XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO

JEAN CARLOS DIAS

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

T314
Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Jean Carlos Dias; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-554-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teoria do Direito. 3. Teoria da Justiça. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Integram a presente obra os artigos apresentados no Grupo de Trabalho TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I que foi realizado no âmbito do XI Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido no mês de Outubro de 2022, na cidade de Santigo do Chile.

Os trabalhos apresentados enquadram-se entre os temas abarcados pelo grupo e se constituem como objetos de pesquisa atuais e relevantes. São, ainda, representativos de uma produção acadêmica plural, uma vez que varias correntes e pensadores, brasileiros e estrangeiros, estão incluídos entre os referenciais adotados.

Os autores e autoras estão, ou foram vinculados, aos Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil, havendo, também nesse aspecto, evidente diversidade, sendo, ainda, o grupo de trabalho, acessível aos pesquisadores dos programas das instituições chilenas que participaram do evento.

Os textos, agora reunidos, são bastante ricos, pois empregam diversas estratégias teóricas de abordagem ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo.

Os marcos teóricos adotados, por sua vez, constituem as mais atuais teorias e autores no campo da Teoria do Direito, Filosofia Política e Teoria do Direito, justificando, claramente, a importância dos temas tratados. Ao lado disso, a precisão científica e metodológica, comprovadamente, conduziu a investigação dos problemas propostos.

Os títulos dos trabalhos apresentados representam muito bem essa grande amplitude:

1. ESTADO DE DIREITO, INCERTEZA E INSTRUMENTALISMO

2, AS APLICAÇÕES DO DEBATE DWORKIN E POSNER ACERCA DAS RESPOSTAS CERTAS DOS CASOS DIFÍCEIS NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3. DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA AO PÓS-POSITIVISMO: ECOS DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO AO DECISIONISMO JUDICIAL NO BRASIL: O CASO DO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS”

5. A IDEIA DE LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

6. O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NORMA E O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO LIMITE À SUBJETIVIDADE INTERPRETATIVA

7. DIREITO À ALIMENTAÇÃO, SEGURANÇA ALIMENTAR E ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: LEITURA BRASILEIRA ÀS DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS

8. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA MODERNIDADE

9. O DIREITO À EDUCAÇÃO: A CONEXÃO ENTRE A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RAWLS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL DE CASTELLS

10. REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DEBATE POLÍTICO DA JUSTIÇA IGUALITÁRIA ENTRE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

A intenção dos autores e autoras em aprofundar o estudo dos temas examinados, certamente, foi alcançada, tanto pela socialização como pelos ricos debates e contribuições resultantes das atividades presenciais ocorridas no evento.

A diversidade e importância dos temas e a qualidade da pesquisa aqui representada, nos leva a recomendar a todos interessados, a leitura e reflexão acerca dos temas examinados e aqui reunidos e, assim, disponibilizados ao público.

Em conclusão, fica o registro da satisfação dos coordenadores, Prof. Dr. Jean Carlos Dias (CESUPA) e Rubens Beçak (USP), em retomar as atividades presenciais nesta fase pós-pandêmica em evento de grande qualidade, o que pode ser facilmente aferido pela leitura dos trabalhos colacionados.

O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA MODERNIDADE

THE CONTENT OF THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN MODERNITY

Bruno Alberto Maia [1]
Eliana Franco Neme [2]
Raul Miguel Freitas De Oliveira [3]

Resumo

O texto que ora apresentamos ao leitor enfoca o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto da Constituição de 1988 a partir da racionalidade postulada pelo sistema racional kantiano. A partir de Kant, numa perspectiva relacional com a doutrina brasileira, chegou-se à conclusão de que, embora o princípio da dignidade da pessoa humana seja um atributo intrínseco da pessoa, não se trata de norma jurídica absoluta, porque cotejada com seus corolários, a saber, a igualdade e a liberdade fundamentais, sobretudo, no caso das minorias vulneráveis. Por esta razão, a dignidade da pessoa humana não pode e não deve ser compreendida como curinga argumentativo, sob pena de esvaziamento do seu sentido diante das circunstâncias do caso concreto, em que o fator de discriminação positiva do legislador assegura, e simultaneamente limita a autonomia individual no sentido de que toda exceção à regra geral deve ser interpretada restritivamente, e estar racionalmente justificada pelo legislador infraconstitucional. Assim sendo, as soluções de cada caso em que a autonomia individual deve ser regulada pelo Poder Público, isto é, o Estado, não são, nem poderiam ser dadas de antemão, pois a dignidade como vetor axiológico constitucional, assim como todos os princípios valores positivados na Constituição não são absolutos, porque relativos.

Palavras-chave: Dignidade humana, Kant, Racionalidade, Igualdade, Liberdade, Vulneráveis

Abstract/Resumen/Résumé

The text that we now present to the reader focuses on the essential content of the principle of human dignity in the context of the 1988 Constitution, based on the rationality postulated by

---

[1] Pòs Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo, Campus, Ribeirão Preto, Doutor em Sistema Constitucional de Direitos Pelo Centro Universitário de Bauru, Advogado.

[2] Professora Associada da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Live-Docente pela mesma Universidade.

