

A REFUNDAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RECONSTRUÇÃO NÃO ESSENCIALISTA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

André Liguori de Cerqueira*

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho**

José Luiz Quadros de Magalhães***

RESUMO

Este artigo discute o conceito de dignidade humana, assumido como princípio fundante do sistema constitucional brasileiro. É difícil, mas importante, reconstruir este conceito sobre bases não essencialistas, no contexto dos tempos pós-metafísicos da sociedade pluralista em que vivemos. Esta reconstrução é necessária para garantir a operatividade do princípio, permitindo entender porque passa a pautar a experiência jurídica em todas as suas dimensões.

PALAVRAS-CHAVE

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; PÓS-POSITIVISMO; TEORIA DO DIREITO.

ABSTRACT

This paper researches the concept of dignity of human being, which founds the Brazilian constitutional system. It is difficult but necessary to reconstruct it in a non-essentialist sense, in the horizon of the post-metaphysical stadium of our pluralist society. It is important to guarantee its efficacy, and its role as guide of legal experience in all dimensions.

*Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em Direito Tributário. Mestrando junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito “Fundamentos e Fronteiras do Direito”, Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Juiz de Fora, Minas Gerais.

** Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete e dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UNIPAC.

*** Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor da UFMG, da PUC-MG e dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UNIPAC.

KEYWORDS

DIGNITY OF HUMAN BEING; CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; POST-POSITIVISM; JURISPRUDENCE

Introdução

Este trabalho pretende discutir o lugar do humano em sua dignidade em relação ao direito, discutindo especialmente o significado e o alcance da afirmação, pela Constituição Federal de 1988, do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira.

A prioridade jurídica do humano em sua dignidade é “inovação” apenas possível de ser compreendida no contexto de ter a, Constituição, passado a ocupar o centro normativo de todo o ordenamento jurídico, com a compreensão do constitucionalismo contemporâneo de que também os princípios têm força normativa: toda a Constituição e não apenas a sua porção que cuida da organização Estatal.

Na tentativa de pensar o significado desta importante mudança de paradigma, este estudo agitará alguns de fundamentos filosóficos. Especialmente desafiadora é a afirmação dogmático-constitucional da pessoa como doadora de sentido a toda experiência do direito, em tempos pós-essencialistas em que já não é mais possível recorrer a concepções de humano dados pela Natureza, por Deus ou pela Razão. É preciso compreender radicalmente a indefinição do que é dignidade, assim como do que é pessoa, admitidos como conceitos em constante construção, desde quando já não há mais fundos metafísicos a autorizar a simples pressuposição de sentidos do humano “dados” e ontologicamente disponíveis, prontos para serem apropriados pelo discurso jurídico.

Neste contexto, o que significa falar num princípio jurídico da dignidade da pessoa humana?

Desenvolvimento

1 – Do Estado Liberal ao Estado Democrático e Social de Direito

A compreensão da centralidade da dignidade do humano, afirmada contemporaneamente como princípio fundamental da ordem jurídica brasileira, não pode prescindir da rememoração do processo pelo qual a própria Constituição alcançou sua prioridade no conjunto do ordenamento jurídico.

Tal trajetória se desenvolve rapidamente a partir da experiência do Estado Liberal. Sob o pressuposto teórico de que todos eram iguais e possuíam as mesmas oportunidades, cabendo a cada um buscar o seu lugar na pirâmide social, sem que o Estado pudesse ou devesse intervir, promulgaram-se as Constituições liberais, que se limitavam a organizar o Estado e consagrar direitos individuais.¹

Mas logo a vida denunciaria a insuficiência dos ideais liberais. A igualdade e liberdade proclamada pelas Constituições liberais eram no mundo real liberdade e igualdade para uma parcela reduzida de homens proprietários e ricos. A Revolução Industrial modificou radicalmente as condições de produção e distribuição dos bens, promovendo grandes deslocamentos populacionais e o inchamento de alguns centros urbanos, palcos de novas complexidades oriundas das relações entre o capital e o trabalho e da produção industrial crescente. Testemunha-se o nascimento da cidade em sentido contemporâneo, algo até então inédito na história da humanidade. As demandas sociais crescem especialmente após a primeira grande guerra. O direito não mais respondia aos novos desafios postos por inéditas formas de produção, e das relações sociais delas decorrentes.

