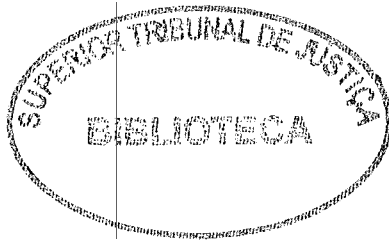


R 100v TJS / RJ
n. 82 ex. 2
jan. / mar.
2010

**REVISTA DE DIREITO
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**



DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Nº 82 – 2010

jan/fev/mar

A CONFERÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE TEXTO (OCR) NÃO FOI REALIZADA.

424538

REVISTA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

• EDITORA ESPAÇO JURÍDICO

Av. Pres. Antonio Carlos, 607 / Sobreloja

Centro - Rio de Janeiro - Tels.: (21) 2262-6612 / 2262-0047

ISSN: 1982-663X

Editoração:

BAW Ltda

Capa:

Georgia Kitsos

Índices da Revista de Direito:

www.tjrj.jus.br

Link – consulta/jurisprudência/revista de direito

revistadireito@tjrj.jus.br

34 (815.3)

R 454

Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 1 - jun.
1985 - Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 1985 - v. semestral

Nota histórica: de 1941 a 1945, foram publicados 26 números da Revista de
Jurisprudência do Tribunal de Apelação, do antigo Distrito Federal, editada pela Imprensa
Nacional.

Títulos anteriores: nº 1-33, 1962-74: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça
do Estado da Guanabara; segunda fase, nº 34-50, 1975084; Revista de Jurisprudência
do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Diretores: 1962-71, Tenório, Oscar - 1972-74, Tostes Filho, Olavo, 175-78, Silva,
Romeu Rodrigues - 1978-80, Tostes Filho, Olavo - 1981-84, Passos, José Joaquim da
Fonseca - 1985-87, Gusmão, Paulo Dourado de. - 1988 - Freitas, Paulo Roberto de
Azevedo. - 1989, Domingos, Rui Octávio. - 1990, Whitaker, Luiz Fernando W. Tavares
da. - 1993, Aguiar, João Carlos Pestana de. - 2001, Glanz, Semy.

1. Direito – Rio de Janeiro (Estado) – Periódicos. 2. Direito – Rio de Janeiro (Estado)
– Jurisprudência. I. Rio de Janeiro (Estado) Tribunal de Justiça. II. Tenório, Oscar, dir
III. Silva, Romeu Rodrigues, dir. IV. Tostes, Olavo, dir. V. Passos, José Joaquim da
Fonseca, dir. VI. Gusmão, Paulo Dourado de, dir. VII. Freitas, Paulo Roberto de Azevedo,
dir. VIII. Domingos, Rui Octávio, dir. IX. Whitaker, Luiz Fernando W. Tavares da, dir. X.
Aguiar, João Carlos Pestana de, dir. XI. Glanz, Semy, dir. XI Malcher, José Lisboa da
Gama, Vice.dir., XII Schwartz Júnior, Cherubin Helcias, dir. XII Almeida Filho, Agostinho
Teixeira de. vice-dir.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: ORIGENS E RISCOS METODOLÓGICOS

GABRIEL VALENTE DOS REIS

ADVOGADO E MESTRANDO NA FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO –
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP).

Sumário: I. Introdução. II. Dignidade humana. II.1 O princípio da dignidade da pessoa humana na doutrina brasileira contemporânea. II.2. A dignidade ao longo da história – a ideia e a realidade. II.3. Riscos associados à aplicação do princípio. II.3.a. Reduccionismo. II.3.b. Fetichismo. II.3.c. Insegurança jurídica. III. A doutrina da constitucionalização do direito civil. III.1. Visão geral. III.2. Crítica à constitucionalização excessiva. III.3. Uma pequena contribuição ao tema. IV. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito civil são os temas jurídicos da moda no Brasil. Sobretudo na última década, foram produzidas inúmeras obras versando os dois, não raro com implicações recíprocas. Pretendemos, no presente artigo, dar também uma modesta contribuição à discussão dos dois assuntos.