[3] Professor Doutor de Direito Ambiental, Administrativo, Municipal e Urbanístico Graduado, Mestre e Doutor em Direito do Estado pela FD USP.

the Kantian rational system. From Kant, in a relational perspective with the Brazilian doctrine, it was concluded that, although the principle of human dignity is an intrinsic attribute of the person, it is not an absolute legal norm, because compared with its corollaries, namely, fundamental equality and freedom, especially in the case of vulnerable minorities. For this reason, the dignity of the human person cannot and should not be understood as an argumentative wildcard, under penalty of emptying its meaning in the face of the circumstances of the specific case, in which the legislator's positive discrimination factor ensures and simultaneously limits autonomy. individual in the sense that every exception to the general rule must be interpreted restrictively, and be rationally justified by the infraconstitutional legislator. Therefore, the solutions for each case in which individual autonomy must be regulated by the Public Power, that is, the State, are not and could not be given in advance, since dignity as a constitutional axiological vector, as well as all principles, values positivized in the Constitution are not absolute, because they are relative.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human digninity, Rationality, Equality, Freedom, Vulnerables

Considerações Iniciais

O ser humano tem a faculdade de refletir acerca do seu próprio comportamento para consigo e para com os seus pares. Nosso intento neste texto consiste em demonstrar de que modo a História e a Filosofia, particularmente promoveram as iguais liberdades fundamentais no contexto histórico da Modernidade. Em tese, e, também, na práxis, a autonomia individual comporta um núcleo mínimo, indevassável, apesar de todas as tentativas de se lhe aviltarem. Sim. Estamos a falar da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico das Constituições Democráticas, e da nossa Constituição Cidadã de 1988, inclusive. Contudo, este não é um empreendimento não é um "atalho fácil" que justifique a hipertrofia deste princípio-valor constitucional na Modernidade.

A dignidade, tal como a compreendemos hoje comporta um sentido de autolegislação derivado do sistema kantiano. Esta releitura acerca do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da Doutrina brasileira permite-nos compreender afinal porque o Direito pode ser compreendido como fonte de inesgotabilidade em si mesmo, já que nosso objetivo principal consiste encontrar as situações fáticas em que o Estado está autorizado a intervir no exercício da autonomia do indivíduo em prol da concretização das iguais liberdades fundamentais positivadas nas constituições democráticas, e sobretudo, na Constituição Cidadã de 1988.

1. Immanuel Kant e a Dignidade da Pessoa Humana na Modernidade

A dignidade é um atributo intrínseco da pessoa humana. Disso a necessidade de investigarmos o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, corolário da liberdade, pois consubstanciam a cláusula geral de tutela da dignidade da Pessoa Humana positivada na Constituição de 1988, e que fundamenta a autonomia do sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica vigente. Para tanto, recorreremos a Immanuel Kant (2008) e a dois juristas brasileiros fortemente influenciados pelo filósofo retromencionado: Ingo Wolfgang Sarlet (2002) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), respectivamente entrelaçados com o posicionamento assumido pelo filósofo alemão.

É Kant quem nos oferece um aporte jus-filosófico para a compreensão da autonomia individual, sob a perspectiva especulativa, a fim de investigar os princípios práticos residentes a priori na razão humana e, também, porque os costumes se pervertem na ausência da dimensão que delimita a moralidade. Em 1785, Kant publicou *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* – obra em que desenvolve os pressupostos teóricos para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, do resgate do sujeito, como o conhecemos hoje, e no sentido que foi assumido pela Constituição Cidadã de 1988.

De acordo com o cristianismo, o ser humano é dotado de um valor próprio e intrínseco, que não lhe permite ser transformado em mero objeto, ou instrumento (SARLET, 2002). No marco do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, as concepções acerca da dignidade da pessoa humana, bem como a ideia do direito natural em si, foram racionalizadas e laicizadas, como pudemos constatar com Rousseau (2006), a partir do desenvolvimento da ideia de soberania popular, e com Montesquieu, a partir da sua teoria sociológica, que delimitou funcionalmente os poderes do Estado, harmonizando-os em benefício de um equilíbrio entre as necessidades de liberdade individual e de segurança de todos os membros da comunidade jurídico – política. Contudo, de acordo com Ingo Sarlet, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade – de modo, particularmente significativo, a partir de Immanuel Kant, fora mantida (SARLET, 2002).

Nesse sentido, Kant (2008) inicia sua explicitação sobre a construção da autonomia individual afirmando que somente a *boa vontade* é o que consubstancia o caráter do ser humano e pode ser considerada boa em si mesma, sem qualquer espécie de limitação. A *boa vontade* não é boa pelo que realiza ou promove, ela é boa em razão do querer. Por ser boa em si mesma, deve ser considerada em grau mais elevado, quando comparada àquilo que por meio dela se puder alcançar em proveito de qualquer inclinação ou da soma de inclinações.

Significa dizer que a vontade é a faculdade de outra coisa, senão, a razão, independentemente das inclinações, isto é, dos impulsos. A razão deve ser conhecida como algo bom, mas se a vontade não é boa em si, isto é, se a razão não é conforme a razão, as ações objetivamente necessárias são subjetivamente contingentes e a determinação da vontade em conformidade

com as lei define-se como obrigação *(Nötigung),* submimissão do indivíduo à Lei (KANT, 2008).

A representação de um princípio enquanto constitutivo da vontade chama-se mandamento racional, e a fórmula desse mandamento denomina-se *imperativo*. Os imperativos se expressam pelo verbo dever *(sollen)* e evidenciam uma lei racional objetiva como uma vontade, que, em razão da sua constituição subjetiva, não é determinada por tal lei – uma obrigação. Bom é tudo aquilo que determina a vontade por meio de representações racionais. A boa vontade é, assim, determinada por princípios que valem indistintamente para o ser racional.

Em razão disso, os imperativos são fórmulas que exprimem a relação entre as leis do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade de um ou de outro ser racional – da vontade humana, por exemplo. Os imperativos ordenam, sejam eles hipotéticos ou categóricos. Os imperativos hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de se conseguir qualquer coisa que se queira. O imperativo categórico representa uma ação objetivamente necessária por si, sem relação com o fim (KANT, 2008).

O imperativo hipotético diz que uma ação é boa, na medida em que ela visa a um fim possível ou real. No primeiro caso, temos um princípio problemático-prático; no segundo, um princípio assertórico-prático. Já o imperativo categórico que não se vincula a qualquer finalidade vale como princípio apodídico prático. O que é possível mediante as forças do ser racional julga-se como propósito possível para qualquer vontade. São, portanto, numerosos os princípios da ação enquanto essa é representada como necessária para se conseguir algum propósito possível de atingir por meio deles (KANT, 2008).

