clássicos versaram sobre a dignidade, alguns generalizando essa característica, outros atribuindo-a apenas a alguns membros da sociedade, como por exemplo Nietzsche, que segundo Sarmiento (2017, p. 37) afirmava ser a generalização da Dignidade seria uma mentira para que os fracos se autoenganassem, pois na sua compreensão apenas os gênios possuíam dignidade. No entanto a concepção que prevaleceu, foi a da dignidade como uma característica universal nos moldes da filosofia kantiana.

Mas é com o batismo da Política, como destaca Barroso (2010, p. 10) que a dignidade passa a integrar documentos internacionais e Constitucionais, nesse primeiro momento como um objetivo político, mas após a 2ª Guerra Mundial a dignidade passa a ser também, uma forma de uma promessa ou um fim a ser alcançado pelo Estado. Um elemento jurídico com força deontológica, estabelecendo um dever ser que vincula os Estados mediante compromissos consagrados nas Constituições de diversos países e em documentos e tratados internacionais, como a Carta da ONU (1945), e a DUDH (1948).

Pelo prisma de sua incorporação ao plano jurídico, com a aquisição de uma dimensão deontológica que estabelece um dever ser normativo imposto pela dignidade, passamos a trabalhar seu conceito e conteúdo, para aferir a natureza jurídica e todas as nuances de aplicação da DPH no contexto do pós-positivismo em tempos de neoconstitucionalismo e parametrizados nas lições do jusfilósofo alemão Robert Alexy.

3 CONTEÚDO DOGMÁTICO DA DPH

Para definir juridicamente o conteúdo da DPH, não obstante sua origem filosófica, optou-se por um relativo afastamento dos estudos filosóficos acerca da origem e conteúdo que historicamente fazem parte de sua origem, para avançar num estudo que bebe na fonte da dogmática jurídica, primando por uma visão especializada

no campo da ciência do Direito especialmente por ter em vista que uma análise dogmática visa a aferir o que deve ser (a dimensão deontológica) e não focar em suas causas (dimensão ontológica).

Não se deixará em momento algum de levar em consideração que ao se incorporar ao plano jurídico a DPH passa a fazer parte de um sistema no qual ela se comunica com outros elementos e com eles interage mediante a utilização da linguagem inerente a esse sistema (o que pode ser visto como uma tradicional interpretação sistemática pelo prisma da hermenêutica jurídica, ou; como o processamento de um elemento oriundo de uma irritação entre o sistema jurídico e o sistema político, dado seu acoplamento estrutural, gerando a leitura e o processamento desse novo elemento segundo a linguagem /o código binário do sistema jurídico num processo autopoietico de criação de Direito nos moldes da teoria dos sistemas de Nicklas Luhmann (2016)), gerando um conteúdo que terá particularidades se confrontado com aquele puramente filosófico ou puramente político.

O parâmetro inicial para a aferição do conteúdo da DPH, será a leitura brasileira da DPH apontada por Daniel Sarmento, que se baseia numa moralidade crítica, considera o homem como um fim em si mesmo e de modo concreto, inserido na sociedade, e não abstratamente como outrora prevaleceu sob a influência do iluminismo. Esse parâmetro decorre dos escritos de filósofos em que se pautam os doutrinadores brasileiros, como Agostinho, Conte e Marx, Vejamos:

[...], considero que o princípio da dignidade da pessoa humana deve guardar uma necessária conexão com a compreensão de pessoa humana, que deriva de uma leitura da ordem constitucional brasileira guiada pela moralidade crítica. [...] trata-se, em resumo, da pessoa vista como fim em si, e não como mero instrumento a serviço do Estado, da comunidade ou de terceiros; como merecedora do mesmo respeito e consideração que todas as demais, e não como parte de um estamento na hierarquia social; como agente autônomo, e não como ovelha a ser conduzida por qualquer pastor; como ser racional, mas que também tem corpo e sentimentos e, por isso, experimenta necessidades materiais e psíquicas; como ser social, imerso em relações intersubjetivas fundamentais para sua identidade, e não como indivíduo atomizado e desenraizado. (SARMENTO, 2016, p. 92)

A partir desses pressupostos, Sarmento decompõe a DPH em cinco elementos. Todos fundamentados nas perspectivas filosóficas que influenciaram a evolução do conceito de dignidade e que fizeram parte da fundamentação de julgamentos das cortes constitucionais de diversos países, a exemplo de Alemanha, França, África do Sul, etc.

Cada um dos elementos destacados tem inspiração na referida evolução filosófica do tema, mas igualmente tem base jurisprudencial, sendo resultado dessa

perfeita simbiose entre o plano político-filosófico e o plano jurídico no âmbito jurisprudencial. São eles: 1) O valor intrínseco da pessoa; 2) a Igualdade; 3) a Autonomia; 4) o Mínimo Existencial, e; 5) o Reconhecimento.