Surgem as condições da emergência do Estado Social, passando a Constituição “a consagrar direitos sociais e econômicos e apontar caminhos, metas e objetivos a serem perseguidos pelos Poderes Públicos”², na premente necessidade de transformar a sociedade.

Mas se a Constituição ocupava o ápice normativo do ordenamento jurídico, predominava a concepção de que somente a Constituição em sentido material (que organiza o Estado e prevê direitos individuais), possuía força normativa; as demais disposições, mesmo os recém-proclamados direitos sociais, mantinham-se como normas

¹ SARMENTO, Daniel; **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

² Ibidem.

simplesmente programáticas, orientadoras do legislador, mas dependentes da legislação infraconstitucional para surtir os efeitos transformadores desejados. Na base desta concepção estava certa teoria da norma que a fazia derivar a baixa normatividade do texto constitucional seja do “grau de indeterminação semântica de algumas normas”, seja do fato de que a aplicação das normas do Estado Social “depende da utilização de recursos escassos, bem como da formulação de políticas públicas, e não de um mero comportamento abstencionista do Estado”.³

Predominantemente, razões políticas e ideológicas, no interesse da elite em defesa de seus privilégios e desejosa de ver mantido o *status quo*, lutavam por manter o paradigma patrimonialista do velho Estado Liberal. A propriedade ainda atravessou o século XX como o centro do Direito Privado, não obstante a grande transformação sofrida pela ordem jurídica burguesa decorrente do advento do Estado Social.

O rompimento do paradigma patrimonialista no Direito Privado encontra na revisão da doutrina constitucional clássica, a partir da segunda metade do século XX, uma importante condição de possibilidade, especialmente a partir da afirmação de que todas as normas constitucionais geram efeitos jurídicos. Trata-se do advento de uma nova teoria da norma e da interpretação da Constituição, com importantes efeitos sobre a história do Constitucionalismo ocidental. Trata-se de um dos maiores legados do Constitucionalismo do Estado Social.

Não obstante tudo que a experiência constitucional aprendeu com a advertência de Lassalle (segundo a qual a Constituição real não é aquela estampada no documento formal, mera “folha de papel”, mas o conjunto de forças e fatores políticos que animam a sociedade) é importante também compreender como estes fatores reais de poder não governam absolutos, de tal sorte a recuperar o sentido do poder contra-fático (normativo em sentido forte: transformador) da própria Constituição. Mesmo quando a Constituição afirma direitos cinicamente, numa estratégia da elite para não os efetivar exatamente pelo subterfúgio da sua declaração formal, a Constituição pode ser aproveitada por outros atores sociais em busca de justiça social, apostando na força normativa da Constituição e utilizando-a como instrumento de transformação.

³ Ibidem.

De toda sorte, porém, o Estado Social ressentiu o duro golpe do ocaso da experiência do socialismo real. A crise do Estado Social, momento decisivo para a história do constitucionalismo contemporâneo, de certa forma repõe a encruzilhada entre o modelo liberal de Constituição e de Estado (em suma a isto se resume a proposta neoliberal) ou de aprofundar-avançar no paradigma constitucional em que as conquistas obtidas nos séculos XVIII, XIX e XX não são destruídas mas reassumidas a partir de uma nova compreensão do papel da Constituição e da cidadania na construção do Estado. Esta foi a opção ético-política fundamental que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, no Brasil.

A Constituição Federal passa a ser entendida em sua centralidade relativamente a todo o Direito, e não mais apenas ao Direito Público, não somente pelo caráter normativo de seus princípios, mas também pela exigência de uma releitura constitucional da legislação infraconstitucional, assumindo os princípios constitucionais como normas balizadoras da feitura legislativa e imediatamente conformadoras da jurisprudência e da experiência jurídica em geral. Há, ao mesmo tempo, um intenso trabalho de reconstrução doutrinária em curso em todas as searas do direito, numa grande revisão paradigmática a alcançar e renovar todas as disciplinas jurídicas.

A nova visão compreende uma recompreensão também do sistema constitucional, em cujo seio passam a distinguir-se normas com diferentes pesos axiológicos, muito embora continue a doutrina a reconhecer a igualdade formal de validade de todas as normas constitucionais forjadas pelo poder constituinte originário.