O imperativo categórico não se baseia em condição alguma para que o ser racional chegue a determinado comportamento. Ele não se relaciona à matéria da ação e ao que dela pode resultar, mas com a forma e com o princípio que dela mesma deriva. A ação essencialmente boa reside na disposição *("Gesinnung"),* que se nutre por ela, independentemente do resultado. O imperativo categórico não sofre limitações por condição alguma e denomina-se *mandamento absoluto*, posto que praticamente necessário (KANT, 2008).

Somente o imperativo categórico caracteriza-se como lei prática, ao passo que os demais imperativos são chamados de *princípios da vontade*, mas não,

leis. O que é necessário fazer como meio para se alcançar qualquer fim é contingente – o que implica que a qualquer momento podemos renunciar a intenção, libertando-nos do que foi prescrito. Já o mandamento incondicional (imperativo categórico) não deixa arbítrio à vontade. Ele tem em si a necessidade que nós exigimos da lei.

A investigação especulativa de Kant centra-se na possibilidade de se compreender o conceito de imperativo categórico como determinante da sua fórmula, pois a questão é saber como um mandamento absoluto, cujo teor já conhecemos, pode converter-se essencialmente e a partir de um esforço especial e difícil, no que hoje compreendemos como iguais liberdades fundamentais. Somente o imperativo categórico pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*. Kant concebe, assim, o sentido de autolegislação do e para o ser racional (KANT, 2008).

O conceito de dever compreende, pois, um significado e contém uma legislação exprimida em imperativos categóricos. O dever é, assim, uma necessidade prática incondicionada da ação. Logo, vale para todos os seres racionais – os únicos aos quais se podem aplicar um imperativo. Isso é o que justifica a necessidade de ser lei regente da vontade humana.

A vontade é, sob a perspectiva Kantiana, uma faculdade de se determinar a si mesmo por meio da ação representada por determinadas leis. E essa faculdade só se pode encontrar nos seres racionais. Aquilo que serve à vontade como princípio objetivo da autodeterminação humana é o fim *(Zweck)* e se ele é posto pela razão, deve valer para todos os seres racionais. O que, pelo contrário, constitui-se como possibilidade da ação, cujo efeito é um fim, denomina-se meio. O princípio objetivo do desejar é o impulso *(Trebfeder)*. O princípio objetivo do querer é o motivo *(Bewegungsgrund).* É a partir daí que se distinguem os fins subjetivos assentados em impulsos; e objetivos, que dependem de motivos válidos para todo o ser racional (KANT, 2008).

O homem existe como fim em si mesmo. Ele é o fundamento de determinadas leis, ou seja, da razão prática, em virtude do seu valor absoluto. Assim sendo, o homem existe como fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário de determinado fim, isto é, desta ou daquela vontade. O homem

deve ser considerado como fim em todas as ações – tanto às que a ele são dirigidas, como àquelas que se dirigem aos outros (Kant, 2008).

Os seres irracionais têm valor relativo e são considerados coisas. Os seres racionais são pessoas, ou como preferimos indivíduos, pois a sua natureza os distingue como fins em si mesmos – pressuposto que limita o arbítrio e que induz à necessidade de se respeitar os seres humanos como seres racionais que são. Os seres racionais não são fins subjetivos dotados de um valor de acordo com nossas ações. São, porém, fins objetivos, cuja existência é um fim em si mesmo, tanto que cada ser humano torna-se insubstituível e irrepetível. Nesse sentido, as coisas tornam-se meios (relativos) sem as quais não se poderia determinar o valor absoluto do ser humano. Se todo valor fosse condicional e contingente, não poderíamos encontrar com Kant um princípio prático supremo para a razão (KANT, 2008).

É assim que outro ser racional representa, também, a sua existência, já que o mesmo fundamento racional vale para mim, e para o outro. Como princípio prático e objetivo, que é dele, derivam as leis da vontade. Assim, o imperativo determinado pela razão prática é o seguinte: "*Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio"* (KANT, 2008, p. 60). Nesta passagem, Kant reconhece que todos os seres humanos são iguais, e, portanto, devem merecer do Direito uma tutela isonômica, ainda que, sob sua perspectiva, a isonomia seja somente formal.

A liberdade individual consubstancia-se na vontade, que deve estar em concordância com a racionalidade prática universal. Isto é, a vontade de todo ser humano racional é concebida como vontade legisladora universal expressa pelo imperativo categórico incondicional. A vontade humana não se submete somente à lei, ela é, também, legisladora de si mesma. Assim sendo, os seres humanos são simultaneamente, autores e destinatários de suas próprias leis e, em razão disso, consideram-se como titulares de iguais liberdades fundamentais.

O sentido de autolegislação kantiano, por expressar-se formalmente no imperativo categórico, não comporta interesse algum e, como consequência disso, orienta-se para permitir ao ser humano que ele possa se dar um ordenamento moral – e como veremos adiante – também jurídico – ao qual deve obedecer.

Assim, o ser humano liga-se ao seu dever e se sujeita à sua própria legislação, devendo, por conseguinte, agir conforme a sua própria vontade, possibilitando a sua autodeterminação. Aqui se consubstancia o princípio da autonomia da vontade – ou autonomia – que se opõe a qualquer outro ao qual podemos denominar heteronomia. O conceito segundo o qual o ser humano deve se considerar como legislador de si mesmo conduz ao que podemos denominar de *reino dos fins* – o elemento que liga vários seres racionais por meio de leis comuns, que obriga a que todos se tratem como fins em si mesmos, jamais como meios para o alcance de determinados fins, isto é, como objetos do Direito (KANT, 2008).