Especificamente, enfatizaremos a necessidade de: (i) enxergar a dignidade não como uma descoberta de tempos recentes, mas sim como uma construção histórica inacabada, de origens muito antigas; e (ii) ter-se prudência no tratamento do assunto, na medida em que a realidade prática, no que concerne à garantia da dignidade, desafia frontalmente a teoria.

Além disso, alertaremos para os riscos de uma aplicação irresponsável do princípio que, de certo modo, já vem se concretizando no Brasil, levando a desvirtuamentos vários, sem menosprezar contudo a importância de uma cuidadosa preocupação ética que deve pressupor qualquer aplicação do direito.

Por último, abordaremos a teoria da constitucionalização do direito civil, bem como a crítica à constitucionalização excessiva que já se levantou entre nós. Em seguida, enfatizaremos a necessidade de um maior rigor metodológico, fazendo algumas sugestões.

* O presente artigo foi escrito sob a orientação do Prof. JACOB DOLINGER, com quem o autor, há anos, desenvolve intensa e profícua colaboração científica. Note-se, no entanto, que as opiniões aqui veiculadas são de responsabilidade exclusiva do autor.

II. DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana é, sem dúvida, um dos princípios teóricos mais importantes que a civilização já conheceu. A ideia de que cada ser humano possui um valor intrínseco incomensurável, e de que sua existência é sagrada e não deve ser tratada como coisa, associa-se à compreensão de que todos são livres e iguais, e merecem igual respeito. A bondade e o sentimento de amor ao próximo levam à noção de que cada manifestação de consciência humana é, em si mesma, uma experiência de valor inestimável.

“Qualquer aplicação da lei é um exercício de valorização, que deve ser desempenhado com rigorosa preocupação ética.”

Os estudiosos, ao mesmo tempo em que afirmam a importância do princípio, divergem quanto à definição precisa de seus contornos e de suas bases filosóficas. A noção mais difundida é baseada na autoconsciência e autonomia do indivíduo¹. Segundo tal concepção, só o ser humano, por ser racional, é pessoa, e o direito existe em função dele e para propiciar seu desenvolvimento². Há, contudo, quem defenda uma dignidade da vida em geral, na medida em que o ser humano não é uma ilha, mas participa do fluxo vital da natureza, tendo tal fluxo também um valor próprio³.

Perceba-se que a dignidade humana apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade⁴, pois apenas um ser humano ou um conjunto de seres humanos (direta ou indiretamente, através de instituições) é capaz de instrumentalizar outro ser humano, transformando-o em objeto – *homo homini*

1 SÃO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, GBWW, 19, p. 308: "Only an agent endowed with an intellect can act with judgment which is free in so far as it apprehends the common notion of good, from which it can judge this or the other thing to be good. Consequently, wherever there is intellect, there is free choice."; IMANNUEL KANT, *The Metaphysics of Morals*, GBWW, 42, p. 271: "Now I say: man and generally any rational being exists as an end in himself, not merely as a means to be arbitrarily used by this or that will, but in all his actions, whether they concern himself or other rational beings, must always be regarded at the same time as an end."

2 JOSÉ AFONSO DA SILVA, *A Dignidade Humana como Valor Supremo da Democracia*, Revista de Direito Administrativo, n° 212, 1998, p. 90.

3 A compreensão tem influência do darwinismo e, entre nós, é exposta por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, Revista Trimestral de Direito Civil, n° 9, 2002, pp. 3-23. A propósito, o próprio DARWIN teve irônicas considerações: "*For my part I would as soon be descended from that heroic little monkey, who braved his dreaded enemy in order to save the life of his keeper, or from that old baboon, who descending from the mountains, carried away in triumph his young comrade from a crowd of astonished dogs – as from a savage who delights to torture his enemies, offers up bloody sacrifices, practices infanticide, without remorse, treats his wives like slaves, knows no decency, and is haunted by the grossest superstitions.*" (CHARLES DARWIN, *The Descent of Man*, GBWW, 49, pp. 596-597).

4 INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 7ª ed., 2009, p. 60.

Iupus, como já afirmava o milenar brocardo latino, ideia mais tarde explorada por THOMAS HOBBS⁵.

II.1) O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA DOCTRINA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

A Constituição de 1988 faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, estabelecendo-o como um dos fundamentos da República, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político. Há, ainda, referências pontuais ao princípio ao longo da Constituição.⁶ A partir dessa constatação elaborou-se, na última década, vasta bibliografia sobre o tema no Brasil.