Dessa compreensão, emerge, prima facie, os seguintes componentes do princípio da dignidade da pessoa humana: o valor intrínseco da pessoa, que veda sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a igualdade, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a autonomia, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na prática pública, relacionada à democracia; o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o reconhecimento, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas. (SARMENTO, 2016, p. 92)

Barroso também decompõe o conteúdo da DPH, e embora a classificação seja feita por outra perspectiva, há certa semelhança entre os elementos nos quais cada autor subdivide a DPH, resultando em três elementos, quais sejam: Valor intrínseco, Autonomia e, Valor Comunitário (2010). Porém, com elementos que remetem àqueles elencados por Sarmento em sua classificação. O que demonstra que há, ao menos entre eles certo nível de consenso sobre a existência de um conteúdo axiológico da DPH, de modo que pode-se destacar a DPH como um princípio complexo, pois é um mandado de otimização que determina a promoção de um conjunto de valores entrelaçados que guardam sintonia entre si.

Pamplona Filho *et al.*, ao destacar a dificuldade da doutrina jurídica para delinear os contornos e limites da dignidade em pesquisa específica sobre Direitos Fundamentais utiliza um conceito deveras elucidativo do conteúdo da DPH que observou no escólio de Moraes.

[...]Maria Celina Bodin de Moraes, nesse sentido, propõe o desdobramento do “substrato material da dignidade” em quatro postulados, a saber. i) O sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração dos princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade. (MORAES Apud PAMPLONA FILHO *et al.*, 2015-2016, p. 180)

Ainda explorando a Dignidade em seu cerne, buscando dar destaque a sua natureza congênita com relação ao ser humano, mister aprofundar o que Barroso

entende estar compreendido no Valor intrínseco, sem pretender aqui diminuir a relevância dos demais valores componentes da DPH.

No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é **o direito à vida**. Em torno dele se estabelecem debates de grande complexidade jurídica e moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna. Em segundo lugar, **o direito à igualdade**. Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento). Do valor intrínseco resulta, também, **o direito à integridade física**, aí incluídos a proibição da tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. Em torno desse direito se desenvolvem discussões e controvérsias envolvendo prisão perpétua, técnicas de interrogatório e regime prisional. E, igualmente, algumas questões situadas no âmbito da bioética, compreendendo pesquisas clínicas, eugenia, comércio de órgãos e clonagem humana. E, por fim, **o direito à integridade moral ou psíquica**, domínio no qual estão abrangidos o direito de ser reconhecido como pessoa, assim como os direitos ao nome, à privacidade, à honra e à imagem. É também em razão do valor intrínseco que em diversas situações se protege a pessoa contra si mesma, para impedir condutas autorreferentes lesivas à sua dignidade. (BARROSO, 2010, p. 23-24)

Nesse ponto, vale fazer uma breve digressão para ressaltar uma inicial contradição na vedação de condutas autorreferentes lesivas à própria dignidade do agente sem fazer referência ao paternalismo, ao perfeccionismo ou ao valor comunitário (estabelecendo um ideal exterior de vida boa) no sentido utilizado tanto por Sarmiento como por Barroso.

A conduta autorreferente, lesiva diretamente ao próprio autor, pode ser lesiva indiretamente para a sociedade como um todo ou para algum grupo social, tanto lesões como ameaças (leia-se também risco ou potencial) de lesões a si mesmo, além de apreciadas pelo poder judiciário nos termos da Constituição de 1988, são objeto de uma tensão interna dentro da DPH.

Causam um deslocamento da perspectiva de solidariedade internalizada no valor intrínseco e na própria empatia (que pode ser interpretada como um dos desdobramentos do redimensionamento dos direitos fundamentais pautados na solidariedade – os de 2ª ou 3ª dimensão a depender da doutrina que se adote, em suma, os direitos sociais – e, assim, como uma decorrência do próprio processo evolutivo, desencadeado pela característica da historicidade, inerente aos direitos fundamentais).

Desse modo o que se obtém é um melhor equacionamento entre as condutas autorreferentes que são potencialmente danosas às coletividades (por vezes

hipossuficientes e/ou estigmatizadas), mesmo que indiretamente, e a compreensão de Dworkin dos Direitos Fundamentais como trunfos contra as maiorias, que é amplamente adotada, inclusive por Sarmiento e por Barroso.

Ou seja, a dimensão intersubjetiva da DPH faz com que o indivíduo que autorestringe seu direito fundamental por ocupar posição jurídico-social igual a de outrem, cria reflexos no status jurídico de terceiros ainda que por uma expectativa social.