O ser humano pertence ao reino dos fins como membro, quando nele, assume a posição de legislador universal, devendo submeter-se às leis por ele estatuídas e em razão disso, não se subjulga à vontade do outro. O reino dos fins que Kant explicita só é possível por meio da liberdade simultaneamente nele consolidada, como membro e como soberano de si mesmo (KANT, 2008).

Para Kant (2008), o reino dos fins é a comunidade, e para, Rousseau (2006), esta comunidade se consolida tradicionalmente por meio do corpo político ao qual nos referimos anteriormente, isto é, por meio do reconhecimento da autonomia pública e da soberania popular, que permitem ao corpo político, democraticamente eleito, deliberar conforme a manifestação daqueles que o elegeram acerca de quais leis serão elaboradas pela comunidade e dirigidas a ela.

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando algo tem preço, podemos substituí-la por um equivalente; por outro lado, quando existe algo acima de todo o preço e, em razão disso, não admite equivalência, compreende uma dignidade. Aquilo que diz respeito às inclinações do ser humano e suas necessidades têm um preço comercial; aquilo que sem supor uma necessidade se conforma a certo gosto, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, desprovida de finalidade de nossas faculdades tem um preço de afeto ou de sentimento *(Affektionspreis)* – contudo, aquilo que se constitui como condição para alguma coisa que seja fim em si mesmo não tem valor relativo ou preço, mas um valor interno, isto é, dignidade em termos absolutos (KANT, 2008).

A moralidade é a única condição que faz de um ser racional fim em si mesmo, pois, só por meio dela é possível que alguém seja membro legislador no reino dos fins. Em razão disso, a moralidade e a humanidade, enquanto capazes, são as únicas coisas providas de dignidade (KANT, 2008).

O que justifica em Kant (2008) as elevadas pretensões de sentimentos morais – virtude – em sentido diverso do que Maquiavel, portanto, defende, é a possibilidade que a moralidade proporciona ao ser racional de participar na legislação universal, tornando-o, por meio disso, apto a ser um possível membro no reino dos fins – isto é, da comunidade – como ser livre a respeito de todas as leis naturais, obedecendo àquelas que ele mesmo se dá, e segundo as quais, as suas máximas podem pertencer a uma legislação universal – à qual simultaneamente o ser humano se submete. Em razão disso, é que podemos afirmar com Kant que a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.

Incontestavelmente, o ser racional como fim em si mesmo deverá considerar-se com respeito a todas as leis a que possa se submeter, ao mesmo tempo como legislador universal. É exatamente essa aptidão das máximas do ser humano para construir a legislação, a qual ele mesmo se dá, que caracteriza o elemento que o distingue como fim em si mesmo. Assim como sua dignidade – uma prerrogativa – em face dos simples seres naturais tem como decorrência o haver de tomar sempre suas máximas do ponto de vista dele próprio e, simultaneamente, do ponto de vista de todos os demais seres racionais. Nesse sentido, todos os seres racionais são, também, legisladores. É em razão disso, que se chamam pessoas, ou, como preferimos indivíduos (KANT, 2008).

A moralidade é a relação das ações com a autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal por meio de suas máximas. A autonomia da vontade é a constituição da vontade graças a qual ela é para si mesma a sua lei, independentemente da natureza dos objetos do querer. O princípio da autonomia consiste, portanto, em escolher, de modo que as máximas da escolha incluídas no próprio querer, sejam, simultaneamente, incluídas como lei universal. Que referida regra seja um imperativo, isto é, que a vontade de todo ser racional necessariamente a ela se ligue como condição é algo que não se pode demonstrar por meio da simples análise dos conceitos nela contidos, já que se trata de uma proposição sintética (KANT, 2008).

Assim, sendo, esse princípio deve ser um imperativo categórico, que, todavia, não exige nem mais nem menos do que precisamente essa autonomia, afinal o ser humano para se autodeterminar necessita transcender a si mesmo, libertar-se de todas as suas pré-compreensões, para perceber a si e, simultaneamente, ao outro como titulares de iguais liberdades fundamentais. É isso que a metafísica kantiana não consegue empiricamente demonstrar, porque atomizada no indivíduo abstratamente concebido, ideal (KANT, 2008).

Quando a vontade busca a lei que deve determiná-la em qualquer outro ponto que não seja o da aptidão de suas máximas para a legislação universal, busca a lei na natureza dos seus objetos, e o resultado é a heteronomia. Não é a vontade que dá a lei a si mesma, mas sim, o objeto, que por sua relação com a vontade dá a essa lei. Referida lei assente na inclinação ou em representantes da razão. A lei possibilita apenas imperativos hipotéticos construídos *a posteriori* – isto é, devo fazer algo, porque quero algo (KANT, 2008).

Porém, para que a moralidade não seja um vão fantasma, a partir da dedução de que o imperativo categórico e, por conseguinte, com ele, a autonomia da vontade sejam verdadeiros e absolutamente necessários, como princípio *a priori,* é necessário admitir um uso sintético da razão pura prática, coisa que não podemos nos arrogar sem que haja uma crítica precedente dessa faculdade racional.

Para Kant, a chave para a explicação da autonomia da vontade é o conceito de liberdade. A vontade é, nesse sentido, uma espécie de causalidade dos seres racionais, e a liberdade seria a propriedade dessa causalidade, pela qual pode ela ser eficiente, embora haja causas estranhas que possam determiná-la. Essa definição de liberdade é negativa e não permite que conheçamos a sua essência. Porém, dela decorre um conceito positivo dessa mesma liberdade, já que o conceito de uma causalidade traz consigo o de leis segundo as quais, por meio da causa, produz-se um efeito. Disso resulta a liberdade, mesmo que não seja considerada como propriedade da vontade de acordo com as leis da natureza KANT, 2008).

Tal fato não significa dizer que a vontade é desprovida de lei. Ela é uma causalidade segundo leis que são imutáveis sob uma perspectiva particular, já que de outro modo, a vontade livre seria um absurdo. A liberdade da vontade é, portanto, a autonomia – a propriedade da vontade de ser lei para si mesma.

