

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI**

**RUI DECIO MARTINS**

**THIAGO LOPES DECAT**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/  
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori, Rui Decio Martins, Thiago Lopes Decat –  
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-138-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :  
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

### **Apresentação**

A publicação que ora apresentamos é o resultado dos trabalhos concentrados no grupo de Teoria dos Direitos Fundamentais, da 24ª edição do CONPEDI. A transversalidade das questões relativas a direitos fundamentais, aliada à relevância prática destas questões e ao tratamento teórico/racional que o tema tem angariado na academia jurídica pátria, explica a diversidade de temas e enfoques presentes nos textos deste volume. Aliando reflexões sobre a fundamentação dos Direitos Fundamentais, sua efetivação e aplicação em contextos diversos, esta obra exerce a importante função de divulgação acadêmica de como o campo jurídico, nos termos de Bourdieu, elabora sua compreensão desta importante classe de direitos subjetivos, na sua função ao mesmo tempo condicionadora do exercício dos demais direitos e contramajoritária. Em constante tensão produtiva com a soberania popular, e equiprimordial em relação a ela, o conjunto dos direitos fundamentais articula a proteção da autonomia privada com a autonomia pública constitutiva da soberania popular, de modo a fornecer o conteúdo mínimo daquilo que se chama hoje de estado democrático de direito. Neste sentido, os direitos fundamentais e o conceito conexo de dignidade, ainda hoje próximo de suas raízes kantianas, pode ser compreendido como topos inevitável da teoria do direito, mesmo que a densificação de seu conteúdo para além dos critérios formalistas/procedimentais kantianos e liberais remeta necessariamente, em sociedades pluralistas e postradicionais, a uma teoria da argumentação. Esta é a razão pela qual não se poderia deixar de incluir no título do grupo de trabalhos que deu origem a esta publicação a questão epistemológica de que tipo de teoria seria apropriada para a concreção do sentido destes direitos em contextos concretos de ação. Os trabalhos que integram a obra tratam de todas estas questões, abordando assuntos que vão desde o tipo de teorias apropriadas para lidar com o tema, passando pela Dignidade da Pessoa Humana, Estado democrático de Direito, a prioridade da proteção das crianças e adolescentes, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o princípio da laicidade, a concretização tardia do valor iluminista da solidariedade, os direitos da personalidade, a história e a terminologia dos direitos humanos, os direitos humanos na declarações de direitos, a relação entre direitos humanos e o trânsito à modernidade, constitucionalização simbólica e direito de reunião, a contraposição entre a relatividade dos direitos humanos e a ideia de um núcleo conceitual invariável de tais direitos, direito à informação e liberdade de expressão, proibição administrativa, a teoria dos princípios jurídicos, rumos possíveis do processo histórico de compreensão dos direitos humanos, a ideia de ponderação de princípios, a tensão entre direitos humanos e elementos identitários nas práticas sociais de

povos tradicionais até a teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Acreditamos que tal diversidade, em vez de revelar ausência de sistematicidade nas reflexões sobre os direitos fundamentais, expõe um dos pilares de toda investigação científica digna deste nome: a liberdade no pensar e a apropriação dos conceitos para reflexões próprias, característica de pesquisadores e de um campo do saber verdadeiramente emancipados.

**PRINCÍPIOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.  
PRINCIPLES, FUNDAMENTAL RIGHTS AND DIGNITY OF THE HUMAN  
PERSON.**

**Rodolfo Anderson Bueno de Aquino**

**Resumo**

O presente artigo, problematizando a questão dos princípios constitucionais fundamentais e sua relação com as normas, como espaço para a efetivação dos direitos fundamentais, objetiva analisar a abrangência dos princípios e direitos fundamentais e sua vinculação com a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundante do Estado Democrático de Direito, por meio da pesquisa bibliográfica, realizando uma análise qualitativa do assunto proposto. A dignidade da pessoa humana como atributo inerente a sua existência é assegurada pela Constituição e consagrada como princípio (artigo 1º, III), contribuindo para a harmonização de interesses e direitos pessoais que promovam o desenvolvimento sustentável e integral de toda a sociedade, uma vez que o Estado existe em função da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Princípios fundamentais, Dignidade da pessoa humana

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article, discussing the question of fundamental constitutional principles and its relationship with the standards, as a space for the realization of fundamental rights, objectively analyze the scope of fundamental principles and rights and their connection with the dignity of the human person, as founding principle of Democratic State of Law, through literature, performing a qualitative analysis of the proposed subject. The dignity of the human person as an inherent attribute their existence is guaranteed by the Constitution and enshrined as a principle (Article 1, III), contributing to the harmonization of interests and personal rights that promote sustainable and integrated development of the whole society , as the state is a function of the human person.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Fundamental principles, Dignity of the human person

## **INTRODUÇÃO**

A dignidade humana inerente à existência da pessoa humana é anteparo necessário para todo e qualquer relacionamento social. Nesse sentido a garantia do exercício dos direitos fundamentais é necessária para a realização da vida e consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Direito esse não estabelecido por um ordenamento jurídico nos ideários do positivismo, mas um direito natural à vida digna, alçado à categoria de lei para que o ambiente social possa fluir de maneira organizada, ao revés de interesses subjetivos e particulares de terceiros.

Nessa toada o presente artigo descreve sobre os contornos, significados e desdobramentos dos princípios, bem como sua vinculação com as regras enquanto conjunto de normas que se relacionam com os direitos fundamentais que dão segurança jurídica ao existir digno da pessoa humana.

Os direitos fundamentais enquanto direitos do homem dão fundamento e resguardo à ação do ser humano que possui liberdade intrínseca ao seu existir porque existe feito homem.

Neste contexto a dignidade da pessoa humana enquanto princípio foi elevada à condição de norma de direito fundamental que deve ser seguida e praticada por todos os entes da sociedade, de modo que todo ser humano, de maneira igualitária, possa ter sua vida respeitada e amparada incondicionalmente.

### **1 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E SEUS CONTORNOS**

A existência do ser humano, ainda que fincada em uma construção sólida nos âmbitos sociais, culturais, afetivos e jurídicos, e bem estruturada de maneira a oferecer respaldos para a ação humana, por vezes se vê à mercê de situações onde deverão ser ponderados os posicionamentos diferentes em prol da resolução de um problema de veras novo e que carece de resposta.

De fato, as ações sempre se pautam a partir de uma linha mestra, conforme as influências como já falado, sociais, culturais e jurídicos. Resta-se cediço apontar que é dos princípios essa tarefa árdua de oferecer aos juristas comprometidos com a verdade, elementos para a decisão.