A DPH é útil não para limitar direitos do particular com base no consenso da maioria, pois ela, enquanto Direito Fundamental é um trunfo contra a maioria (nos termos das lições de Dworkin). Há sim uma expectativa moral incorporada ao Direito, que se inspira na solidariedade e na empatia que visa a prevenir graves riscos de ofensa ou ofensa efetiva (direta ou indireta) a direitos de terceiros na modalidade individual ou coletiva (por vezes nessa segunda, tendo certo grau de heteronomia, como no caso do Direito do Trabalho).

Essa repercussão indireta também decorre também da faceta objetiva dos direitos fundamentais ao comporem uma ordem objetiva de valores (SOMBRA, 2009) com eficácia erga omnes ao lado de sua faceta subjetiva que para além da teoria dos quatro status de Jellinek podem ser também fonte de deveres fundamentais.

Pela doutrina consultada, verificou-se a existência de um caráter principiológico na DPH, e nesse ponto ressalta-se que ao se aceitar a aplicação da DPH como norma cogente consagrada no direito positivo de modo vinculante, implementa de modo aberto e indeterminado, na maior medida possível dadas as possibilidades fáticas e jurídicas os princípios já apontados (autonomia, igualdade, etc.). Diante dessa conformação jurídico-constitucional não se pode mais negar seu aspecto principiológico.

Nos moldes do escólio de Alexy, Princípio é uma espécie de norma que atua como um mandado de otimização implementador de algum valor na maior medida possível, logo, se a DPH é um complexo de princípios, vazia de valor ela não é (ainda que ela atue também como um postulado racional no sistema jurídico). Seria um paradoxo algo formado por princípios resultar num instituto jurídico vazio de conteúdo. Esse paradoxo se assemelha a um ato de fé ou a uma ficção jurídica.

A DPH além de ser tida como inspiração ou fundamento dos Direitos Fundamentais, impõe uma valorização da pessoa humana no plano jurídico que acarreta o fortalecimento dos direitos da personalidade. Mister frisar a referida correlação, pois ela se forma numa implicação recíproca.

Assim, sob o ângulo em que a DPH atua como Fundamento “Os direitos de personalidade têm sua base no princípio da dignidade da pessoa humana. Tanto que Pietro Perlingieri afirma que a personalidade toma a pessoa como valor ao ordenamento jurídico, atribuindo unidade a este.” (PERLINGIERI Apud BORGES, 2009, p. 13). Mas por outro ângulo a DPH é o objeto a ser implementado pelos direitos de personalidade, e aí “Os direitos de personalidade, cada vez mais desenvolvidos para uma proteção maior do ser humano, voltam-se para a realização da dignidade da pessoa. Talvez um dia venham a ser chamados de direitos da dignidade.” (BORGES, 2009, p. 16).

Ao alcançar a relação entre a DPH e os Direitos da Personalidade e à autodeterminação, a doutrina consultada foi unânime ao afirmar que mesmo aqueles que em dadas circunstâncias não podem autodeterminar-se, estando impossibilitados de tomar as decisões que implementam o desenvolvimento da própria personalidade (como absolutamente incapazes, pessoas com patologias mentais que lhe retirem o discernimento, o feto, etc.) são dotadas do mesmo nível de dignidade que é inerente a todo ser humano dado seu caráter congênito e a potencialidade de seu exercício.

Sarlet afirma com base nas lições de Dürig (2012, p. 101) que essa característica inata torna a dignidade algo irrenunciável e indissociável do ser humano, tornando fática e juridicamente impossível qualquer pretensão de concessão dessa dignidade, vez que todos já a possuem. Vale frisar que, com base nas lições de Kant, algo dotado de dignidade não tem preço, e sob determinado ponto de vista, se o sistema jurídico permite a venda de algo inerente à dignidade (v.g. órgãos, crianças, pessoas, etc.) chancelando a instrumentalização e a coisificação do ser humano, vislumbra-se a possibilidade de uma pretensão a que se reconheça aquela dignidade que conquanto existente, não foi levada em consideração.

Cumprir aqui também apertada síntese sobre a incursão dogmática de Ingo Sarlet (2012) na busca pelo sentido e conteúdo da DPH, reproduzindo mediante paráfrase várias afirmações pertinentes para a elucidação das sistematizações que estão sendo sequencialmente apresentadas.

De início Sarlet (2012) diz que não há como negar que os direitos à vida, liberdade e igualdade são diretamente as exigências mais elementares da DPH e que boa parte dos direitos sociais se radicam nela (p. 94). Prossegue com a afirmação de que especialmente no direito constitucional positivo brasileiro discute-se (e, portanto, é possível afirmar) que a DPH é um direito autônomo, não obstante sua função interpretativa e de fundamento para Direitos fundamentais implícitos (p. 95). Destaca

que o Constituinte de 88 reconheceu expressamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o inverso (p. 98). Obtempera que a definição de DPH não pode ser estática de modo a ficar alheia ao pluralismo e à diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas (p. 100).