Assim, a vontade livre e a vontade submetida às leis morais são a mesma coisa, isto é, expressam-se por meio de um imperativo categórico – uma liberdade positiva (KANT, 2008).

Todavia, ensina-nos Kant que não devemos atribuir liberdade à nossa vontade, independentemente do fundamento que houver sido eleito, se não tivermos razão suficiente para atribuí-la, também, a todos os seres racionais. Como a moralidade nos serve de lei somente enquanto somos seres racionais, ela deve valer, também, para mim e para o outro. Como a vontade deriva da liberdade, a liberdade deve ser demonstrada como propriedade de todos os seres racionais. Essa demonstração pertence à atividade dos seres racionais em geral dotados de uma vontade (KANT, 2008).

A vontade livre deve considerar a si mesma como autora dos princípios que a regem, independentemente de quaisquer coerções, de quaisquer elementos externos. Como razão prática ou como vontade de um ser racional, a vontade deve considerar-se a si mesma como livre – uma vontade própria do ser humano que se rege sob o império da liberdade e é, em razão disso, que precisamos atribuir à vontade um sentido prático que vá ao encontro de todos os seres racionais. É afinal, desse modo, que podemos assumir a liberdade como pressuposta da vontade humana (KANT, 2008).

Uma vontade que, por isso, é soberana e que permite ao ser racional reconhecer-se como fim em si e desse modo transcender a si mesmo, no sentido de compreender o outro como igual. E nesse sentido de dar a si mesmo uma legislação à qual ele obedeça (KANT, 2008).

Assim sendo, o ser racional deve considerar a si mesmo como inteligência – ou seja – não pela parte de suas forças inferiores; não como pertencente ao mundo sensível, mas sim, ao mundo inteligível. O homem deve, enfim, ter duas perspectivas a partir das quais pode considerar a si próprio e reconhecer as leis do uso de suas forças. Por conseguinte, reconhece, assim, todas as suas ações (KANT, 2008).

A primeira perspectiva diz respeito ao indivíduo enquanto pertencente ao mundo sensível das leis da natureza – o que podemos definir com Kant, como heteronomia; e a segunda perspectiva define o indivíduo como pertencente ao mundo inteligível, sob o domínio das leis que independem da natureza, considerando que a razão tem sempre de se atribuir independência, isto é, a

liberdade. O conceito de autonomia liga-se, inseparavelmente, à ideia de liberdade, e esta àquele. Aqui tem lugar o princípio universal da moralidade, que fundamenta todas as ações dos seres racionais, assim como a lei natural está na base de todos os fenômenos (KANT, 2008).

Os imperativos categóricos são possíveis, à medida que a ideia de liberdade faz de mim um membro do mundo inteligível. Se eu não pertencesse mais do que a esse mundo inteligível, minhas ações seriam conforme a autonomia da vontade. Como simultaneamente pertenço ao mundo sensível, minhas ações devem ser conforme a esta mesma autonomia (KANT, 2008).

Referido dever categórico representa uma proposição sintética *a priori,* pois, sob minha vontade afetada pelos apetites sensíveis, isto é, pelos impulsos, sobrevém, além do mais, a ideia dessa mesma vontade, porém, como pertencente ao mundo inteligível; pura, prática por si, que conte a condição da primeira de acordo com a razão, assim, como às intuições do mundo sensível acrescentam-se os conceitos do entendimento, que significam a forma da lei em geral e possibilitam proposições sintéticas *a priori*, sob as quais se assenta o conhecimento de uma natureza. Significa que, para Kant, o conhecimento é algo que não é construído, pela razão, mas que é dado por ela como verdade absoluta (KANT, 2008).

Disso resulta a dialética da razão, considerando que em relação à vontade, a liberdade que a esta se atribui parece se contradizer com a necessidade natural. Assim, a razão sob a perspectiva especulativa encontra o caminho da necessidade natural muito mais plano e praticável que o da liberdade. Todavia, sob a perspectiva prática, o caminho da liberdade é o único. Afinal, podemos fazer uso da razão em nossas ações e omissões, pelo que não será possível a mais sutil filosofia, bem como à razão humana mais vulgar, eliminar a liberdade no sentido de permitir que recorramos aos argumentos sofísticos. Deve-se supor que entre a liberdade e a necessidade natural das ações humanas não há contradição, pois os conceitos de liberdade e de natureza não podem ser suprimidos (KANT, 2008).

Assim sendo, um imperativo categórico, isto é, um dever, é possível à medida que se poderia indicar o único pressuposto suficiente para o uso prático da razão – a convicção da validade desse imperativo, e, portanto, da lei moral. Pressupondo a liberdade da vontade de uma inteligência, a consequência

necessária dessa vontade é a sua autonomia como condição formal, sob a qual tão somente pode ser determinada.

Como esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, a concepção de dignidade:

> [...] parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto.
> Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana (SALERT, 2002, p. 32-33).

É no pensamento de Kant que a doutrina jurídica de maior expressão – tanto nacional, como alienígena, parece identificar as bases de uma fundamentação, e de certa forma, também, um conceito acerca da dignidade da pessoa humana. Assim, tanto o pensamento kantiano quanto as concepções que sustentam ser a dignidade um atributo inato da pessoa humana, isto é, do indivíduo, sujeitam-se, em princípio, à crítica de um antropocentrismo excessivo, principalmente, ao sustentarem que a pessoa humana em função da sua racionalidade, ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos; o que induz à premissa equivocada de que a dignidade humana não pode ser relativizada (SARLET, 2002).

De outra parte, a concepção de Kant, se interpretada de forma restritiva, remete à questão de se saber quando se inicia e quando termina a dignidade da pessoa, ou indivíduo – uma questão que, como esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, não temos condições nem a intenção de desenvolver. O que é incensurável é a permanência da concepção desenvolvida por Kant de que a dignidade da pessoa humana considerada como fim em si mesmo repudia qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano (SARLET, 2002).