Passou-se, então, a festejar o princípio da dignidade humana, sendo este visto como o "epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade e do mercado"⁷ ou como o "núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional."⁸

Fazendo ressalvas quanto à dificuldade de elaborar um conceito unívoco, INGO WOLFGANG SARLET propõe uma concepção abrangente da dignidade da pessoa humana:

"a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da sua própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida."⁹

5 THOMAS HOBBS, *Leviathan*, GBWW, 23, p. 84: "And therefore if any two men desire the same thing, which nevertheless they cannot both enjoy, they become enemies; and in the way to their end (which is principally their own conservation, and sometimes their delectation only) endeavour to destroy or subdue one another."

6 Art. 170, caput, art. 226, § 7º; art. 227, caput e art. 230.

7 DANIEL SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*, 2000, p. 59.

8 FLAVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988*, Revista dos Tribunais, nº 833, 2005, p. 49.

9 INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 7ª ed., 2009, p. 67.

Portanto, além de pretender assegurar a todos um espaço de autodeterminação e integridade, o princípio é associado à ideia de mínimo existencial – conjunto de bens indispensáveis e utilidades básicas para a subsistência física¹⁰, do qual nenhum indivíduo deve ser alijado.

"A dignidade humana, fundamento da República, é um dos princípios teóricos mais importantes e antigos que a civilização já conheceu."

Grande parte dos autores brasileiros enxerga a dignidade da pessoa humana como uma novidade da atual Constituição, que teria acompanhado tardiamente um movimento internacional iniciado com a perplexidade¹¹ diante das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Tal movimento pioneiro teria, como alguns de seus marcos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978).

Se é verdade que o pensamento jurídico contemporâneo teve influência marcante de eventos como a Segunda Guerra, no plano internacional, e a reação ao regime autoritário, no Brasil, preferimos enxergar a dignidade humana como uma ideia de origens tão antigas quanto a própria civilização (vide item II.2, infra). E a retórica da dignidade, infelizmente, por mais louvável que seja, não impediu práticas extremamente desumanas ao longo dos séculos. Nem mesmo na segunda metade do séc. XX, a suposta era da dignidade.

II.2) A DIGNIDADE AO LONGO DA HISTÓRIA – A IDEIA E A REALIDADE

A dignidade humana possui origens extremamente antigas. Com efeito, tal princípio já estava bem delineado na crença de que cada ser humano, independentemente das circunstâncias peculiares em que se encontra, possui certos direitos naturais. Para o jusnaturalismo, é a condição humana que torna alguém digno de certos direitos inafastáveis.¹²

Assim é que, ao longo do tempo, da dignidade humana se ocuparam os mais antigos filósofos gregos, teóricos da Igreja Católica, renascentistas, iluministas, jusnaturalistas de todos os tempos etc.

10 LUÍS ROBERTO BARROSO, *As Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo – Revisão dos Conceitos Fundamentais e Elementos do Novo Modelo*, 2008, pp. 194-195.

11 Seria mais apropriado falar em sentimento de culpa do que em perplexidade, visto que diversas nações tiveram responsabilidade pelo ocorrido, por convivência ou por omissão.

12 HUGO GROTIUS, *Direito da Guerra e da Paz, Discurso Preliminar*, XIV: "Some-se a isto que a História Sagrada, além dos Preceitos que contém para esse propósito, fornece um motivo nada desprezível para a Afeição social, uma vez que ensina que todos os homens descendem dos mesmos pais. De modo que a esse respeito pode-se verdadeiramente afirmar, o que FLORENTINUS o fez em outro sentido, que a natureza nos fez todos semelhantes: daí se segue que é um Crime para um Homem agir em prejuízo de outro".