Por fim, Sarlet sintetiza o conteúdo da DPH com base na construção doutrinária e jurisprudencial (ultrapassando o contorno de seus elementos centrais, como, ao nosso ver, autonomia e igualdade) especificando seus elementos componentes, que englobam: 1) Integridade física (refletindo no âmbito das experiências científicas, meios de prova – v. g. detector de mentiras –, e transplantes de órgãos); 2) garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, especialmente os direitos sociais ao trabalho e à previdência social (que podemos interpretar como um modo de assegurar o mínimo existencial); 3) Isonomia de todos os seres humanos (afastando v. g. escravidão e perseguições religiosas) ; 4) Identidade pessoal do indivíduo (autonomia, integridade psíquica e intelectual e tudo que estiver associado ao livre desenvolvimento da personalidade); 5) Autodeterminação (garantindo um espaço privado livre de ingerências estatais) (p. 103-104).

Sarlet adverte que todos esses elementos são passíveis de violação no mundo dos fatos, ensejando o descumprimento do comando normativo, que, acrescentamos, deve ter seu cumprimento no bojo da sociedade permanentemente vigiado, especialmente diante do potencial lesivo inerente às relações de poder, seja ele econômico, financeiro, social, político, etc. Vejamos:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 104.)

Após descrever a antítese da DPH e ressaltar sua centralidade no ordenamento jurídico e na própria fundamentação dos direitos fundamentais, tão caros à sociedade democrática, Sarlet destaca que esta não se limita a mero valor-guia, e é peremptório quando destaca que “[...]se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa[...].” (SARLET, p. 105).

4 POSTULADOS NORMATIVOS (PRINCÍPIOS FORMAIS)

Constatou-se no capítulo anterior que a DPH possui uma faceta principiológica, ou seja, que se constitui em norma-princípio, possuindo conteúdo material, ensejando sua aplicação com relação a fatos jurídicos. Entretanto, nesse momento se faz mister aferir se essa mesma DPH possui uma faceta de sobrenorma/metanorma, ou seja, se também outras normas se submetem à observância da DPH. Nesse interim convém trazer a baila o conceito de postulado.

Postulados, ao seu turno, orientam a discussão jurídica, mas não possuem qualquer conteúdo material de valor, não se sujeitando à ponderação, nem ao eventual abandono em caso de conflito. São constantes ou metanormas, e seus exemplos são a regra da proporcionalidade ou a necessidade, no plano lógico, do respeito à identidade ou de tratar igualmente aos iguais (igualdade formal abstrata). (BAHIA, 2014, p. 98)

Agora o leitor se depara com o seguinte questionamento: A DPH é um postulado racional? O que leva a uma segunda pergunta: O que é um Postulado racional e como ele atua no âmbito do Ordenamento jurídico? Esses pressupostos constam das lições de Ávila acerca dos Princípios e dos postulados. Vejamos:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao interprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico, e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas norma semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo. (ÁVILA, 2007, p. 122.)

Essas lições baseiam-se na doutrina alexiana, pois, embora Ávila faça críticas a algumas passagens da doutrina de Robert Alexy, ele utiliza amplamente os conceitos do jurista alemão e os desenvolve. Vale ressaltar que a ideia de um metanível onde atuam princípios sem conteúdo material, mas com racionalidades que influenciam princípios dotados desses conteúdos (especialmente no cálculo da ponderação proposto com a fórmula do peso) também consta de lições recentes de Alexy.

La fórmula del peso define al peso, en el caso concreto, de un principio P_i en relación con un principio opuesto P_j (W_i, j), como el cociente resultante de,

primero, el producto obtenido de multiplicar la intensidad de la interferencia en Pi (Ii) por el peso abstracto de Pi (Wi) y por el peso de la confiabilidad de las apreciaciones empíricas referidas a lo que la medida en cuestión significa para la no realización de Pi (Ri), y, segundo, el producto de los valores correspondientes respecto a Pj, ahora respecto de la realización de Pj. Esto se expresa de la siguiente manera:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

(ALEXY, 2011, p. 15).

No que tange à ponderação de princípios, depois de estruturar metodicamente a ponderação, destrinchando-a em seus conseqüências: adequação, necessidade e proporcionalidade, Alexy apresenta a fórmula do peso para garantir maior segurança jurídica à ponderação, dando-lhe ares de ciência exata, embora não proponha a matematização de seus resultados com uma resposta exata ou única, mas afirma que sua fórmula aumenta a confiabilidade do método.