Compreender o que se entende por traz de tão simples palavra, com um significado rico e quase que inesgotável, é o que deve ser feito.

José Afonso da Silva (2013, p. 93) entende que a palavra princípio é “equivoca”, assumindo a ideia de começo, de início, bem como dotada de outras interpretações. Tal equivoco, portanto, cai por terra, quando cunhada a expressão “princípios fundamentais” do Título I da nossa moderna Carta de Valores.

No sentido constitucional, Celso Antonio Bandeira de Mello, traz o significado da palavra princípio:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 54).

Dessa monta violar um princípio seria mais grave que violar uma norma, sendo que “a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 54).

Silva (2013) defende que os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”.

No contexto constitucional os princípios são divididos em duas espécies, qual sejam os “princípios político-constitucionais” e os “princípios jurídico-constitucionais” (SILVA, 2013).

O ilustre jurista José Afonso da Silva, amparado em Crisafulli, entende que os princípios político-constitucionais são normas-princípio:

Isto é, normas fundamentais de que derivam logicamente as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social. Manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio, que traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição. (CANOTILHO apud SILVA, 2013, p. 95).

Ainda na esteira do referido autor José Afonso da Silva, quanto aos princípios jurídico-constitucionais:

São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, (...) o da proteção da família. (CANOTILHO, p. 179 apud SILVA, 2013, p. 95).

Para o melhor entendimento das normas de direitos fundamentais, necessário se faz a distinção entre regras e princípios que no entendimento de Alexy (2012, p. 85) é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

Tanto regras quanto princípios são normas, porquanto dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY, 2012, p. 87)

Entre os critérios para a distinção Alexy (2012, p. 88) aponta que o critério mais frequente é o critério da generalidade segundo o qual:

Os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. (...) Outros critérios discutidos são ‘a determinabilidade dos casos de aplicação’, a forma de seu surgimento (...) o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.

Dentro dessas possibilidades sustenta-se que entre regras e princípios, enquanto normas que são, existe apenas uma diferença qualitativa, não existindo um grau entre ambas.

Nesse sentido os princípios são entendidos como 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” (ALEXY, 2012). São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Por outro lado, “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. (...) Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. (ALEXY, 2012, p. 87-91).

As diferenças entre as normas que dividem-se em regras e princípios se acentuam quando ocorrem as colisões entre princípios e os conflitos entre regras. Alexy (2012) aponta que se as normas ou os princípios fossem aplicados de maneira isolada teríamos fins jurídicos totalmente discrepantes o que prejudicaria a segurança jurídica, o que se trata também de um princípio.

Quando do acontecimento de conflito entre regras a solução virá de uma “cláusula de exceção que elimine o conflito” ou no caso de “uma das regras for declarada inválida”. (...) “A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, quando uma

cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras, nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma”. (...) “O fundamental é a decisão sobre a validade” (ALEXY, 2012, p. 93).

Em caso de conflito entre regras deve-se declarar a validade de uma regra e nulidade da outra após a sopesamento quanto à validade.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. “Se dois princípios colidem (...) um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção” (ALEXY, 2012, p. 93).

Quando da constatação de colisão entre os princípios, o problema se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, em função da ponderação entre os princípios colidentes.

Enquanto as regras conflitam no liame da validade, o que sustenta apenas uma regra válida para o caso concreto, no caso da colisão de princípios, os mesmos, são sempre válidos, “visto que só princípios válidos podem colidir, (...) na dimensão do peso” (ALEXY, 2012, p. 93-94).

Afirma Bandeira de Mello (2014, p. 54) que com Dworkin, a partir de 1970, “a definição de princípios recebeu decisiva contribuição”.

No entendimento de Dworkin as regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada”, sendo que no caso de conflito entre as regras a não apropriada para a resolução do conflito deve ser declarada inválida. O que não acontece com os princípios, uma vez que existindo conflito entre princípios um se sobrepõe ao outro sem tirar do princípio que se subpõe a sua validade.

Assim se expressa Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2010, p. 39).

Em relação a isso, no que diz respeito ao princípio, se um princípio não prevalecer não significa que não se trata de um princípio do nosso ordenamento jurídico. Trata-se de um princípio que para aquele caso concreto não ofereceu respostas tão adequadas quanto outro.

“Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância. (...) Quando os princípios se inter cruzam (...),aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2010, p. 42).

Em continuidade, mas a contrário senso, neste ponto, a distinção, ao invés de deitar em critérios comparativos como proposto por Alexy, para Dworkin não pode ser entendido numa dimensão de grau, mas em uma diferenciação quanto à sua estrutura lógica, com base em critérios classificatórios. (ÁVILA, 2014)

Para Alexy, “os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas” (ÁVILA, 2014, p. 57).

No entendimento de Ávila (2014, p. 58) “a distinção entre princípios e regras – segundo Alexy não pode ser baseada no tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão”

Sendo que a distinção viria em dois momentos: o primeiro seria a colisão já que os princípios se limitariam reciprocamente e as regras se excluiriam ou seriam excepcionadas; o segundo momento, decorrente do primeiro, seria a densidade normativa, visto que as regras estabeleceriam mandamentos absolutos e os princípios, mandamentos que iriam dialogar no mundo concreto.

Humberto Ávila (2014) propõe a sua definição sobre as espécies normativas, levando em conta três fatores essenciais.

O primeiro fator essencial de definição é o modo como a norma prescreve o comportamento. Os princípios teriam como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas, enquanto as regras teriam a adoção da conduta descrita. Em outras palavras, o princípio estabelece um fim a ser atingido, facultando ao hermeneuta a elaboração de uma regra que alcance tal finalidade. Já as regras, de forma mais simples, exigiriam que determinada conduta fosse adotada porque o legislador não quer só a realização de um fim, mas, sim, a realização de um fim de acordo com o modo por ele escolhido (ÁVILA, 2014).

O segundo fator essencial consiste na natureza da justificação exigida. Para a aplicação dos princípios o intérprete deve demonstrar o fim almejado pelo princípio e, principalmente, que o meio por ele escolhido (regra estabelecida) é adequado para tanto. A aplicação das regras, por sua vez, depende da demonstração de correspondência entre o conceito da norma e o conceito dos fatos, pois a decisão já foi tomada pelo legislador (ÁVILA, 2014).

O terceiro fator essencial refere-se ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios seriam primariamente complementares e preliminarmente parciais, porque abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões para a

tomada de decisão. As regras, ao contrário, seriam preliminarmente decisivas e abarcantes, pois pretendem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão e têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito de razões (ÁVILA, 2014, p. 71-74).