THOMAS PAINE, em seu *Rights of Man*, de 1791, refere-se ao Gênesis, que narra a criação do homem por Deus à Sua imagem e semelhança¹³, concluindo que se isso não tiver autoridade divina tem pelo menos autoridade histórica, no sentido de que a igualdade do homem, longe de ser uma doutrina moderna, é a mais velha ideia registrada.¹⁴

No pensamento judaico, a dignidade encontra-se bem expressa na lição do rabino AKIVA, grande mestre talmúdico, de que o homicídio de um ser humano representa a diminuição da imagem de Deus.¹⁵ No Levítico, lê-se uma das normas mais básicas do Judaísmo, que é a de amar o semelhante como a si mesmo¹⁶. Note-se que o mandamento bíblico inclui também o estrangeiro, pois o imigrante que habitar no país deverá ser considerado concidadão, e amado de forma idêntica¹⁷. Ou seja: nativo ou estrangeiro, todos merecem igual consideração. A conclusão lógica é de que o respeito é devido não de acordo com circunstâncias culturais, mas sim em virtude, tão somente, da natureza humana.

O Cristianismo manteve essa visão. No Sermão da Montanha, pode-se encontrar: "Tudo o que vocês desejam que os outros façam a vocês, façam também vocês a eles, pois nisso consistem a Lei e os Profetas."¹⁸ A consideração que cada homem deve nutrir por seu semelhante é, portanto, claramente colocada como ideia chave da doutrina judaico-cristã.

A dignidade humana também estava presente no pensamento iluminista, nos sécs. XVII e XVIII. Além de THOMAS PAINE, já mencionado, nomes como JOHN STUART MILL, em *On Liberty*¹⁹; JOHN LOCKE, em *Concerning Civil*

13 Gênesis, 1:26-27.

14 *Apud* HAIM COHN, *Human Rights in Jewish Law*, 1984, p. 149, cf. JACOB DOLINGER, *Os Direitos Humanos nas Fontes Judaicas*, in *Direito e Amor*, 2009, p. 310.

15 BERESHIT RABBA, 34:326, *apud* HAIM COHN, *Human Rights in Jewish Law*, 1984, p. 149, cf. JACOB DOLINGER, *Os Direitos Humanos nas Fontes Judaicas*, in *Direito e Amor*, 2009, p. 310.

16 LEVÍTICO, 19:18 – "Não seja vingativo, nem guarde rancor contra seus concidadãos. Ame ao seu próximo como a si mesmo".

17 LEVÍTICO, 19: 33-34 – "Quando um imigrante habitar com vocês no país, não o oprimam. O imigrante será para vocês um concidadão: você o amará como a si mesmo, porque vocês foram imigrantes na terra do Egito".

18 MATEUS, 7:12.

19 JOHN STUART MILL, *On Liberty*, GBWW, 43, p. 316: "*The reason for not interfering, unless for the sake of others, with a person's voluntary acts, is consideration for his liberty. His voluntary choice is evidence that what he so chooses is desirable or at least endurable, to him, and his good is on the whole best provided for by allowing him to take his own means of pursuing it. But by selling himself for a slave, he abdicates his liberty; he foregoes any future use of it beyond that single act. He therefore defeats, in his own case, the very purpose which is the justification of allowing him to dispose of himself. He is no longer free; but is thenceforth in a position which has no longer the presumption in its favour, that would be afforded by his voluntarily remaining in it. The principle of freedom cannot require that he should be free not to be free.*"

Government²⁰; JEAN-JACQUES ROUSSEAU, em *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*²¹; e VOLTAIRE, em *Traité sur la tolérance*²²; trataram do tema. Com efeito, o princípio era a base teórica da Revolução Francesa (a despeito da violência no plano prático), o que é possível perceber a partir da leitura do art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que consagra os direitos naturais:

"Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

Como precisamente aponta SEMY GLANZ, "a França veio a difundir os princípios, muito repetidos, de *liberté, égalité, fraternité*, mas entre escrever ou falar e praticar, como se sabe, vai sempre uma certa distância"²³.

Na América do Norte, a Declaração da Virgínia (1776) estabeleceu claramente uma concepção de dignidade humana em seu artigo 1º, na forma de direitos inatos do homem:

"Art. 1º. Que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e possuem certos direitos inatos, dos quais, quando ingressam em um estado ou sociedade, não podem, por nenhum acordo, despojarem-se, ou negá-los à sua posteridade; nomeadamente, o gozo da vida e da liberdade, com o significado de adquirir e possuir propriedade, e buscar e obter felicidade e segurança."