Alexy, no bojo de sua obra clássica “Teoria dos Direitos Fundamentais” e em outros trabalhos posteriores, (artigo que compõe a coletânea “Princípios Formais, publicada em 2014) se depara com a atuação conjunta de princípios e postulados (que são denominados de princípios formais, pois eles não têm aspecto valorativo que atribua um conteúdo moral imbricado com um conteúdo deontico destinado à aplicação diante das condutas dos cidadãos e do Estado).

É exatamente esse o ponto no qual entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Esse princípio é um princípio formal, porque ele não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos. Por isso, seria possível também denominá-lo "princípio procedimental". (ALEXY, 2017, p. 616)

Nesse ponto o jusfilósofo também relata o funcionamento do metanível normativo. Entretanto para Alexy os princípios formais interagem com os princípios materiais mediante a utilização da fórmula do peso refinada (que contempla o metanível), ao contrário de Ávila, que propõe a regência dos princípios materiais pelos princípios formais que ele classifica na espécie que recebe o adjetivo de postulado normativo aplicativo (que se divide em duas espécies segundo Ávila, os gerais e os específicos). Porém, de um modo ou de outro, a conclusão é a de que eles efetivamente influenciam no resultado das ponderações.

Na ponderação de segundo nível, ou meta-ponderação, a ponderação de princípios formais é necessariamente uma ponderação com um princípio

material colidente, e com o resultado dessa ponderação, a incorporação, na fórmula do peso, das variáveis epistêmicas e suas escalas, os princípios formais estão representados na ponderação da primeira ordem, em conformidade com essa fórmula. (ALEXY, 2014, p. 30)

Para a DPH apresentar-se no ordenamento jurídico como um postulado normativo é imprescindível que seus elementos principiológicos orientem o aplicador do Direito na fase de aplicação das normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios. Pois defende-se aqui ser possível que normas do ordenamento sejam aplicadas de maneira metodicamente incondizente com o princípio da DPH, e isso traz a necessidade de definir o modo de aplicação metódica compatível com a DPH.

Como exemplo, vale relembrar a possibilidade de se argumentar em favor da coletividade e sua dignidade para limitar direitos individuais a ponto de tratar a pessoa humana como se fosse um mero meio para a obtenção de um fim, ou seja, instrumentalizá-la. É um exemplo da aplicação de um direito coletivo lato sensu de maneira incondizente com os elementos da DPH. Diante disso, resta comprovado que a natureza de postulado normativo aplicativo da DPH não é indiferente para a práxis jurídica, mas; qual o método de aplicação por ela estabelecido? Vejamos.

Ávila destaca que os postulados não possuem os mesmos destinatários dos princípios, pois “os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao poder público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao interprete e aplicador do Direito” (2007, p. 122) e afirma que a função de postulado não estabelece um dever-ser ideal, mas “estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis” (2007, p. 123). Continua suas lições explicando que os postulados aplicativos normativos atuam na compreensão concreta do direito ao implementar condições para a solução de antinomias contingentes, concretas e externas.

[...] contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreto; e externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele. (ÁVILA, 2007, p. 133-134)

Essa passagem deixa claro que na função de postulado a DPH não serve de parâmetro para controle de constitucionalidade em abstrato, pois essa função só é exercida por ela enquanto princípio. Veja que se funciona como tal, é porquê tem faceta com conteúdo axiológico/valorativo, o que significa que atua também como princípio.

Até aqui este trabalho dedicou-se à investigação de princípios que, como tais, estabelecem fins a serem buscados. A partir de Agora não será mais

examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Superou-se o âmbito das normas para adentrar no terreno das metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Só elípticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas. (ÁVILA, 2007, p. 133-134)

Porém, opta-se aqui por ousar discordar parcialmente da parte final da citação supra. Especialmente se porque esse postulado normativo aplicativo se encontra expressamente consagrado no direito positivado (como a DPH que é fundamento da República consagrado pelo constituinte originário expressamente no texto da CF/88).

Prefere-se afirmar a correção do trecho que ressalta a violação de maneira elíptica, interpretando “elípticamente” como referência à figura da elipse na norma culta do idioma Português, em que se oculta determinado elemento por estar subentendido. Desse modo, se ocorre o descumprimento do postulado e a consequente aplicação indevida da norma que sofre sua incidência, o erro é duplo, *a priori* no método e *a posteriori* no resultado, como uma espécie de concurso formal ontológico ou metódico-finalístico).

Os postulados em geral não são aplicados mediante subsunção, diz Ávila: “Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual)” (2007, p. 136). Ele destaca ainda que outros doutrinadores atribuem aos postulados os nomes de Máxima ou *topos* argumentativo; princípios de legitimação; ou o chamam de uma forma específica de regra (2007, p. 136-137). Diante do exposto ainda surgem duas perguntas. A primeira, que é: Existe na doutrina quem defenda a aplicação da DPH no mesmo nível da ponderação de interesses, regras ou princípios?