Ao lado de grandes doutrinadores citados acima, Ávila (2014) conseguiu definir com maior precisão o conceito de princípios e regras, o que se aponta a seguir:

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente respectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (ÁVILA, 2014, p. 76).

No que tange o conceito de princípios, Ávila (2014) assim se expressa:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. (ÁVILA, 2014, p. 78).

Em contrapartida à ponderação, Ávila entende que isso não é característica essencial dos princípios. Há de se levar em conta para a afastabilidade da ponderação que há princípios que são fundamentais ou estruturantes, que deverão ser sempre observados e não poderão ser afastados por razões contrárias. Princípios como o princípio federativo, o do devido processo legal, o da igualdade, o da segurança jurídica não podem ter observância gradual, em razão de uma dimensão de peso, mas por conta de sua própria natureza (ÁVILA, 2014, p. 85-141).

Em decorrência dos princípios constitucionais fundamentais, os direitos fundamentais consistem nas prerrogativas para a subsunção dos princípios e para a efetivação das prerrogativas existentes no mundo jurídico.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em um contexto político, social, econômico e cultural-religioso, surge o texto Constitucional. Não apenas as constituições, assim como todos os outros textos legais são frutos deste ambiente multifacetado e pluralista.

Neste contexto o Estado Democrático e Constitucional de Direito:

Caracteriza-se pela supremacia da Constituição, que informa e conforma todo o ordenamento jurídico, tanto no âmbito público, como no privado. A supremacia da Constituição, por sua vez, assenta dois fundamentais pilares de sustentação: a rigidez constitucional e a correlata Justiça Constitucional. A primeira consiste na imposição de restrições e de procedimento mais

difícil do que aquele empregado no processo legislativo ordinário para a reforma da Constituição (...). A segunda, caracteriza-se como jurisdição incumbida de elevada finalidade de defesa e aplicação da Constituição e, para além disso da implementação dos princípios e do programa Constitucionais. (SARLET; VIANNA, 2013, p. 97-98)

E dentro do texto Constitucional, algumas disposições são consideradas como de Direitos Fundamentais, como pilares de sustentação de todo o ordenamento social.

Tratando-se de Direitos Fundamentais, tem-se ciência de que o artigo 5º da Constituição Federal não é exaustivo e que outros direitos fundamentais estão previstos expressamente na Carta Magna, podendo ser encontrados no Preâmbulo da Constituição, no que diz respeito aos “direitos sociais e individuais”, no artigo 4º, II, no artigo 7º do ADCT, no que diz respeito aos “direitos humanos”, no artigo 12 § 4º, II, b, no que diz respeito aos “direitos civis”, no artigo 17, caput, no que diz respeito aos “direitos fundamentais da pessoa humana”, no artigo 34, VII, b, no que diz respeito aos “direitos da pessoa humana”, no artigo 60, § 4º, IV, no que diz respeito aos “direitos e garantidas individuais”, no artigo 136, § 1º, I e artigo 208, § 1º, no que diz respeito ao “direito público subjetivo” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 47)

No tocante à associação dos direitos fundamentais aos direitos humanos interessante destacar que de acordo com Pérez-Luño (2005, p. 27) é possível distinguir três tipos de definições de direitos humanos:

a) Tautológicas, que no aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos (...); b) Formales, que no especifican el contenido de estos derechos, limitando-se a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Del tipo de: los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado; c) Teleológicas, en las que se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones: Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización.

No entendimento de Gorczewski e Dias (2013, p. 284) os direitos humanos são entendidos como normas jurídicas superiores, uma vez que são direitos inerentes ao ser humano, fazendo parte da própria existência humana que possui uma dignidade inerente ao seu existir; e “são fundamentais, porque sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e de participar plenamente da vida”.

Enquanto direitos do homem, os direitos fundamentais existem desde sempre, quando da criação do homem enquanto ser pensante e atuante no universo social onde está inserido. No entanto o garantir da proteção a esses direitos fundamentais inerentes ao ser

humano, foi sendo construído gradativamente dentro de um processo de evolução e emancipação humano-sociais em face de interesses particulares e individualistas.

Quanto ao ambiente histórico-social para a formação e construção do conceito de Direitos Fundamentais cabe destacar o estudo de Jimenez Serrano (2005, p. 103) onde esclarece que as primeiras declarações de direito parecem ter tido como fonte as ideias do homem abstrato do jusnaturalismo antigo. No entanto foi a partir de século XIII que formalmente se formulou as bases para uma doutrina acerca dos direitos naturais e consequentemente fundamentais.

Somente a partir do século XVIII, com a intersecção de três figuras basilares de todo o ordenamento jurídico, qual seja o Estado, o Indivíduo e o Texto Normativo regulador da relação entre Estado e Indivíduo, dentro da gritante necessidade de “proclamação do ideal de um homem livre”, que estimulou a formação de textos que dessem amparo aos direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 24; JIMENEZ SERRANO, 2005, p. 104).

Dentro dos ideais de Liberdade, Fraternidade e Igualdade, em meio a inúmeras desigualdades sociais fez realidade a proclamação, no ano de 1776 a “Declaração de Virgínia” conhecida como Bill of Rights, ou Declaração de Direitos. No mundo europeu no ano de 1789 foi redigida na França a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, onde se encontram reconhecidos os direitos à liberdade e à propriedade ressalvados os casos de utilidade pública, como se aponta a seguir na transcrição dos artigos 1º e 17.

Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

“A grande diferença está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista das declarações norte-americanas e confia muito mais na intervencionista do legislador enquanto representante do interesse geral” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 25).

O olhar atento às massas para a manutenção da estabilidade social passou a ser respirada pelo mundo.

“O constitucionalismo europeu, cuja primeira grande manifestação se deu na França com as referidas Declarações de Direitos tinha por motor filosófico as ideias iluministas que buscavam a fundamentação racional de decisões políticas” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 27).

Na esteira do constitucionalismo europeu, ainda que em outro continente, a primeira Constituição que garantiu uma lista de direitos sociais foi a Constituição do México, promulgada em 1917.

“No contexto histórico do fim da Primeira Guerra Mundial foi promulgada na Alemanha, em 11 de agosto de 1919, a Constituição da primeira república alemã, conhecida como Constituição de Weimar” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 30).

No mesmo período do fim do Imperialismo Alemão, que culminou com a promulgação da Constituição apontada anteriormente, surge na Alemanha uma forte classe de operários que passam a organizar-se em sindicatos e partidos políticos.

Essa formação da classe operária com força organizativa irá ver em Hitler uma solução para a convalescência do orgulho e sentimento de soberania, feridos com o final da Primeira Guerra Mundial.