O acolhimento do princípio da dignidade da pessoa humana, neste contexto, comparece não apenas como um entre outros princípios constitucionais, mas é entendido como a primordial norma orientadora de toda ação e abstenção Estatal e dos particulares em suas relações recíprocas. O princípio da dignidade humana é assumido como a chave para a compreensão e a realização do Estado Democrático e Social.

2 – A supremacia jurídica dos princípios em contexto pós-positivista

Com o Estado Democrático e Social de Direito, fundado na Constituição de 1988, diz-se que a Constituição se torna o centro do normativo Direito, não apenas pela

sua supremacia sobre os demais diplomas legais, mas instrumentada pela força normativa de seus princípios, além da exigência que traz consigo da releitura da legislação infraconstitucional que lhe precede, à luz de seu arcabouço principiológico.

Segundo Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios passa pelas mesmas fases que passaram o direito. A primeira fase é a jusnaturalista.

(...) a corrente jusnaturalista concebe os princípios de Direito, segundo assinala Flórez-Valdéz, em forma de ‘axiomas jurídicos’ ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, ‘um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana’. O ideal de justiça, no entendimento dos autores jusnaturalistas, impregna a essência dos princípios gerais do Direito. Todavia, a ‘formulação axiomática’ de tais princípios, conforme observa Enterria, os arrastou ao descrédito.⁴

Na fase positivista, eles são fonte supletiva do Direito, servem de apoio à lei, entendida como sua fonte suprema. Ali os princípios têm apenas a função de suprir as lacunas deixadas pela lei, são meras pautas programáticas, quase irrelevantes juridicamente.

Mas o pós-positivismo, paradigma sob o qual se dá a compreensão da nova e desafiadora experiência constitucional, afirma a centralidade normativa da Constituição em todos os ramos do direito, e especialmente dos princípios, afirmados como normas jurídicas e não como conteúdos expressivos de alguma validade moral ou científica. Neste sentido é que Lucas Barroso afirma a não subsistência do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, pois os princípios de direito não podem mais ser lidos como meros princípios gerais de direito (construídos e afirmados pela Doutrina), mas ultrapassam os costumes, a analogia e, finalmente, a lei, para ocupar o ápice da pirâmide das fontes do direito.⁵ A lei passa a lhes ser submissa, pois princípios são normas, sem perder o cunho de baliza das funções governativa, administrativa, legislativa e jurisdicional.

Há de se destacar que tal concepção rompe com os ideais positivistas de onipotência do sistema capitaneado pela lei como fonte suprema do direito. No entanto, não implica no fim da positividade do direito. O arrimo do direito em perspectiva pós-positivista está nos princípios positivados na Constituição Federal e também nos

⁴ BONAVIDES, Paulo; **Curso de Direito Constitucional**. 15ª.ed. São Paulo: 2004.

⁵ BARROSO, Lucas Abreu; **Situação atual do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil**. In: Fundamentos e Fronteiras do Direito. Barbacena: UNIPAC, 2006.

diplomas infraconstitucionais, lidos como realização dos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente afirmados.

A nova teoria dos princípios representa a mais importante crítica ao positivismo jurídico no século XX, desde sempre denunciado em sua impotência para suprir as demandas sociais que lhe são postas, e, mais do que isto, no decorrer da história, como instrumento bélico nas mãos dos fatores reais de poder, como nos exemplos clássicos do nazismo alemão e do fascismo italiano.

O pós-positivismo, alavancado pelos princípios, propõe-se como o novo paradigma para a experiência jurídica, em que as conquistas individuais e sociais do Estado Liberal e do Estado Social recebem uma nova fundamentação e passam a dispor de novos instrumentos hermenêuticos, necessários à sua efetividade e legitimidade. As normas são o gênero do qual são espécies as regras e os princípios. O alto grau de abstração destes últimos permite a abertura do sistema e a sua rápida adaptação à realidade social, eis que fundamentos do sistema de fontes (outro capítulo da Teoria do Direito também em reconstrução neste momento de revisão paradigmática).

Pretende-se que a posição hegemônica dos princípios permita ao Poder Judiciário dizer o direito com legitimidade em contextos altamente complexos como o da sociedade contemporânea, além de virem, os mesmos princípios, ainda a continuar a nortear as atividades legislativa, governativa e administrativa, sem colocar em risco a segurança do direito.