Sabendo que esse questionamento exige um hercúleo debruçamento sobre a vasta doutrina jurídica, não é possível ousar dizer de modo peremptório que tal ponto de vista nunca foi defendido, porém das bibliografias utilizadas apenas Marcelo Costa se aproxima do que está sendo proposto nessa pesquisa.

Costa ao abordar a ponderação defende que a DPH seja acoplada aos três elementos da ponderação como um filtro adicional que implica uma maior atribuição de peso ao resultado da colisão que favoreça à parte hipossuficiente ou à efetivação da DPH, isso apenas diante de casos difíceis, em que a diferença entre o peso dos

interesses colidentes não apresentar uma disparidade substancial. Vejamos: “Nas demandas havidas nessa seara, havendo a necessidade de se utilizar do recurso da ponderação, há de se considerar o seguinte parâmetro preferencial e específico: prevalência da dignidade do hipossuficiente, usualmente, o trabalhador”. (COSTA, 2010, p. 51)

Um princípio fundamental pode possuir duas facetas jurídicas, sendo uma no plano das normas e outra no plano das metanormas. Na doutrina essa estrutura simbiótica é límpida nas lições de Casali Bahia relativas à igualdade. Ele diferencia a igualdade formal concreta (aquela em que não há *in casu* um critério válido para a realização de *discrímen*) e a Igualdade material-concreta (aquela que se constata quando *in casu* se encontra claramente exposta alguma razão justificadora suficiente para a implementação de *discrímen*) (2014, p 100). E além dessas duas facetas, defende a terceira faceta da igualdade, como postulado racional sem conteúdo axiológico.

Sem conteúdo ou sem exigência de confronto com razões suficientes para a igualação ou desigualação em um caso concreto, a igualdade é um mero postulado lógico. Deve sempre ser observada e não está sujeita à ponderação, não se confundindo com um princípio e muito menos com uma regra. A igualdade se confunde com aporias como a proporcionalidade ou a justiça. “A primeira igualdade é a justiça”, como diria Vítor Hugo. Assim, a menção à igualdade como direito no preâmbulo da Constituição Federal, ou com a generalidade feia no caput do Art. 5º do mesmo diploma, remete à igualdade como regra de razão, ou como princípio lógico. (BAHIA, 2014, p. 101)

Bahia conclui que é possível um princípio ter também a função de postulado. Tal entendimento é aqui adotado, sendo esta afirmação peremptória e cristalina nas lições do autor. “A igualdade jurídica é uma norma jurídica, tomando ora a forma de princípio, ora a forma de regra, e também pode corresponder a um postulado racional, invariável e sem conteúdo material (igualdade formal *stricto sensu*).” (BAHIA, 2014, p. 102)

5 SISTEMATIZAÇÃO DA FUNÇÃO DE POSTULADO

Proposta a concepção da DPH como instituto jurídico híbrido, possuindo faceta de norma-princípio e também faceta de metanorma ou postulado racional aplicativo normativo, e; ulteriormente constatada a viabilidade desta concepção diante do sistema jurídico parametrizado na doutrina jurídica, é chegada a hora de sistematizar o funcionamento desse postulado balizador da atividade do aplicador do Direito.

Verifica-se se a aplicação respeitou a racionalidade inerente à adoção no plano jurídico da perspectiva político-filosófica de que o Estado, as Leis e o Direito existem

para a pessoa humana (atuando em seu favor e em favor de suas necessidades enquanto ser vivo, abrangendo as necessidades da vida – como meio ambiente sadio, etc. –) e não constituem fins em si mesmos. Sendo que, a pessoa humana, em razão do seu valor intrínseco, esta sim, constitui um fim em si mesmo, não devendo ser instrumentalizada ou coisificada.

Sistematizar o funcionamento do postulado requer conceber como filtro cada elemento componente do postulado da DPH. O parâmetro para a aferição de cada filtro será o conteúdo da DPH enquanto princípio. Na condição de Postulado cada elemento é esvaziado em seu fim de promoção de valores, perdendo os desdobramentos que implicam na promoção de outros Direitos Fundamentais, pois o postulado da DPH determina apenas indiretamente o cumprimento de Direitos Fundamentais ao verificar se a aplicação do Direito foi feita nos moldes da racionalidade norteadora do ordenamento jurídico, sem subverter a aplicação do Direito.

Porém, verificando-se que não houve subversão da racionalidade na aplicação do Direito cabível, não terá havido violação de qualquer Direito Fundamental, que é por si só diretamente e imediatamente vinculante nos termos da Constituição (Art. 5º, §1º da CF/88), dispensando o auxílio de qualquer postulado. Salienta-se que optou-se pelo escólio de Daniel Sarmiento por sua pretensão de universalidade do conteúdo, vez que se balizou em julgados de tribunais de diversos países.