A República de Weimar durou apenas quatorze anos em meio a grande instabilidade política de uma sociedade alemã que não conseguiu robustecer o vínculo ou compromisso social firmado entre a burguesia e as demais forças sociopolíticas existentes à época.

“Iniciou-se um período de violações sistemáticas dos direitos fundamentais como política deliberada do Estado Nazista” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 27-31). O mundo passa a respirar ares de horror e de total destruição e aniquilação dos direitos fundamentais da humanidade. Com o fim da segunda grande Guerra o mundo vê-se atônito, perplexo diante de tamanha barbárie, e saliente-se, amparada pela legalidade imposta pelo positivismo kelseniano.

No entendimento de Jimenez Serrano (2005, p. 105) a proteção ao ser humano ganharia um reconhecimento nacional e internacional, sendo objeto de importantes documentos, a saber: a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que teve como base a Carta das Nações Unidas que criaria a Comissão de Direitos, em 10 de Dezembro de 1948; a Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Interoamericana de Bogotá (1948); o Pacto Internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais, aprovado pela Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966; a “Convenção Americana de Direitos Humanos” (Pacto de San Jose da Costa Rica) aprovada na Conferência Interoamericana sobre Direitos Humanos, em novembro de 1969; a o Pacto Internacional dos direitos civis e políticos de 3 de janeiro de 1976; a Declaração Universal dos Direitos dos Povos, conhecida como a declaração de Argel datada de 1977, pelos dirigentes do Movimento de Libertação Nacional e dos Estados.

No Brasil, é conhecido por todos que a primeira Constituição do Império tupiniquim datada de 1824 “incluía entre os direitos fundamentais os “socorros públicos” e a “instrução primária gratuita”, a saber:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

A Constituição Republicana de 1891 retoma os direitos fundamentais apontados na Constituição anterior e acrescenta o reconhecimento dos direitos de reunião e de associação, das amplas garantias penais e do instituto do habeas corpus, anteriormente garantidos em legislação ordinária (DIMOULIS; MARTINS, 2011).

Acrescente-se ao texto de 1891 o direito fundamental à igualdade, bem como a ampliação do sentido de liberdade enquanto direito fundamental, uma vez que, tendo a religião católica se desvinculado enquanto religião oficial, passa a ser garantida e preservada a liberdade de culto.

“Uma lista de direitos fundamentais, semelhante àquela especificada na Constituição de 1891, pode ser encontrada nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969”, sendo que a inovação fica a cargo da Constituição de 1934 que incorpora alguns direitos sociais, como o direito à subsistência, bem como insere no texto constitucional os institutos do mandado de segurança e da ação popular (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 33).

Além do mandado de segurança e da ação popular, a Constituição de 1934 realizou a organização dos direitos fundamentais no Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais, nos artigos 113 e seguintes, na mesma linha do que já vinha sendo disposto nas Constituições anteriores.

Ressalte-se que nesta Constituição de 1934 deverão ser destacados os direitos consagrados nos artigos 120 e seguintes, dispostos para melhorar a condição de trabalho da pessoa, vedando qualquer diferença salarial em razão de qualquer particularidade, inclusive em razão da faixa etária, determinando uma quantidade máxima de 8 horas de trabalho por dia, com acréscimos permitidos no texto da lei, instituindo o salário mínimo, as férias, bem como o descanso hebdomadário, de preferência aos domingos, bem como a previsão de indenização para o trabalhador despedido sem justa causa. Destaque-se ainda a assistência médica ao trabalhador, sendo protegidos os direitos da gestante e a previsão de instituição de

previdência com contribuição igualmente proporcional da União, do empregador e do trabalhador para que o mesmo tivesse amparo na velhice, ou ainda em caso de acidente e invalidez.

A Constituição de 1937 foi outorgada, alterando os fundamentos da ordem constitucional que vigoravam até então, sendo outorgados poderes amplos ao presidente da República, e conseqüentemente reduzidas as prerrogativas do Congresso e por consequência tem-se uma não garantia dos direitos fundamentais sociais. O direito à liberdade foi mitigado, o direito à escolha da profissão, bem como o direito de associação foram suprimidos e os que permaneceram no texto constitucional tiveram sua aplicabilidade e concretização mitigada.

Dentro do ideal de redemocratização influenciado pelo pós-guerra, no ano de 1946 o Brasil tem promulgada uma nova Constituição, onde é aclamada, dentro do regime democrático, a garantia dos direitos fundamentais do homem.

Nesse sentido foram assegurados expressamente os direitos à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, à igualdade, à legalidade e à segurança jurídica. Acrescente-se a possibilidade de escusa de consciência conforme convicções íntimas de cunho religioso, filosófico ou político. Nesse ideário o trabalho foi entendido como possibilidade de assegurar uma existência digna ao trabalhador em toda a sua vida, independente de idade ou sexo, adotando no artigo 157 amplos direitos que garantiam a melhoria das condições de trabalho e a proteção ao idoso e à família.

Nas Constituições seguintes, de 1967 e de 1969 o Brasil passa por um tenebroso período de não exercício dos direitos fundamentais. Destaque-se que os mesmos não foram suprimidos do texto constitucional. No entanto não podiam ser utilizados para embasar os pedidos pela segurança da vida e das liberdades humanas, conforme a consciência de cada pessoa.

Como missão preambular de assegurar a todos os brasileiros “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como constituição dirigente, traz uma carta de valores, tendo como pressuposto a garantia dos direitos fundamentais, sistematiza esse direitos fundamentais em várias partes do texto constitucional, como já apontado no início deste artigo, com base em princípios morais e legais, contribuindo para o estabelecimento de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, que se constrói sob a proteção de Deus.

A necessidade de direitos para a proteção juntamente com a evolução histórica da sociedade traz o contorno dos significados dos direitos fundamentais.

Para Perez-Luño (2007, p. 43 apud BENACCHIO et al., 2012):

Os direitos fundamentais são fruto de dupla convergência: (i) o encontro da tradição filosófica humanista representada pelo iusnaturalismo de orientação democrática, com as técnicas de positivização e proteção das liberdades pelo movimento constitucionalista do Estado de Direito e; (ii) a mediação entre a liberdade individual e o sistema de caráter econômico, cultural e coletivos a cuja satisfação e tutela se dirigem os direitos sociais.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 49) traz um conceito esclarecedor ao lado de outros nobres juristas, a saber:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. Esta definição permite uma primeira orientação na matéria ao indicar alguns elementos básicos, a saber: (a) os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs. Estado); (b) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); (c) sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal.

Nesse contexto cabe destacar, que “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. (...) Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre dois lados da mesma moeda” (ALEXY, 2012, p. 50).