Kant representou, enfim, a unificação entre o Idealismo, o Materialismo e o Positivismo. O Idealismo assimilou o caráter criativo da razão humana; enquanto o Materialismo e o Positivismo assimilaram a crítica da metafísica dos costumes. E é o que extraímos das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), ao investigarmos o conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

2.O Conteúdo Essencial do Princípio da Igualdade Como Elemento Intrínseco da Dignidade Humana

De acordo com Pietro de Jesus Lora Alarcón (2020), a discussão acerca da forma de ser estatal está relacionada com o significado do princípio da igualdade. Há, nesse sentido, uma vinculação que nos permite entendê-lo como um dos pilares da ordem jurídica democrática a partir do seu caráter suprapositivo, isto é, antecedente à criação do Estado.

O princípio da igualdade não protege somente uma qualidade humana ou uma atividade peculiar. É um princípio muito denso. No estudo jurídico nos deparamos com programas normativos, políticas públicas e decisões judiciais que sugerem criteriosos exercícios comparativos entre os seres humanos, as situações fáticas e os valores. A partir do confronto entre referidas variáveis, e após a realização de uma avaliação sensata acerca delas, não estamos seguros de que o melhor a fazer é tratar todos igualmente sob a perspectiva jurídica a partir do reconhecimento da sua identidade, levando-se em consideração a situação em que se encontram num determinado momento e espaço ou tratar a alguns de modo diverso e a outros, ou a todos, de modo diferente.

A princípio, existe a relação estreita entre o princípio da igualdade e a democracia. O regime político que deita suas raízes no poder popular supõe uma ordem jurídica construída de forma participativa por meio da decisão de uma expressiva camada de setores sociais e, também, do equilíbrio entre vários órgãos exercentes das funções de poder. Isso requer, por conseguinte, uma atividade permanentemente criativa e reprodutiva da igualdade, que é filtrada por cada pessoa, portanto, individualmente; pelos grupos que funcionam de modo organizado e por todo o sistema social – o que exige um raciocínio e uma prática de respeito pelas diferenças e pelas identidades diante de cada situação fática ou circunstância.

Essa preocupação com a proporção e a paridade constava já nos escritos da Grécia Antiga e é de matriz aristotélica. Tal perspectiva pressupõe a análise da justiça particular a partir dos atos humanos, no âmbito dos quais é necessário analisar-se a equidade, pois em toda ação em que se apresentam o mais e o

menos, há, também, o igual. Sob a perspectiva aristotélica, a igualdade é observada na relação estabelecida entre pessoas e bens.

Assim sendo, se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais. Tal fato deriva de disputas e queixas, que se evidenciam, quando iguais têm parcelas desiguais ou quando desiguais recebem parcelas iguais. A partir desse fundamento, frequentemente escutamos no pensamento aristotéico, que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades. Portanto, o princípio da igualdade abarca duas perspectivas dialéticas, a saber, a igualdade na lei, formal, portanto, negativa; e a igualdade perante a lei, em seu sentido positivo e material (ALARCÓN, 2020).

A perspectiva formal do princípio da igualdade orienta-se para o legislador, a quem é vedado promover discriminações odiosas ou negativas, mas que, por outro lado, habilita-se para fomentar discriminações positivas e, assim, contribuir para a eliminação das exclusões. Nesse caso, a finalidade do discrímen positivo é a igualdade real das pessoas segregadas e marginalizadas. Para o legislador, essa não é uma questão fácil. Ela demanda do legislador um esforço lógico e sistemático (ALARCÓN, 2020).

Em primeiro lugar, o legislador deve examinar os motivos históricos, econômicos políticos ou culturais que impuseram o tratamento desigual. A partir desse ponto, o legislador deve verificar as possibilidades de intervenção por meio de ações jurídicas e políticas que transformem a realidade. Finalmente, o legislador deve realizar um exercício de ingerência legítima e fundamentada no âmbito da axiologia e da teleologia concatenadas para estabelecer o novo padrão de relacionamento (ALARCÓN, 2020).

Disso pode resultar uma valiosa ação afirmativa que tenha a finalidade de eliminar os efeitos psicológicos, culturais e comportamentais persistentes das desigualdades hostis que tendem a perpetuar-se. Nesse aspecto, são vários os mecanismos, desde cotas, metas ou oferta de subsídios e demais vantagens para aqueles que assumem a inclusão na esfera privada, até prescrições que ordenam a inclusão em determinadas esferas de trabalho (ALARCÓN, 2020).

Mediante tal aspecto, há uma discussão que se estabelece quanto à caracterização das minorias ou dos grupos vulneráveis beneficiados. As minorias são coletividades de pequenas dimensões e que são definidas por

traços culturais inegociáveis, a saber, a língua, a religião, a tradição, que se encontram em grave situação de dependência a respeito de uma estrutura de poder estatal ou supraestatal (ALARCÓN, 2020). .

Os grupos vulneráveis em outro sentido são aqueles que, embora façam parte do conglomerado social, sob a perspectiva histórica, foram tratados como incapazes de empreender certas tarefas ou, simplesmente, sofreram discriminação em razão de não responderem a um padrão de comportamento considerado 'normal' pela maioria. É o caso, por exemplo, dos deficientes ou dos discriminados de forma negativa pela sua orientação sexual, que estão a reivindicar direitos que merecem reconhecimento para que a própria democracia se fortaleça (ALARCÓN, 2020). .

Por outro lado, a igualdade perante a lei está dirigida ao intérprete do texto normativo, que não pode, nem deve, chegar a resultados absurdos que ensejem discriminações, as quais violem a Constituição ou o conteúdo valorativo do princípio de que estamos tratando. O juiz deve intrepretar a lei para aplicar o Direito. Nesse sentido, Pietro Alarcón resgata o pensamento de Radbruch, no sentido de que a ideia central da igualdade não é a igualdade entre as pessoas ou como preferimos indivíduos, mas a nivelação das desigualdades que efetivamente exitem (ALARCÓN, 2020).