O primeiro filtro é o Valor Intrínseco da Pessoa, consiste na verificação de se a aplicação da norma tida como incidente no caso concreto está instrumentalizando algum dos sujeitos de direito envolvidos na relação jurídica deduzida em juízo. Vale ressaltar que deve o aplicador perscrutar as possibilidades de aplicação da norma, buscando o um resultado prático que se afaste da instrumentalização, coisificação, monetização ou atribuição de fungibilidade ou descartabilidade à/da pessoa humana.

O segundo filtro é o da Igualdade, que com base nas lições de Bahia, deve permitir a aferição pelo aplicador se a norma tida por aplicável a priori ao caso concreto concebe os sujeitos como iguais (igualdade na lei), sendo que se isso não ocorrer a aplicação da norma em tela deve ser afastada, atraindo o postulado da DPH a aplicação de outra norma que assim os conceba; e permitir a aferição pelo aplicador do Direito se a norma aplicável a priori realiza a igualdade na prática (igualdade perante a lei) sendo portanto o agente estatal instrumento da implementação da igualdade.

Aqui se nota a peculiaridade da faceta de postulado da igualdade repercutir na filtragem realizada pela DPH mediante a verificação da existência de algum fator

relevante que justifique um tratamento diferenciado (discriminação positiva) ou se existe alguma discriminação infundada (discriminação negativa) e que deverá ser afastada para que a aplicação do Direito passe por esse filtro.

O terceiro filtro é o da Autonomia, e sua incidência determina que o aplicador do Direito afira se o modo de aplicação do direito, ou a aplicação da norma que ele entende mais adequada tolhe a Autonomia privada ou a Autonomia pública do indivíduo, o impedindo de fazer as escolhas essenciais para o desenvolvimento de sua personalidade ou de participar da vida pública nos termos que o ordenamento jurídico lhe garante.

O quarto filtro é o do Mínimo Existencial, atuando sem conteúdo material mínimo, pois situado no plano das metanormas, sem estabelecer aqui direitos subjetivos exigíveis em face do Estado, mas implicando na aferição de: 1) se a aplicação da norma implica a retirada (diminuição do patrimônio material ou imaterial) de elementos essenciais para a sobrevivência física e psicológica digna, viável, e saudável da pessoa humana, e; 2) se a aplicação da norma pretensamente aplicável retira dos sujeitos de direito envolvidos na relação jurídica em tela a possibilidade desses proverem por seus próprios meios sua subsistência, considerando aí as necessidades básicas à sobrevivência digna e saudável, que inclui o meio ambiente saudável.

O quinto é o do reconhecimento, nele o aplicador do Direito utiliza a empatia, para colocar-se no lugar do sujeito de afetado pela incidência da norma e aferir se a aplicação o concebe como sujeito ético-moral componente de uma sociedade plural, mundial, multicultural, livre, justa e solidária e se a norma promove seu bem (considerando a promoção do seu bem no contexto da convivência mútua em sociedade) sem discriminações vedadas pelo Direito, na esteira do Art. 3º, I e IV da CF/88.

A passagem por todos os filtros da DPH atesta a correção da racionalidade utilizada pelo aplicador do Direito, de modo que não há subversão da norma aplicada do ponto de vista da DPH. Porém aplicador diante da inabilitação apriorística do modo de aplicação escolhido, somente não terá como comprometido e viciado o processo de aplicação, se houver alguma razão, princípio ou valor que no caso concreto colida com a aplicação racional da norma pretensamente aplicável.

Diante de um conflito entre normas numa determinada circunstância fática, a inabilitação diante do postulado da DPH trará um ônus argumentativo de primeiro grau, que será atendido mediante a fundamentação do método de aplicação escolhido, apontando a inabilitação preliminar no filtro específico que porventura haja ocorrido e a consequente utilização da Ponderação para o saneamento da subversão apriorística, que

somente conseguirá ser convalidada, tornando-se legítima, após o atendimento ao ônus argumentativo de segundo grau, que é a fundamentação substancial que aponte a necessidade e a utilidade daquela subversão apriorística, bem como sua proporcionalidade diante da existência de uma colisão.

Desincumbindo-se desse ônus, o aplicador estará saneando o vício de subversão apriorística, assim, a convalidação do modo escolhido para a aplicação da norma se legitima enquanto modo alternativo justificado por uma anomalia na linguagem do Direito, que diante da fundamentação deverá se mostrar sanada pelo sistema jurídico.