3 – A supremacia da pessoa humana como princípio fundamental da Constituição

O reconhecimento da normatividade dos princípios, abrigados pela Constituição de uma sociedade pluralista, impõe o problema da unidade da Constituição e dos critérios de solução dos conflitos entre normas desta natureza.

A doutrina clássica da interpretação do Direito postula que o conflito entre regras seja resolvido como instituído pelos velhos cânones hermenêuticos sistematizados pelo positivismo (ou seja, ainda sob o paradigma da validade). O intérprete observa o caso concreto e o subsume a uma regra (ao menos, é assim que o positivismo tenta descrever o fenômeno de aplicação da lei). Se se deparar com um

conflito, ele o entenderá como aparente, e procurará, dentre as ditas normas conflitantes, aquela que se aplica, válida para aquela situação, afastando, em relação àquele caso concreto e a seus assemelhados, as demais normas que aparentemente também se dispõem a regulá-la. Trata-se apenas de um conflito “aparente”. Para resolvê-lo, o intérprete recorre aos três critérios tradicionais de solução de antinomias normativas: hierarquia, especialização e cronologia. É claro que há problemas e raciocínios mais sofisticados e exigentes da lavra do próprio positivismo (lembremo-nos do problema do conflito entre critérios dirimentes de conflitos de normas, de que falava Bobbio), mas via de regra o conflito entre regras era visto – e ainda isto é repetido muitas vezes – como passível de solução mediante critérios “de validade”, o que implica, sempre, uma opção entre tudo ou nada.

Por outro lado, não é assim que se soluciona o choque entre princípios. Para muitos, a Constituição pode ser vista como o lugar da afirmação dos valores que a sociedade, em uma determinada época, em determinado contexto histórico-linguístico, elege como aqueles a serem observados tanto na organização do Estado, como no convívio social e nas relações privadas. A afirmação da ligação da Constituição (do Direito) com os valores e sentidos mais importantes da coexistência humana histórica não deve, no entanto, significar que a Constituição seja um simples “depositário” ou “espelho” dos valores de uma comunidade: mais do que isto, a Constituição (em todos os seus “momentos”: Assembléia Nacional Constituinte, Reforma Constitucional, Interpretação Constitucional em todas as dimensões da experiência jurídica) deve ser entendida como parte importante do processo de afirmação de valores e assim da permanente reconstituição ética de uma comunidade política. A experiência da Constituição integra o processo permanente de (re)construção dos valores, ao longo da evolução cultural de um povo, forjados através do tempo, na vida concreta.

É possível concordar que os princípios sejam a abertura do ordenamento jurídico para os valores, mas não no sentido de que o direito simplesmente repete os valores vigentes, mas especialmente no sentido de que, por esta abertura, o direito participa do processo ético de (re)construção permanente dos valores. Sob as condições contemporâneas do pluralismo, não raras vezes estes valores se chocam e se

contrapõem, trazendo problemas teóricos e práticos importantes para a doutrina constitucional contemporânea.

A convivência entre formas de vida é o grande desafio e o grande aprendizado em curso no estágio atual do processo de reconfiguração ética de nossas sociedades contemporâneas. Dele o Direito participa essencialmente, traduzindo-o e internalizando-o através do problema dos conflitos entre princípios.

No Brasil, não se pode dizer que um valor tradicional da cultura africana negra anule um da cultura européia; não se pode dizer que um valha e outro não, quando contrapostos.

A saída comum para resolver este tipo de “antinomia” afirma que os princípios possuem peso e que, quando em conflito, o juiz no caso concreto deve ponderá-los, pesá-los, e, sempre que possível, fazer com que se apliquem proporcionalmente. A prioridade metódica do caso concreto passa a ser geralmente assumida pela Teoria e pela Metodologia do Direito, desde quando já não é possível dizer, de antemão ou abstratamente, qual entre diferentes normas-princípios “vale mais”.

Ao mesmo tempo, no entanto, admite-se que há no ordenamento jurídico-constitucional princípios de maior peso. Tal é notoriamente o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, talvez a única norma jurídica que ainda receba o *status* de direito absoluto:

Foi por estas razões que afirmamos, em outro estudo de nossa lavra, que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, ‘representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado’. Na mesma linha ressaltou Paulo Bonavides que ‘nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana’, já que apesar do caráter compromissório da nossa Constituição, decorrente de sua base social pluralista, ela é toda perpassada pela preocupação com a tutela da pessoa humana. Por isso, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como ‘valor-fonte fundamental do direito’. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de ‘direito justo’.⁶

⁶

Ibidem 1.