Um alerta importante é dado pela história: a Constituição de WEIMAR (1919), em seu art. 151, I, consagrava a dignidade humana, ao estabelecer como objetivo maior da ordem econômica a garantia de uma existência digna²⁴. Isso não impediu

20 JOHN LOCKE, *Concerning Civil Government*, GBWW, 35, p. 26: "And that all men may be restrained from invading others' rights, and from doing hurt to one another, and the law of Nature be observed, which willeth the peace and preservation of all mankind, the execution of the law of Nature is that state put into every man's hands, whereby everyone has a right to punish the transgressor of that law to such a degree as may hinder its violation."

21 J. J. ROUSSEAU, *On the origin of inequality*, GBWW, 38, p. 338: "Nature lays her command on every animal, and the brute obeys her voice. Man receives the same impulsion, but at the same time knows himself at liberty to acquiesce or resist: and it is particularly in his consciousness of this liberty that the spirituality of his soul is displayed."

22 VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, p. 116: "Puisse tous les hommes se souvenir qu'ils sont frères! Qu'ils aient horreur la tyrannie exercée sur les âmes, comme ils ont en execration le brigandage qui ravit par la force le fruit du travail et de l'industrie paisible!".

23 SEMY GLANZ, *A Família Mutante*, 2008, p. 323.

24 Texto original: "Art. 151 (1): Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern."

que, alguns anos mais tarde, o totalitarismo nazista se instalasse na Alemanha, com grande apoio popular.²⁵

O orgulho ferido pela derrota na Primeira Guerra, a paz punitiva e o isolamento econômico impostos pelos vencedores²⁶, um cenário interno de hiperinflação e empobrecimento, e a inércia da sociedade internacional, ao não conter Hitler no início²⁷ – foram esses os fatores, apontados pelos historiadores, que possibilitaram a barbaridade total. Esse caldeirão político-econômico, aliado a um desvirtuamento moral sem precedentes, instaurou um dos regimes mais desumanos de que se tem notícia. O princípio da dignidade humana, bem, este era apenas uma linha da Constituição de WEIMAR, atropelada pelos acontecimentos e esquecida pela história.

Tampouco no direito constitucional brasileiro a dignidade humana constitui um princípio teórico recente. Já no Império, vejamos o que PIMENTA BUENO escreveu a respeito da Constituição Imperial de 1824, especialmente seu Capítulo II:

"Os direitos individuais, que se podem denominar naturais, primitivos, absolutos, primordiais ou pessoais do homem, são, como já indicamos, as faculdades, as prerrogativas e morais que a natureza conferiu ao homem como ser inteligente; são atributos essenciais de sua individualidade, são propriedades suas inerentes à sua personalidade, são partes integrantes da entidade humana.

25 Atualmente, as Constituições de Cuba (art. 8º) e da Venezuela (Preâmbulo) também consagram a dignidade humana, do ponto de vista formal, a despeito de serem regimes totalitaristas e violadores da dignidade humana.

26 ERIC HOBSBAWN, *A Era dos Extremos*, 2002, p. 38: "Além disso, a vitória total, ratificada por uma paz punitiva, imposta, arruinou as escassas possibilidades existentes de restaurar alguma coisa que guardasse mesmo fraca semelhança com uma Europa estável, liberal, burguesa, como reconheceu de imediato o economista JOHN MAYNARD KEYNES. Se a Alemanha não fosse reintegrada na economia europeia, isto é, se não se reconhecesse e aceitasse o peso econômico do país dentro dessa economia, não poderia haver estabilidade."

27 Veja-se a visão do próprio terceiro *Reich*, exposta por GOEBBELS: "Até agora fomos bem-sucedidos em deixar os inimigos no escuro em relação às reais intenções da Alemanha, assim como antes de 1932 nossos opositores domésticos nunca viram aonde estávamos indo e que nosso juramento de legalidade era apenas um truque. Nós queremos ascender ao poder legalmente... Eles poderiam ter nos suprimido. Eles poderiam ter prendido dois de nós em 1925 e seria nosso fim. Não, eles nos deixaram atravessar a zona perigosa. Isso foi exatamente o que aconteceu na política internacional também. ... Em 1933 um premier francês deveria ter dito (e se eu fosse o premier francês eu o teria dito): "O novo Chanceler do *Reich* é o homem que escreveu *Mein Kampf*, que diz isso e aquilo. Esse homem não pode ser tolerado na nossa vizinhança. Ou ele desaparece ou nós marcharemos!", mas eles não disseram. Deixaram-nos vizinhos e nos deixaram deslizar pela zona arriscada, e nós fomos capazes de contornar todos os recifes perigosos. E quando nós estávamos prontos, e bem armados, melhor do que eles, aí eles começaram a guerra!" (H. A. JACOBSEN, *Der Zweite Weltkrieg: Grundzüge der Politik und Strategie in Dokumenten*, 1965, 180-1, *apud* PAUL JOHNSON, *Modern Times*, p. 341, tradução livre).