Ressalte-se que o mínimo existencial faz parte do conteúdo principiológico e atua como filtro na faceta de postulado da DPH, trazendo à baila sua ligação conflituosa com a Lei da escassez. Diante da inexorável lei da escassez, tendo em vista que o núcleo da DPH engloba a simbiose do valor intrínseco e o mínimo existencial, e estes se correlacionam entre si e com a autonomia, a igualdade e o reconhecimento; se não for possível garantir esse mínimo haverá restrição ao conteúdo principiológico da DPH cuja correção precisará ser examinada.

Na análise dessa restrição (devida ou indevida), se for constatada, tendo em vista o caráter relativo (e não absoluto) da DPH (e dos princípios), uma base fática que comprove a ausência de escolha (impossibilidade de estabelecer preferências concretizadoras do Direito em jogo) do administrador público (ou eventualmente do particular) vinculado ao preceito normativo, configura-se um estado de inexigibilidade de conduta diversa, que afasta o elemento subjetivo da conduta, resguardando o patrimônio jurídico do indivíduo *prima facie* vinculado, salvo exceção expressamente positivada.

Ademais, não haverá escusa se o indivíduo descumprir ordem judicial, que esteja produzindo regularmente seus efeitos, determinando que se implemente o conteúdo nela descrito como sendo o mínimo existencial. E a responsabilização também é inexorável caso o gestor tenha criado a situação de emergência que impõe a escolha trágica.

6 CONCLUSÃO

No intento de aferir o conteúdo principiológico da Dignidade da Pessoa Humana - DPH verificou-se certa convergência em boa parte do conteúdo proposto pela doutrina, porém com algumas peculiaridades que variam da subjetividade de cada doutrinador e que não interferiram no resultado desta pesquisa.

Para além da perspectiva principiológica buscou-se uma análise holística da Dignidade da Pessoa Humana, buscando compatibilizar seu funcionamento com as lições mais aprofundadas e sofisticadas de Robert Alexy. Apresentando assim, uma faceta de postulado aplicativo normativo para a Dignidade da Pessoa Humana com base em conceitos e características dos postulados encontrados nas lições de diversos doutrinadores e especialmente nas lições de Humberto Ávila.

Caracterizada a faceta de postulado da DPH, levou-se a frente a tarefa de sistematizar a aplicação do postulado racional para aferir a conformidade do ato de aplicação do Direito diante de casos concretos. Para sistematizar o aludido postulado, foi utilizado como parâmetro o plexo de conteúdos em que a DPH se subdivide em sua faceta principiológica, porém na função de filtros.

Diante da inabilitação do ato de aplicação do direito com relação à filtragem de sua racionalidade pelo Postulado da DPH, estabelece-se um ônus argumentativo primário de demonstrar a existência de colisão apta a mudar a racionalidade demandada normalmente pelo ordenamento, constituindo uma anomalia a ser sanada pela utilização da ponderação, que na sua fundamentação de segundo grau, demonstrará a existência da Necessidade, Adequação e Proporcionalidade da aplicação que desviou da racionalidade em regra exigida. Somente com a desincumbência pelo aplicador do Direito desses dois ônus argumentativos é que se comprova cientificamente o saneamento do vício de subversão da racionalidade que ocorreu pela inabilitação daquela aplicação do Direito do ponto de vista da racionalidade do ordenamento jurídico brasileiro que tem como um de seus fundamentos a DPH (e não apenas o princípio da DPH).

A ponderação, assim como a DPH, é um postulado complexo, tendo a última um duplo viés (um substancialista e outro procedimentalista) comportando, tal qual o princípio da igualdade a forma de princípio material e a de postulado racional. Essa simbiose é fator relevante na formação de seu caráter processador (ou de filtro) que permite ao aplicador do Direito aprimorar a incidência das normas, especialmente dos princípios materiais.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ALEXY, Robert. **Princípios Formais:** e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Org. TRAVISONNO, Alexandre; SALIBA, Aziz; LOPES, Mônica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. Revista Española de Derecho Constitucional: **Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.** Revista n. 91, enero-abril (2011), págs. 11-29. Disponível em:

<<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741>> Acesso em: 04/07/2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BAHIA, Saulo José Casali. **A Igualdade como Direito Fundamental.** In.: CRUZ, Ariele Chagas; SARMENTO, George; SEIXAS, Taysa Matos. Direitos Gumanos Fundamentais: Estudos sobre o Art. 5º da Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2 ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos Direitos Fundamentais Entre Particulares:** Juízo de Ponderação no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

LUHMANN, NIKLAS. **Sistemas Sociais.** Esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa. Roberto Dutra Torres Junior. Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga; BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. **Fundamentação Material dos Direitos Fundamentais na Contemporaneidade.** In: Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia/ Academia de Letras Jurídicas da Bahia – no. 1, n. 1, (jul./dez. 1995) – Salvador: Academia de Letras Jurídicas da Bahia, 2015. p. 167-198

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana:** Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.