No contexto da evolução do constitucionalismo ocidental, a centralidade do princípio da dignidade quer representar (ou assim é comemorado, pelo menos) o ocaso do paradigma patrimonialista característico do Estado Liberal. O Estado Democrático e Social de Direito passa a fundar-se sobre o valor da pessoa humana em sua dignidade. Com profundo impacto sobre a ordem jurídico-civil, modificam-se os atributos da propriedade, que não mais reina absoluta; pretende-se ver a propriedade agora como instrumento para a realização da dignidade humana, e não mais como um fim em si mesma.

O reconhecimento da força normativa de toda a Constituição (e dos princípios como normas), coincide com a afirmação de um paradigma não patrimonialista do direito, com a valorização do *ser* ao invés do *ter*. O princípio que ocupa o cume do sistema normativo da ordem jurídica passa a ser o da dignidade da pessoa humana.

A Constituição passa a ocupar o centro do Direito Privado, não mais o Código Civil. Com isto, demarca-se uma ruptura com o individualismo liberal que resistira em nosso ordenamento, não obstante o advento do Estado Social, até o final do século XX, em que se pensava o sujeito como realidade abstrata e impalpável, um sujeito de direito ao qual correspondia uma vontade que ele empenhava – supunha-se – livremente, e um direito à propriedade ainda concebido de forma absoluta.

A constitucionalização do Direito Privado – e não o advento do Código Civil de 2002 – marca o início da era do personalismo, onde o indivíduo passa a ocupar o epicentro do ordenamento jurídico, sendo compreendido em seu valor absoluto, axiologicamente fundante do próprio Estado; não porém um ser abstrato à moda liberal, mas um ser situado e concreto, que apenas desenvolve sua personalidade em sociedade, com seus semelhantes. A dignidade da pessoa humana apenas encontra condições de realizar-se na medida exata em que é assumida pelo Estado como o seu fundamento. Apesar da forma precária ou incompleta com que o Estado Social pôde ser cumprido, esta é, de certa forma, uma herança importante do constitucionalismo social, desde o início denunciador da abstração (cinismo) com que o Estado Liberal estabelecia direitos humanos com os quais não se comprometia positivamente.

Esta nova perspectiva reconhece a prioridade do sistema dos direitos da personalidade na teoria civilista. O Direito Privado não é o estatuto jurídico da propriedade, mas passa a ser o direito da pessoa humana, do humano em seu direito ao respeito absoluto de que é merecedor pela sua condição de pessoa, tal como se passa a afirmar, e com toda razão, na generalidade dos trabalhos jurídicos, em todas as áreas do direito, no contexto da reconstrução da dogmática/doutrina/jurisprudência sob o impulso da nova ordem constitucional.

4 – Mas o que é dignidade da pessoa humana?

A crise do velho direito civil, fundado no direito de propriedade e nas liberdades individuais abstratas, é a ruína de uma certa concepção de humano que lhe estava na base. Com certeza que as denúncias que o socialismo dirigiu ao Estado Liberal eram investidas contra a sua concepção de humano, assim como é certo que o Estado Social se fundou sobre uma outra concepção de homem, muito mais próxima da definição do humano como um ser social marcado por suas necessidades (econômicas) do que pelo ser racional do qual partia a metafísica iluminista fundante do Estado Liberal.

Tal como anota Buber, “as relações de produção são para Marx o essencial e substantivo, aquilo de que parte e aonde nos volta a conduzir; para ele, não há nenhuma outra origem nem outro princípio”. (BUBER, p. 50) Valerá para o Estado Social a concepção marxista segundo a qual “o mundo do homem é a sociedade”, tomando o homem como ser situado em registro de classe (homem econômico) de que decorrem seus direitos sociais.

Esta, no entanto, é uma certa concepção do humano também posta em causa no presente. É possível descrever a crise do Estado Social como decorrência, no mundo real, do desaparecimento de um certo equilíbrio geopolítico (vigente no contexto da Guerra Fria, a justificar até o fim do século XX as políticas sociais nos Estados capitalistas como estratégia de contenção de uma então sempre presente ameaça comunista). Mas, ao mesmo tempo, é possível entender esta mesma crise como o esgotamento da metafísica do humano que lhe estava na base.