Alexy esclarece que:

Normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição alemã (...) o que apresenta dois problemas, consistente na pressuposição da existência de um critério que permita dividir os enunciados da Constituição alemã entre aqueles que expressam normas de direitos fundamentais e aqueles que não expressam, já que nem todos os enunciados da Constituição Alemã expressam direitos fundamentais. O segundo problema consiste em saber se, de fato, aos direitos fundamentais da Constituição alemã pertencem somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da própria Constituição alemã. (ALEXY, 2012, p. 65)

José Afonso da Silva (2013) defende que os direitos fundamentais consistem nas prerrogativas e instituições existentes no mundo jurídico para garantir a convivência digna, livre e igual das pessoas.

Acerca do termo “fundamento”, Silva defende que:

Acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo

sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos por igual devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2013, p. 182).

No entendimento de Bonavides (2011, p. 560) “o direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.

Quanto à finalidade, os direitos fundamentais possuem a obrigação de oferecer às pessoas “uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, (...) e, conseqüentemente limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado”, com a função de organizar a interação entre o Estado e os indivíduos, garantindo a “autonomia da esfera individual” e pontuando a relação com o Estado (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 57-58).

O conceito de direito fundamental há muito se distanciou daquele conceito tradicional daquele conceito tradicional no qual o Estado tinha somente obrigações negativas, de abstenção frente às liberdades individuais, sendo que hodiernamente, até mais frequentemente do que a figura da abstenção, verifica-se a imposição de obrigações positivas ao Poder Público para a implementação desses direitos, já que constituem a sustentação e a própria razão de existir do Estado Social de Direito. (GAIO; GAIO, 2011, p. 304).

O Poder Público se encontra vinculado umbilicalmente à Constituição e aos Direitos Fundamentais, sendo que a atuação do Estado só se encontra justificada por ações que racionalmente não afetem e não lesionem os direitos fundamentais.

O Estado intervencionista assumiu, segundo Moncada (apud GAIO; GAIO, 2011, p. 305) “um modelo jurídico de conformação da vida econômica e social e funcionalização crescente da autonomia privada à vontade do Poder Público”.

No tocante à classificação desses direitos constitucionais Joaquim José Gomes Canotilho (apud RESENDE, 2007, p. 244) preleciona que hoje os autores adotam o conceito de dimensões dos direitos fundamentais ao invés de realizar o uso de gerações, para não dar a ideia de substituição de um direito fundamental pelo outro, visto que todos coexistem no ordenamento jurídico.

Para Romita (2007) a palavra geração também é equivocada, pois transmite a ideia de que a conquista de uma fase anularia a anterior. Nesse sentido o autor sugere a utilização do termo família.

Bulos (2011, p. 518) entende que melhor seria o uso da palavra geração, uma vez que “demarcaria muito bem os períodos de evolução das liberdades públicas”.

De fato, as dimensões, ou gerações no sentido de dimensões, nascem dentro de uma evolução sociocultural do Estado e uma não suprime a outra, sendo que todas são cumulativas e concomitantes, não possuindo grau de importância diferenciado, apenas origem em dados

socioculturais diferenciados e construídos no espaço humano para garantir-lhe segurança no “mundo da vida”.

Dentro do paradigma liberal, onde se realizou o Estado Liberal de Direito, “são exaltados os chamados direitos fundamentais de primeira geração – em especial a liberdade, que seriam inerentes ao homem e anterior ao próprio Estado” (SARLET, 2011, p. 58 apud BENACCHIO et al., 2012, p. 70).

A primeira geração, séculos XVII a XIX, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos, os quais encontravam-se na limitação do poder estatal seu embasamento. Abrange os direitos referidos nas revoluções americana e francesa. Nessa fase prestigiavam-se as cognominadas “prestações negativas”, as quais geravam um “dever de não fazer” por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação, etc. (BULOS, 2014, p. 289).

Desta maneira, limita-se a atuação estatal devendo para tanto agir dentro dos limites do texto legal, sendo que para os particulares estava liberada a realização de qualquer atividade desde que não se enquadrasse nas proibições previstas no ordenamento jurídico.

“Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço característico” (BONAVIDES, 2011, p. 564).

Ocorre que o paradigma liberal, ao incentivar o individualismo, por isso mesmo estava incentivando uma característica não sustentável, que colocaria fim ao Estado Liberal.

O individualismo do paradigma liberal, dentre outras características, “deu margem à exploração dos trabalhadores por quem detinha o poder econômico, ferindo a dignidade humana”, o que, ao lado de outros fatores levou ao surgimento “do constitucionalismo social e democrático, ao Estado Social de Direito, ou Estado do Bem-Estar Social, ou ainda Estado Democrático de Direito” (BENACCHIO et al., 2012, p. 71).

Tal formatação social nos traz a emersão dos direitos fundamentais de segunda dimensão, onde se observam os direitos de liberdades sociais, como os direitos sociais, como o direito à saúde, o direito à previdência social, assistência social, à educação e ao meio ambiente sadio (SILVA, 2013).

Assim se expressa Bulos:

A segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem estar e a igualdade impondo ao Estado uma “prestação positiva” no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem.

Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice. (BULOS, 2014, p. 289).

Ressalte-se que segundo Bonavides (2011, p. 567) nos direitos fundamentais de segunda geração o “Estado é um artífice e um agente de suma importância” para a sua concretização.

Nos direitos de terceira e quarta dimensão tem-se que são titulares não os indivíduos, mas sim os grupos humanos, como família, povo, nação, coletividade regionais ou étnicas e a própria humanidade (LAFER, 1988, p. 131 apud RESENDE, 2007, p. 249).

Como ensina Sarmento (apud BENACCHIO et al., 2012, p. 72) quando ao surgimento do Estado pós-social, tem-se que “no Estado social o poder se pulveriza na sociedade, distribuindo-se por uma série de instituições intermediárias entre o Estado e o indivíduo”, sendo que o Estado pós-social caminha em direção a um denominador comum entre os direitos sociais e os direitos individuais.

Por este pensamento erigem-se os denominados direitos fundamentais de terceira dimensão, os quais Paulo Bonavides (2011) entende como o direito à paz, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, o direito de comunicação e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Assim, de maneira célebre, ensina Bonavides:

Com efeito, um novo polo de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam a proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2011, p. 569).

Quanto aos direitos fundamentais de quarta dimensão trata-se de direitos fundamentais que surgiram no processo de universalização no campo institucional, sendo entendido como o direito à democracia (direta), à informação e o direito ao pluralismo, “sendo que deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para o qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (BONAVIDES, 2011, p. 571).