Não são pois criaturas das leis positivas, sim criações de Deus, atributos do ser moral que ele formou, condições inalienáveis, imprescritíveis, por isso mesmo que sem elas o homem seria abatido e aviltado, deixaria de ser o que é.

O direito que o homem tem de defender sua existência física e moral, sua liberdade, seus direitos naturais; essa faculdade antecede a todas as leis positivas, por isso mesmo que o único fim legítimo da sociedade é de defendê-los, de assegurar o gozo deles, de consagrá-los como faróis luminosos que devem estar bem expostos aos olhos e ao respeito de todos."²⁸

No que diz respeito à Constituição Republicana de 1891, citem-se os comentários que CARLOS MAXIMILIANO teceu ao seu art. 72, §§ 1º e 2º:

"Foi preciso que o Direito descesse do céu para a terra, se humanizasse, para admitir o individuo como anterior ao Estado, e unica entidade real, activa, efficiente e responsavel. Organizou-se a sociedade para assegurar a felicidade do homem, e não para annular a autonomia e a actividade deste em proveito exclusivo daquela."²⁹

Já a Constituição de 1946, no art. 145, parágrafo único, determinava que a todos se assegurava trabalho que possibilitasse uma existência digna. Já no art. 157, I, estabelecia que o trabalhador faria jus a salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, suas necessidades normais e as de sua família.

Mesmo em relação à autoritária Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, vejamos como soa familiar o comentário de PONTES DE MIRANDA:

"A afirmação e o reconhecimento da dignidade humana, o que se operou por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade, foi o resultado de avanços, ora contínuos, ora esporádicos, nas três dimensões: democracia, liberdade, igualdade.

...

À essa caminhada corresponde a aparição de direitos, essenciais à personalidade ou à sua expansão plena, ou à subjetivação e precisão de direitos já existentes."³⁰

O princípio da dignidade humana, portanto, não é uma grande novidade do pós-guerra ou da Constituição de 1988, a impor uma revolução total no ordenamento jurídico. O que parece ter havido é uma evolução paulatina, permeada por avanços

28 JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, nº 534, p. 380.

29 CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, p. 687.

30 PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1 de 1969, tomo IV, p. 618.

e retrocessos, do significado e do âmbito de proteção daquilo que se entende por dignidade humana. Se o séc. XIX, por exemplo, privilegiou uma concepção de dignidade relacionada sobretudo à liberdade e à igualdade formal perante a lei, o séc. XX viu a igualdade material e os direitos sociais ganharem importância na discussão teórica. A síntese dialética desses dois extremos está na noção de que todos os direitos humanos, assim os liberais clássicos como os sociais, constituem um todo indivisível, e sua observância deve seguir uma lógica de ponderação, e não de sujeição de uns a outros.

Por outro lado, a realidade continua desafiando a teoria, pois o que se vê é o flagrante desrespeito, diário e persistente, à dignidade do ser humano. Para citar apenas um exemplo, observe-se o número alarmante de homicídios registrado em nosso país. Segundo estatísticas oficiais, entre 1980 e 2000, 598.367 pessoas foram vítimas de homicídios no Brasil; quase dois terços delas (369.101) somente na década de 1990³¹. Apesar de ainda não haver dados sobre a presente década, é possível que 1 milhão de pessoas (ou mais) tenham sido mortas, em nosso país, nos últimos 30 anos. Onde está a indignação humana? O Estado, bem como a Constituição e seus intérpretes, certamente tem contas a prestar em relação a tal tragédia – e a muitas outras.