Todo sistema ou ideologia jurídica acalenta uma certa concepção de humano (“metafísica do humano”), que lhe dá sentido e funciona como elemento essencial de sua própria legitimação. Como acabamos de sugerir, o esgotamento do Estado Liberal e a crise do Estado Social, para além dos seus condicionantes de ordem econômica e política, podem também ser compreendidos desde o ponto de vista do esgotamento das metafísicas do humano que os alimentam.

A pergunta que gostaríamos de sugerir neste estudo é: que metafísica do humano pode ou deve ser assumida contemporaneamente, por ocasião da leitura da Constituição, quando afirma a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana?

O conceito de dignidade humana vem sendo construído historicamente; não se trata de uma idéia ou valor que paire no céu transcendente, mas de um sentido identificador da civilização ocidental como tal (os grandes momentos de constituição do Ocidente como Ocidente são momentos de redefinição do seu conceito de humano). Trata-se da história de um conceito que se confunde com a história da própria filosofia, e que nos conduziria aos primórdios da inauguração (grega) de nossa civilização. Não é possível aqui sequer rememorar os pontos desta longa tradição.

É importante, no entanto, invocar o Kant, com o objetivo de recuperar alguns dos traços mais salientes da concepção de humano subjacente ao Estado Liberal, para iluminar a reflexão sobre a sua crise.

Kant vê o homem enquanto ser racional, capaz e responsável por seus próprios atos, consciente de seus próprios deveres, que lhe são impostos por ele mesmo (por sua natureza racional) no sentido de uma auto-legislação. O homem é um ser moral, capaz de deveres, embora a obediência a estes deveres signifique nada mais do que obedecer a si mesmo, enquanto razão prática legisladora. No entanto, segundo Kant, o homem é também um ser natural, sujeito aos caprichos da natureza, com fome, sede, desejo *etc.* Estas vicissitudes influem no ser moral, fazendo com que os valores morais não sejam espontâneos, logo, precisam assumir a condição de dever. É conhecida da fórmula kantiana do imperativo categórico: age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal.

Kant deduz, da natureza racional compartilhada pelo humano, três fórmulas: 1) age como se a máxima de tua ação devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza; 2) age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio; 3) age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza.

A segunda máxima instrui a noção de dignidade humana de Kant. Tudo quanto não ostente a natureza de ser racional pode ser divisado como simples meio, possuindo um valor relativo, preço: são coisas. Os seres racionais, como os humanos, ao contrário, são fins em si mesmos, possuem um valor absoluto, dignidade, que se expressa pela capacidade de guiarem-se segundo suas próprias leis.

A formulação kantiana da dignidade humana como valor interno do ser que é fim em si mesmo é inteiramente fundada sobre sua concepção de homem como ser racional. A rigor, sua ética parte do ser racional em geral, de que o humano é espécie, e esse ponto de partida marca todos os passos de sua reflexão moral.

Trata-se de uma forma de conceber o humano que, no entanto, não o capta em sua historicidade radical, ignorando seu poder de autoconstituição e de autoconstrução, caracteres que marcam nossa visão contemporânea do humano.

Muito embora seja certo que a dicção constitucional – que fala em “dignidade” – prenda-se a este respeitável fundamento filosófico kantiano (a dignidade do humano enquanto ser racional, e o respeito que se deve enquanto tal) a experiência contemporânea da Constituição não pode porém preenchê-la de sentido com recurso à metafísica do humano construída por Kant.

5 – A reflexão sobre o humano no horizonte da fenomenologia (Heidegger)

A atitude filosófica contemporânea parte do reconhecimento do esgotamento das grandes narrativas antigas e modernas (de que Kant é um ponto culminante e de que Hegel, ou ainda Nietzsche, terão sido os grandes últimos momentos). O abandono das perspectivas metafísicas tradicionais está principalmente ligado ao pensamento de Heidegger, que importa também rememorar em linhas muito ligeiras.