Quanto à concretização dos direitos Bonavides expõe o seguinte:

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, concretizam-se. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de

libertação. (...) A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. (BONAVIDES, 2011, p. 573)

Em entendimento diferenciado Bulos (2011) desloca os direitos fundamentais à democracia, à informação e ao pluralismo político, para o que ele entende como os “direitos fundamentais de sexta geração”.

Aponta que a “quarta geração dos direitos fundamentais” diz respeito aos direitos dos povos “relativos à saúde, informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão de filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética” (BULOS, 2011, p. 519-521).

Ambos os juristas concordam em eleger o direito à paz como a “quinta geração dos direitos fundamentais” deslocando-a da terceira geração dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2011, p. 579; BULOS, 2011, p. 520).

“A força normativa do direito à paz está sedimentada em preceitos legais e fundamentais, e, até, em diplomas internacionais” (BULOS, 2011, p. 520), sendo que no Brasil “é um corolário do mandamento insculpido no artigo 4º, IV, da Constituição Federal”. (BULOS, 2011, p. 520; BONAVIDES, 2011, p. 592).

“A ética social da contemporaneidade cultiva a pedagogia da paz (...). Elevou-se, assim, a paz ao grau de direito fundamental da quinta dimensão”, com vistas a concretização da associação da justiça com a democracia e a união do Direito com a liberdade (BONAVIDES, 2011, p. 582).

No mundo globalizado na unipolaridade, das economias desnacionalizadas e das soberanias relativizadas e dos poderes constitucionais desrespeitados, ou ficamos com a força do Direito ou com o direito da força. Não há mais alternativa. A primeira nos liberta; o segundo nos escraviza; uma é a liberdade; o outro o cárcere; aquela é Rui Barbosa em Haia, este é Bush em Washington e Guantánamo; ali se advogam a Constituição e a soberania; aqui se canonizam a força e o arbítrio, a maldade e a capitulação. (BONAVIDES, 2011, p. 592)

Nesse sentido Bulos (2011, p. 520) juridicamente poetiza:

Onde não há paz, não há amor; onde não há paz, não predomina a retidão no coração; onde não há paz, não há verdade; onde não há paz, não há Deus. Deus está em tudo, embora nem todos os homens – alguns dos quais artífices dos poderes constitucionais dos Estados – estejam Nele, e, por isso, sofrem. Mas, se há beleza no caráter, reinará harmonia no lar. Havendo harmonia no lar, haverá ordem nas nações. Se reina ordem nas nações, haverá paz no mundo.

E por fim, coroando o tópico faz-se referência a Isaías, Capítulo 32, Versículo 17, onde dispõe que “o fruto da justiça será a paz, e a obra da justiça consistirá na tranquilidade e na segurança para sempre” (BÍBLIA SAGRADA, 2000, p. 1410).

Implementando as dimensões, gerações, ou família ter-se-ia um mundo da vida apto para o exercício da dignidade da pessoa humana, inerente à existência do homem.

Realçando as origens ideológicas sobre as quais deita raízes o texto Constitucional, Sarmento ensina que:

Torna-se frequente a eclosão de conflitos entre as normas da Lei Fundamental, máxime em países que, como o Brasil, adotaram constituições compromissárias. Estas são cartas nas quais o processo constituinte não se desenvolveu sob o signo do consenso, traduzindo, ao revés, a síntese dialética de concepções e ideais políticos diversificados. Assim, tais constituições acabam abrigo normas derivadas de matrizes ideológicas antagônicas, que ao incidir sobre os casos concretos, podem indicar soluções diametralmente opostas. (SARMENTO, 2001, p. 36).

De fato a harmonia perante as divergências que surgem no processo de interpretação e aplicação do texto fundamental encontra sua fonte unificadora no próprio texto.

Nesse diapasão Sarmento afirmar que:

Inobstante é certo que a Lei Fundamental constitui uma unidade. O princípio da unidade da Constituição, encarecido pela Corte Suprema alemã como o cânone mais importante da hermenêutica constitucional, impõe ao intérprete a tarefa, nem sempre trivial, de buscar a harmonia entre os ditames da Lei Maior, solucionando as situações de tensão que tendem a se deflagrar em seu seio. (SARMENTO, 2001, p. 37).

Os direitos fundamentais de todas as gerações, para poderem ser efetivados, precisam de um novo suporte moral e, concomitantemente, não prescindem de uma nova episteme jurídica para que o Estado tenha como atuar de forma interventiva, efetivando os preceitos fundamentais e constituindo a ação.

Nessa nova episteme é o momento de repensar a matriz positivista do direito, com a finalidade de “apurar o liame imprescindível existente entre a necessidade de um novo parâmetro ético voltado para a interdependência homem-natureza e a efetivação dos direitos fundamentais” (CATSMAN; SIMIONATO FILHO, 2010, p. 40).

A moral e a ética são postas sempre em função do homem. “Na obra de Kant, ocorre a arrogância do homem no trato com a moral e a ética”. Nesse aspecto deve-se afastar o antropocentrismo predatório dos processos de tomada de decisões, deslocando os processos de escolha para um ambiente mais solidário com tudo e com todos, dentro “do dinamismo das inter-relações sistêmicas” (CATSMAN; SIMIONATO FILHO, 2010, p. 45).

Dessa maneira a pessoa humana deve voltar-se para si e perceber-se no contato relacional com o outro, promovendo um ambiente discursivo que levem à concretização dos direitos fundamentais e que contribua para o exercício da indelével característica do existir da vida humana, qual seja a realização de sua dignidade.

### **3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Necessário se faz uma breve e despretensiosa explicação quanto ao conceito de dignidade da pessoa humana, elevado pela Constituição Federal como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

E nesse sentido, “os direitos fundamentais têm por objeto a proteção e o respeito à dignidade da pessoa humana, em todas as suas projeções jurídicas” (FALCÃO, 2013, p. 227).

“O problema do significado que se pode atribuir à dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes no pensamento clássico e no ideário cristão” (SARLET, 2011).

No pensamento clássico a dignidade da pessoa estava vinculada à posição social que a mesma ocupava. Na Grécia, por exemplo, eram cidadãos apenas os homens gregos, sendo excluídos desse rol as mulheres, os estrangeiros e os escravos. E não sendo cidadãos, não eram considerados homens completos, dotados de dignidade.

“A dignidade da pessoa humana dizia em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí por falar-se em quantificação e modulação da dignidade” (SARLET, 2011, p. 34).

O conceito de dignidade no espaço cristão encerra-se em dois momentos, um recebido e outro conquistado. Recebido quando da criação por parte de Deus e conquistado quando o homem no cotidiano de suas ações age segundo os mandamentos do cristianismo.