O princípio da igualdade no âmbito Constitucional está positivado no Art. 5º. E como é notório, uma das características dos princípios é a de que eles se espalham, isto é, se estendem aos temas abarcados pelo sistema jurídico e, de modo particular, no âmbito da Constituição Federal. Assim sendo, podemos constatar uma decorrência do princípio da igualdade em seu inciso I, que prescreve serem homens e mulheres iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição. No Artigo 150, II da Constituição, o princípio da igualdade aloca-se no capítulo dedicado à Ordem Tributária. No Artigo 12§3º, aborda-se a igualdade aplicada ao exercício dos direitos de nacionalidade. No Artigo 19§3º trata dos entes federativos, no Artigo 4º trata-se da igualdade entre as unidades da federação e da sociedade internacional. O destaque, entretanto, se deve à prescrição do Artigo 37, VIII, que positiva autêntica ação afirmativa ao assegurar reserva de vagas em concursos públicos aos deficientes(ALARCÓN, 2020).

Diretamente proporcional à amplitude do princípio da igualdade deve ser a precisão do Judiciário ao solucionar o caso concreto a fim de encontrar o modo

de permitir, obrigar ou condenar e pôr freio, amparado nos valores e na razoabilidade, que justifiquem o tratamento diferenciado. Isso é o que torna possível caso a caso, proceder às discriminações positivas para atender as finalidades positivadas na Constituição de 1988 (ALARCÓN, 2020). .

Conectada à necessidade de concreção do princípio da igualdade explicitada por Pietro de Jesús Lora Alarcón, isto é, da dimensão material desse princípio, estão também os fundamentos dogmáticos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Nesse sentido, consideramos necessária uma breve apresentação do administrativista levada a efeito por Georghio Alessandro Tomelin (2019) acerca da obra *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade* em um texto escrito para homenagear Bandeira de Mello (2008).

De acordo com Geroghio Alessandro Tomelin (2019), o texto constitucional frio e estático não apresenta força para conter autoritarismos. É, portanto, necessária concretude da aplicação axiológica do princípio da igualdade, no contexto de um Direito que deve ser adequado à sua realidade histórica. Eis aqui a dinâmica do Direito Administrativo, cuja finalidade consiste em limitar a força sansionatória estatal diante da liberdade do indivíduo, a fim de que essa não se converta no abuso de direito. Assim sendo, o Direito Público Substantivo não seria solidamente construído sem a contribuição da doutrina. Afinal, é ela quem orienta os caminhos hermenêuticos, aém de injetar os conteúdos nas palavras do texto da lei e nas normas administrativas. E o faz com o respeito ao coeficiente de dilatação característico dos princípios jurídicos.

Bandeira de Mello estrutura os atos administrativos sob a perspectiva funcional da Administração, que é o fator condicionante da formação volitiva e, simultaneamente, cria meios para que ocorra a filtragem em momento posterior no âmbito da aplicação dos atos da Administração. Há, portanto, uma régua cuja finalidade é mensurar a aplicação dos atos administrativos. Nesse aspecto, a igualdade material surge concretamente, é com ela que Bandeira de Mello se preocupa, pois não existe interpretação legal desconectada dos fatos (TOMELIN, 2019).

Bandeira de Mello não permaneceu neutro no âmbito doutrinário. Sua obra enfoca, sob a perspectiva abstrata, todos os institutos jurídicos, mas o jurista em comento é um intelectual orgânico, sobretudo, nos momentos de período histórico nos quais vivemos. O posicionamento doutrinário de Bandeira

de Mello dedica-se à concreção do atendimento do maior número de administrados possível, e é por meio do fator de discrímen que o legislador pode delimitar a atuação da vontade da Administração (TOMELIN, 2019).

Diz-nos Tomelin (2019) que a razão é escrava da vontade, entretanto o procedimento de sua expedição que condiciona a vontade administrativa em nome da maioria pode e deve ser filtrado a partir dos princípios e da orientação doutrinária dos juristas. Afinal, o jurista é um filtro isento acerca do conhecimento jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008) nos permite delimitar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. De acordo com as lições do administrativista em questão, é indispensável que o legislador leve em consideração o tratamento paritário dos cidadãos quando da produção legislativa, isto é, quando elabora as leis, pois o princípio da igualdade tem, também, como destinatário da norma produzida, o legislador, sob pena de se incorrer na heteronomia e, por conseguinte, violar-se o princípio da igualdade.

A lei não deve ser considerada fonte de privilégios ou perseguições. Ela deve regular a vida social, que necessita tratar todos os cidadãos de modo equitativo, porém, a compreensão das iguais liberdades fundamentais como a que temos atualmente é decorrente de um longo processo histórico de evolução social (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

A discriminação qualifica as situações jurídicas considerando, por isso, as diferenças que caracterizam o reconhecimento do outro viés da isonomia, com os respectivos efeitos jurídicos desuniformes entre si.

Ou seja, para se tratar igualmente um cidadão desigual na medida das suas desigualdades, é preciso reconhecê-lo, em primeiro lugar, como igual titular de direitos e obrigações, a partir das diferenças, que fazem a diferença, e que levaram o legislador a discriminar expressamente em quais situações o comando normativo será aplicado ao caso concreto. Há nesse caso, a imperiosa necessidade de que a dogmática, a hermenêutica e a argumentação jurídica estejam combinadas entre si, para solucionar adequadamente o caso concreto, para que não haja extrapolações legais, que não possam ser racionalmente justificadas (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

A discriminação legal visa à proteção do sujeito – referencial de imputação da norma. Vulnerabilidade não necessariamente assume o sentido de

incapacidade. Os deficientes figuram como referenciais de imputação de direitos e deveres, tendo em vista a tripla dimensão assumida pela dignidade da pessoa humana, a saber, como um direito do indivíduo, como dever do Estado e, também, da comunidade (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

É preciso considerar as razões que levaram o legislador a tratar o deficiente discriminadamente – num efeito positivo de proteção, sob pena de se provocar exclusões arbitrárias desses referenciais de imputação no âmbito do discurso jurídico, ignorando, assim, a finalidade da lei.