Heidegger reinventa a filosofia ao retomar à sua pergunta original. Retomando e reinterpretando os filósofos pré-socráticos – que inventaram a filosofia – ele propõe o desesquecimento da pergunta pelo ser: o que é ser? O que significa existir? Qual é o significado da existência? Sua grande descoberta – coincidente com o ponto em que sua fenomenologia se aparta e ultrapassa a de Husserl – consiste na afirmação de que a existência do homem é fundamental, precede ao pensamento, à análise lingüística, é o dado primeiro de toda a vida individual. A existência do humano é vislumbrada para além e acima da razão, da lógica, da língua, transcendendo a tecnologia e qualquer conhecimento como o lugar do meramente ôntico. Já a pergunta pelo ser é a pergunta ontológica, e antecede e possibilita tudo quanto se passa nos palcos acima lembrados.

O diálogo que Heidegger trava com os primeiros gregos, fundadores da filosofia, experimenta e convida ao desesquecimento da pergunta sobre ser. Heidegger tencionava determinar o humano em termos de sua relação com o ser. Para ele, o homem esqueceu-se de sua relação privilegiada com o ser; a história da filosofia e desenvolvimento técnico e científico “entulharam” e assim esconderam a pergunta fundante da filosofia, e assim tornou impossível a mais radical autocompreensão do humano, possível apenas de ser encontrada na investigação de sua especial relação com o ser.

Não são muitas, mas há várias as tentativas de fazer derivar, da ontologia fundamental heideggeriana, uma certa concepção de moral. Entre elas se destacam as que reafirmam a autenticidade como a alternativa do humano que resgata sua relação privilegiada com o ser (autenticidade que é o oposto da entrega do humano à irrefletida repetição de atividades triviais, do falatório sem sentido, do comportamento e modas de uma época, da preponderância do racionalismo, da lógica, da lingüística, da ciência, da tecnologia).

É conhecida a reação do próprio Heidegger, quanto ao intento de construir uma ética a partir de sua fenomenologia. Assim, por exemplo, repele, na *Carta sobre o Humanismo*, o belo raciocínio desenvolvido por Sartre em *O Existencialismo é um Humanismo*.

De certa forma, para Heidegger, toda ética (e com mais forte razão, o mesmo valeria para toda teoria do direito) trabalha no campo decaído, do objetivado, do ente (meramente ôntico). Explica Gadamer:

Lo que los lectores franceses de Heidegger echaban de menos en él era el tema de la ética, que seguramente también Jaspers encontró a faltar. Heidegger se defendió contra esta exigencia y demanda. No porque subestimara la cuestión de la ética o de la constitución social de la existencia, sino porque la misión del pensar le imponía preguntas más radicales. «No consideramos con la determinación suficiente la esencia de la acción» dice la primera frase de la Carta, y resulta claro lo que significa esta frase en la era del utilitarismo social y, más aún, «más allá del bien y del mal»: la tarea del pensar no puede consistir en correr detrás de vínculos en disolución y solidaridades que se debilitan, amonestando con el dedo levantado del dogmático. Su tarea era más bien pensar en dirección a lo que subyace en la base de estas disoluciones producidas por la revolución industrial e instar al pensamiento, degradado al mero calcular y operar, a que vuelva a su lugar. (GADAMER, 2002, p. 70)

No contexto da destruição da metafísica tradicional perpetrada por Heidegger, torna-se problemático falar em dignidade do humano, pois isto remete a uma essência do homem tal que pudesse ser encontrada para além da existência do próprio humano, o que conduziria, mais uma vez, a um fundamento metafísico em sentido tradicional.

É o desafio da Teoria e da Filosofia do Direito dar conta hoje de repensar o direito sem recorrer aos pressupostos metafísicos que alimentaram todas as doutrinas do direito natural e os positivismos. Especificamente esta questão se põe para o pensamento jurídico brasileiro contemporâneo, na medida em que tem que dar conta do significado da expressão “dignidade da pessoa humana”, que figura no inciso III do art. 1º da Constituição.

A metafísica não morreu com Heidegger, mas foi, ao contrário, reinventada ou recuperada no mesmo movimento que convoca para o desesquecimento de pergunta sobre o ser. É necessária e possível uma nova “metafísica do humano” que não mais recorra a sentidos do humano ontologicamente disponíveis, do humano tomado em sua historicidade absoluta, na lembrança sempre de que o homem não está decidido de uma vez por todas, pois não há uma natureza do homem que permita derivar uma certa concepção de dignidade, mas de que o homem é projeto que se decide sempre a cada vez.