Ruotolo (apud SARLET, 2011, p. 36) ensina que na tradição cristã é possível distinguir entre “uma dignidade ontológica (ou inata) visto que decorrente da condição de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus e uma dignidade existencial (...), correspondente à circunstância de se levar uma vida de acordo com os ditames da religião”.

Em complemento, cabe destacar o caráter deontológico e axiológico da dignidade da pessoa humana, que amparado em Alexy (2012), associa-se o conceito deontológico ao “dever-ser” e o conceito axiológico ao “bom”, dentro de um processo de identificar os princípios como mandatos de otimização.

Dessa maneira deve ser aferido à dignidade da pessoa humana tanto um caráter deontológico como axiológico; e é nesse sentido que a doutrina constitucional pátria a concebe, como princípio do ordenamento constitucional pátrio, com conteúdo valorativo. (FALCÃO, 2013, p. 229)

No texto Constitucional, a Dignidade da Pessoa Humana enquanto princípio, foi elevada à condição de normas de direitos fundamentais, situada no mais alto posto do ordenamento jurídico, como fundamento da República Federativa do Brasil conforme disposição no artigo 1º. III.

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

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Tal qualidade confere à norma-princípio-valor uma densidade jurídica máxima, de maneira que é possível “estabelecer limites à ação do Estado (...) e proteger a liberdade humana (...) contra toda e qualquer forma de abuso ou arbítrio das autoridades estatais” (FALCÃO, 2013, p. 229-230).

Cabe salientar que a dignidade do homem é inviolável e o homem detém sua dignidade unicamente por conceber-se ser humano.

Abbagnano (apud ZANOTI, 2006, p. 119) ao conceituar dignidade da pessoa humana, apoia-se no ensinamento de Kant:

O que tem um preço pode ser substituído por alguma coisa equivalente; o que é superior a todo preço e, portanto, não permite nenhuma equivalência, tem uma dignidade’. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de que ela ‘não obedece a nenhuma lei que não seja instituída por ele mesmo’. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da dignidade do homem e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço (...).

Chancelando o anotado, Comparato (apud GRAU, 2012, p. 192) afirma que embora assuma concreção de direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitui ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais.

A partir da teoria de Kant, ainda que influenciado por São Tomás de Aquino, pensa-se na dignidade da pessoa humana em âmbito alheio e distante do discurso religioso.

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia de vontade entendida como faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. (SARLET 2011, p. 40).

E nesse ponto central se coloca o discurso da finalidade, onde o homem “existe como um fim em si mesmo não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT apud SARLET, 2011). Assim ocorre com o ser humano, diferentemente do que ocorre com os objetos, que por natureza são meios.

Kant (apud SARLET, 2011, p. 40-41) ensina que:

Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue como fins em si mesmo(...). No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma pessoa tem um preço, pode pôr-se 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.

Dessa monta, partindo do pressuposto kantiano de que o homem constitui “um fim em si mesmo” e não pode ser usado de acordo com a vontade deste ou daquele, o ser humano não pode sujeitar-se aos apelos, às valorações quantitativas e aos reducionismos impostos pelo capital.

Pode-se ainda inferir que uma vez que, sendo o homem um fim em si mesmo, e o único ser dotado de dignidade, o existir humano, o ser pessoa, tem como finalidade, e como condição “sine qua nom”, a dignidade.

Reconhece-se a pessoa como “centro da imputação jurídica” uma vez que a posição que as pessoas ocupam lugar primordial no processo de positivação dos direitos, à frente dos demais títulos concernentes às funções, organizações, do Estado e de seus poderes.

Essa forma de distribuir a matéria não é aleatória: ela demonstra a importância vital que se confere aos princípios fundamentais – principalmente ao da dignidade da pessoa humana, que há de ser respeitada e interpretada como referente a cada pessoa e a todas as pessoas. (FALCÃO, 2013, p. 231).

E nesse ponto há de se salientar que o conceito do “homem como um fim em si mesmo”, não deve ser interpretado sob o aspecto antropocêntrico subjetivo, a centrar-se em cada sujeito isoladamente. As finalidades dos seres humanos devem ser finalidades de todos os seres humanos. Finalidades essas descobertas dentro de um processo comunicativo de argumentação que procura o bem de todos no mundo da vida (HABERMAS, 2010).

Deve-se afastar o antropocentrismo subjetivo do indivíduo predatório dos processos de tomada de decisões, deslocando os processos de escolha para um ambiente mais solidário

com tudo e com todos, dentro “do dinamismo das inter-relações sistêmicas” (CATSMAN; SIMIONATO FILHO, 2010, p. 45).

Este ser humano existe numa dimensão social, em um conjunto de pessoas politicamente organizadas em torno de um ente político, sendo o Estado, representante dos interesses daqueles que jurisdiciona, devendo (o Estado) existir em função dessa mesma finalidade.

Nas palavras de Sarlet (2011, p. 80) “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.

Enquanto representante do povo, ostentando a dignidade da pessoa humana, como princípio ímpar, consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal, do qual decorrem as normas e os direitos (SARLET, 2011), a República Federativa do Brasil, constituindo-se em Estado Democrático de Direito “deve servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas” (NOVAIS apud SARLET, 2011, p. 80-83).

Assegurando a dignidade da pessoa humana, e não apenas de um grupo em comparação a outro, a Constituição, enquanto vinculadora da ação estatal, tem o condão de garantir a igualdade entre os homens, sem prejuízo dos direitos sociais, culturais e econômicos.

O homem que vive em estado de penúria econômica, sente-se impotente para desenvolver as suas capacidades básicas. Para que aconteça esse desenvolvimento, há necessidade da presença do Estado, por meio de políticas públicas concretas, efetivas, planejadas e duradouras, no plano interno e também através da celebração de acordos de cooperação internacional, auxiliando-o para que o homem atinja um grau de evolução minimamente aceitável. Se não aceitável, pelo menos, na pior das hipóteses, suficiente para que possa ter a oportunidade de desfrutar de condições sociais dignas, de educação, de saúde, de moradia, de saneamento básico, de segurança, de lazer, de trabalho, de paz, de participação efetiva nas discussões sociais da comunidade em que ele está inserido. Tudo isso em busca do aprimoramento da ordem jurídica, voltada para a implantação de uma sociedade cada vez mais livre, justa e solidária, própria de um Estado Democrático de Direito. (ZANOTI, 2006, p. 122).