Toda discriminação – ou como preferimos, reconhecimento do direito à diferença – levada a efeito pelo legislador deve ser casuística e justificada. Isto é, a partir de um texto, a saber, a lei, que indistintamente a todos nós se dirige. A lei é uma expressão racional qualitativa da vontade geral e está longe de assumir um sentido que vá sempre, e em todo caso, ao encontro da vontade da maioria, considerando que o princípio da igualdade positivado nas ordens jurídicas modernas, e na brasileira inclusive, pretende firmar a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Isso significa que o princípio da igualdade não é absoluto (BANDEIRA DE MELLO, 2008).

Existe na lei uma correlação lógica abstrata que abarca o texto e a situação jurídica concreta – ou interesse resguardado constitucionalmente. Isso implica, nessa ordem, uma diferenciação consequente em que o provimento judicial é a resultante da dialética entre o ideal – lei em abstrato – e o real – caso concreto. As discriminações, sejam elas positivas ou não, não são absolutas. Elas ocorrem em razão de uma situação jurídica específica em que o sujeito de direito está inserido. Ele é, e deve ser, o centro do ordenamento jurídico. O paradoxo que se estabelece entre a isonomia e o fator de discriminação somente se resolve a partir da análise circunstanciada do caso concreto. A igualdade propicia, simultaneamente, a garantia individual da liberdade e tolhe os privilégios (BANDEIRA DE MELLO, 2008).

Há no texto da lei uma relação dialética entre continente e conteúdo, em que este é examinado *a posteriori,* isto é, concretamente, pois o conteúdo jurídico da igualdade vai de encontro à individualização absoluta do sujeito (BANDEIRA DE MELLO, 2017). Significa dizer que o que autoriza a discriminação é o cotejo entre a situação jurídica concreta e o tratamento desequiparador da lei, ou seja, a existência ou inexistência de correlação lógica

entre o fator de discriminação e a efetiva discriminação legal decidida em função dele (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

O que, enfim, a lei não pode – e não deve conceder – é um tratamento específico benéfico ou prejudicial visando a atender aos traços e circunstâncias particulares de uma categoria de indivíduos, o que pode ocorrer, "*se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada"* (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 39).

As iguais liberdades fundamentais da pessoa humana traduzidas, enfim, na sua dignidade, como direito e como dever, decorrente da percepção de alteridade, compreendem uma cláusula geral de tutela – um valor e um princípio, cujo conteúdo deve ser casuisticamente delimitado, a fim de que não haja extrapolações ao sentido do texto da lei e à banalização da dignidade humana.

O princípio da dignidade humana não deve ser aplicado como um "coringa argumentativo", sob pena de comprometer a legitimidade de toda a legislação. A dignidade humana deve ser assumida como a esfera de liberdade e não liberdade do referencial de imputação. A dignidade da pessoa humana é, enfim, um corolário dos princípios da igualdade e da liberdade, positivados pelo legislador constituinte brasileiro.

É, portanto, preciso cautela na interpretação das leis, sobretudo, no âmbito de aplicação do princípio da igualdade. Afinal, existem distinções e discriminações que não foram assumidas explicitamente e de modo claro pelo legislador as quais induzem à conclusão equivocada de que o paradoxo entre a autonomia individual e a necessidade de segurança jurídica não tem solução de continuidade (BANDEIRA DE MELLO, 2017). O princípio da igualdade em sua perspectiva dialética formal e material é, portanto, um corolário do princípio da dignidade, um elemento intrínseco da pessoa humana.

Considerações finais

A discriminação legal visa à proteção do sujeito – referencial de imputação da norma. Vulnerabilidade não necessariamente assume o sentido de incapacidade. Os deficientes figuram como referenciais de imputação de direitos e deveres, tendo em vista a tripla dimensão assumida pela dignidade da pessoa humana, a saber, como um direito do indivíduo, como dever do Estado e, também, da comunidade.

É preciso considerar as razões que levaram o legislador a tratar o deficiente discriminadamente – num efeito positivo de proteção, sob pena de se provocar exclusões arbitrárias desses referenciais de imputação no âmbito do discurso jurídico, ignorando, assim, a finalidade da lei.

Todo discrímen está, portanto, legitimado no âmbito do discurso de autoproteção individual a assegurar que a dignidade da pessoa humana, vetor axiológico positivado na Constituição de 1988, no sentido de protege-la contra os prejuízos que ela mesma possa provocar a si, e à comunidade. Em rota de colisão com a igualdade, a liberdade de outrem, e a solidariedade, a dignidade embora seja o vetor axiológico da Constituição brasileira de 1988, não é um princípio absoluto, cujo conteúdo, depende de problematização a cada caso concreto em que ele é invocado no sentido de concretizar as iguais liberdades dos concidadãos na maior medida possível.

O princípio da dignidade humana não deve ser aplicado como um "coringa argumentativo", sob pena de comprometer a legitimidade de toda a legislação. A dignidade humana deve ser assumida como a esfera de liberdade e não liberdade do referencial de imputação. A dignidade da pessoa humana é, enfim, um corolário dos princípios da igualdade e da liberdade, positivados pelo legislador constituinte brasileiro.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, estado e direito público*: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. 4. ed. São Paulo: Tiran Loblanch, 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade* 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *O contrato social.* Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Bandeira de Mello. Vontade ligada pelo espírito público. *In: Direito administrativo sancionador:* Estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord). São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 37-43.