A lucidez sobre ser o humano desprovido de essência, no sentido de desprovido de um fundamento para além de si mesmo (de sua própria existência), lança uma nova luz sobre os momentos decisivos da história da humanidade e da filosofia em que as diferentes concepções de humano foram afirmadas: trata-se de momentos por quais o humano se ergueu por sobre sua própria história para, apropriando-se de si mesmo, participar da polêmica construção do humano.

Neste sentido, brilha a concepção kantiana do humano como absoluto em sua dignidade, não como uma doutrina moral a descrever o atributo “pessoa” como um corolário a decorrer da natureza racional do humano, mas como um momento por qual a humanidade se forja ao afirmar o valor do humano como insusceptível de qualquer comparação, de preço. Razão, liberdade, igualdade, alguns dos mais importantes atributos do humano de acordo com as diferentes metafísicas do humano antigas e modernas, não são atributos essenciais do humano decorrentes de sua natureza, mas modos como o humano se define e se constrói ao longo de sua história.

A história da metafísica tradicional, ela mesma, pode ser lida como engajamento de seus autores na polêmica disputa sobre o humano, que está sempre por ser decidida. A esta luz, a própria história do direito e do Estado também pode ser relida, já agora não mais entendendo as diferentes experiências jurídico-culturais como expressões de certas concepções de fundo sobre o humano (filosóficas, histórico-culturais ou naturais), mas também como momentos fundamentais por quais o humano conforma a si mesmo e se decide.

Neste contexto, enfim, é que o princípio da dignidade da pessoa humana pode hoje fazer sentido. Não é possível ler a Constituição, que o consagra como fundamento da República, entendendo que ela está ali a convocar qualquer espécie de concepção essencial sobre o ser humano, a que seria possível recorrer para esclarecer o significado daquele princípio.

Ao contrário, o sentido de dignidade humana é que se esclarece por sua afirmação constitucional, entendendo a experiência da Constituição como um momento decisivo (mas nunca exclusivo – esta disputa pelo humano se confunde com a disputa pelo mundo como sentido de que todos participamos enquanto vivemos/compreendemos) da construção do sentido de ser humano para nós.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de dignidade da pessoa humana está intimamente ligado à resposta da pergunta fundamental de Heidegger, que abre para a concepção sartreana do humano como algo em permanente construção e revisão, como um projeto a ser constantemente retomado e reassumido.

Este é o traço ontologicamente constituidor e singularizador do humano, que na sua abertura constitutiva se vê em relação essencial com o ser.

As dificuldades não podem nos impedir de buscá-la do ponto de vista pragmático, do ponto de vista de atender aos reclamos sociais imediatos, de conferir força normativa ao princípio fundamental que lhe privilegia, mas sem recorrer a marcos metafísicos já não mais disponíveis nos quadros da autocompreensão contemporânea do humano.

Entendido em sua historicidade radical, o humano não está garantido em sua dignidade por um qualquer fundamento ontológico, mas enquanto se assume e se autocompreende enquanto um absoluto marcado por sua liberdade e responsabilidade, merecedor de respeito. O que é entendido como um dado, ou um pressuposto, pela metafísica tradicional, desnuda-se como um simples construído, frágil na medida em que não se escora senão no próprio humano, no modo como se assume e se decide.

A afirmação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, neste sentido, comparece como uma importante palavra acerca do que é um humano. Para esclarecer o sentido deste princípio, não faz sentido procurar, para além da vida do homem, o significado da expressão dignidade humana. O esclarecimento do seu significado é apenas possível a partir do reconhecimento de que o próprio sentido do humano está para ser decidido (destinado) quando da experiência deste princípio.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Lucas Abreu. Situação atual do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. In: **Fundamentos e Fronteiras do Direito**, v. 1, n. 1, 89-102, Barbacena: UNIPAC, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BUBER, Martin. *Que es el hombre?* Trad. Eugenio Ímaz. México: Fondo de Cultura Econômica.
- COELHO, Nuno M. M. S. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito ensaio de aproximação filosófica do Jurisprudencialismo. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 47, p. 217-247, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. Existencialismo e filosofia existencial. Trad. Angela Ackermann Pilári. In: GADAMER, H-G., *Los caminos de Heidegger*, Herder, Barcelona, p. 67-72, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2006.
- KANT, Immanuel. KANT, I. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo* (Coleção Os Pensadores). Trad. Vergílio Ferreira. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Trad. Helena Cortés y Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial, 2000.