De acordo com o entendimento de Grau (2012) “há marcante contradição entre o neoliberalismo, que exclui e marginaliza e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais”. E nesse sentido o Estado Democrático de

Direito é o maior inimigo da irracionalidade econômica do neoliberalismo, que dá amparo ao capitalista, dentro do capitalismo.

Cabe salientar o entendimento de Grau (2012 p. 55-57) que afirma que o “capitalismo é portador de uma vigorosa virtude de transformação”, (...) na medida em que “configuram, substancialmente, a ampliação dos direitos sociais e econômicos, titulados pelos indivíduos”. Nesse pensamento o neoliberalismo ao “investir contra esses direitos”, fere profundamente o próprio sistema capitalista. E mais do que isso, investir contra os direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade é investir contra o espaço social onde a vida se organiza e estrutura.

A dignidade da pessoa humana comparece, assim na Constituição Federal de 1988, duplamente: no artigo 1º. como princípio político constitucional conformador (Canotilho); no artigo 170, caput, como princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) ou ainda direi eu, como norma-objetivo. (...) Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado à promoção da dignidade da pessoa humana expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição Federal. (GRAU, 2012, p. 194).

Corola Norberto Bobbio (2004, p. 7) que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascido de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (...) A liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também da proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer para si mesmos.

Na Constituição Cidadã de 1988 “o reconhecimento da dignidade humana tem como corolário uma vasta gama de direitos fundamentais, sejam eles individuais e coletivos” (FALCÃO, 2013, p. 233), classificados nos seguintes grupos (SILVA, 2013, p. 186): direitos individuais (artigo 5º), direito de assistência aos desamparados (artigo 6º), direitos à nacionalidade (artigo 12), direitos políticos (artigo 14 a 17), direitos sociais (artigo 6º, artigo 193 e ss.), direitos coletivos (artigo 5º), os direitos solidários (artigo 3º, artigo 225), direitos da criança e ao adolescente (artigo 227) e os direitos do idoso (artigo 230).

Impende respeitar a dignidade da pessoa humana pelo fato única e exclusivamente de tratar-se de um atributo da pessoa, e nesse sentido faz-se mister preservar a vida, como o direito fundamental mais essencial do qual pende a norma-princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

Como esclarece Batista Mondin (apud PEDROSO, 2007, p. 57) o homem é portador de dignidade porque é:

Um valor absoluto e não instrumental (que pertence à ordem do *frui* e não do *uti*, segundo a linguagem de S. Agostinho). Mas é claro que o valor absoluto que cabe ao homem é participado. A absolutividade participada, do valor humano pressupõe e remete à absolutividade incondicionada e subsistente do valor Deus. É assim que o homem, enquanto valor absoluto participado reflete e é ícone do valor absoluto e subsistente que é Deus.

No dizer de Ortega y Gasset (apud SILVA, 2013, p. 199) “la vida consiste en la compresencia, en la coexistencia del yo con un mundo, de un mundo conmigo, como elementos inseparables, inescindibles, correlativos”.

A vida humana, que é o objeto de direito assegurado no artigo 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais) (...) Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. (SILVA, 2013, p. 200).

A dignidade da pessoa humana enquanto elemento fundante dos direitos fundamentais vincula-se aos direitos à vida, à integridade física, à honra, à liberdade e à igualdade.

## CONCLUSÃO

O Direito, com toda a sua estrutura de normas, enquanto princípios e regras, e direitos estabelecidos, está a serviço da vida humana.

Programar mecanismos que auxiliem na formação e amarração de uma estrutura social sadia ao ser humano, juntamente com outras influências, quais sejam sociais, culturais, afetivas e religiosas, é atividade precípua do Direito.

Dessa maneira o Direito deve contribuir a realização de uma vida humana que seja digna e estabelecer normas para a implementação desse atributo valorativo absoluto pertencente exclusivamente ao homem, devendo a dignidade humana ser entendida em seu

conceito deontológico, enquanto definidor de normas, bem como em seu aspecto axiológico, enquanto conteúdo valorativo.

Nesse sentido, amparado no texto constitucional, impende respeitar a dignidade da pessoa humana como norma-princípio-valor, fazendo-se necessário e primordial o respeito a essa vida humana. Vida digna que deve ser entendida como o direito fundamental mais essencial.

Nesse sentido o reconhecimento do princípio da dignidade humana como valor primordial e como norma de direito fundamental estabelece um núcleo duro do qual irão se irradiar os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, em suas diversas dimensões, dentro de uma evolução sociocultural do Estado, sendo que todas as dimensões são cumulativas e concomitantes, não possuindo grau de importância diferenciado, tendo o único condão de manter os pressupostos elementares de uma vida humana na liberdade e na dignidade humana.

Ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, os princípios, enquanto mandamentos nucleares de um sistema, possuem a função de dialogar com as diferentes normas, servindo de critério para sua compreensão e entendimento, servindo de anteparo para as relações específicas da vida social.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BENACCHIO, Marcelo. et al. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, n. 18, p. 64-105, a. 2012.

BÍBLIA SAGRADA. **A Bíblia de Jerusalém**. Trad. de Theodoro Henrique Maurer Junior. 9. ed. São Paulo: Paulus, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CATSMAN, Ana Sara; SIMIONATO FILHO, Danilo. Do resgate da pessoa humana à efetivação dos direitos fundamentais: a necessidade de uma viragem deontológica. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha**, Caxias do Sul: FSG, ano 4, n. 8, p. 1-232, jul./dez. 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: JFRJ, v. 20, n. 38, p. 227-239, dez. 2013.

GAIO, Alexandre; GAIO, Ana Paula Pina. Os Direitos Fundamentais ao desenvolvimento e ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Direito & Paz**, Lorena, ano 13, n. 25, p. 299-326, 2. sem. 2011.

GORCZEWSKI, Clovis; DIAS, Felipe da Veiga. Os direitos humanos e o indivíduo como sujeito de direito internacional: aspectos teóricos e práticos norteadores das relações internacionais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 13, n. 2, p. 281-300. jul./dez. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1.

JIMENEZ SERRANO, Pablo. Para uma melhor compreensão dos Direitos Humanos. **Revista Direito & Paz**, Lorena, ano 7, n. 12, p. 101-120, 1. sem. 2005.

PEDROSO, Antonio Carlos Campos. A Justificação dos Direitos Fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 7, n. 1, p. 55-70, 2007.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

RESENDE, Vera Lúcia. O Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 7, n. 2, p. 235-255, 2007.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; VIANNA, Rodrigo. A tutela dos direitos fundamentais e o STF como legislador positivo. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 13, n. 2, p. 95-133, jul./dez. 2013.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana**. 2006. 240 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília, Marília, 2006. Disponível em: <<http://www.unimar.com.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.