LUÍS ROBERTO BARROSO, em importante obra, afirma que "a juridicização dos fatos político-econômicos, sem desprender-se de seu indispensável ímpeto transformador, não pode perder a sintonia com a realidade, num avanço teórico ineficaz"³². Assim, é preciso mais prudência ao afirmar a sublime consagração da dignidade da pessoa humana no plano jurídico, uma vez que tal postura não guarda muita relação com o que ocorre no plano prático.

A dignidade humana está no coração das pessoas de bem, e não há lei ou Constituição com o poder de fazer os seres humanos se respeitarem e amarem uns aos outros, ou que leve os governos a colocarem acima de tudo a efetivação desse valor maior. Do mesmo modo, um princípio jurídico abstrato não fará, por si só, com que juízes tornem tal valor realidade em suas decisões. A rigor, uma argumentação com base na dignidade humana pode ser utilizada, justamente, para negá-la no plano concreto. Nesse contexto, analisaremos no próximo tópico alguns riscos associados à aplicação do princípio.

31 Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – <http://www.ibge.gov.br>, acessado em 17.11.2009. O número é provavelmente ainda maior, pois a estatística oficial não consegue, geralmente, captar toda a realidade.

32 LUÍS ROBERTO BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 9ª ed., 2009, p. 69. Em sentido análogo, com ainda mais veemência, vide FLÁVIO GALDINO, **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não Nascem em Árvores**, 2005, p. 345: "O presente estudo pretendeu criticar o profundo e esquizofrênico abismo existente entre o Direito, os direitos e a realidade. Entre luzes e sombras, criticou-se o senso comum dos estudiosos e operadores do Direito que insistem em ignorar as condições reais e afirmar conceitos inadequados a direitos unificáveis".

II.3) RISCOS ASSOCIADOS À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

A dignidade da pessoa humana tem sido utilizada como argumento decisivo para resolver inúmeros casos, tanto no Brasil³³ quanto alhures³⁴. Enxergamos nesse movimento três grandes riscos: (i) reducionismo, (ii) fetichismo e (iii) insegurança jurídica.

II.3.A) REDUCIONISMO

Via de regra, os casos a serem resolvidos envolvem interesses de mais de um ser humano. Mesmo quando isso não ocorre diretamente (por uma das partes ser o Estado, por exemplo), dá-se indiretamente, pois uma decisão judicial tem sempre o potencial de afetar inúmeros interesses, sejam de pessoas ligadas ao contexto examinado, sejam da coletividade como um todo. Em outras palavras, sempre se lida, em maior ou menor grau, com a dignidade de mais de um ser humano. Nesse sentido, o argumento da dignidade da pessoa humana, quando utilizado para resolver a questão em favor de uma das partes, é arbitrário e encobre os reais conflitos e dilemas do caso.

Vejam os exemplos do direito de expulsão.³⁵ O art. 75 do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 1981) impede a expulsão de estrangeiro quando este possuir: (i) cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco anos); ou (ii) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. O parágrafo primeiro do mesmo artigo estatui que, no entanto, não constitui impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que a motivar.

33 Alguns exemplos: ROMS 11.183/PR, STJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO (DJU de 26.03.2001); HC 12.547/DF, STJ, Rel. Min. RUY ROSADO AGUIAR (DJU de 12.02.2001); e HC 71.373/RS, STF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (DJU 10.11.1994).

34 No exterior, são emblemáticos o caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional Federal da Alemanha (1958), e o caso Morsang-sur-Orge, julgado pelo Conselho de Estado francês (1995). Mais recentemente, em 2006, a Corte Constitucional Federal da Alemanha declarou inconstitucional um dispositivo da Lei de Segurança do Transporte Aéreo, que permitia ao Ministro da Defesa alemão ordenar que um avião de passageiros fosse derrubado, se fosse possível assumir que o avião seria usado contra a vida de outros, e se a derrubada fosse o único meio de evitar esse perigo iminente. O argumento foi de que causar deliberadamente a morte de pessoas inocentes violaria o direito fundamental à vida – art. 2(2) da Constituição alemã, e a dignidade humana – art. 1(1) da Constituição (*Bundesverfassungsgericht*, 59 NJW 751, 2006). Para uma análise pormenorizada do caso, vide OLIVER LEPSIUS, *Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorist provision in the new Air-transport Security Act*, *German Law Journal*, vol. 7, nº 9, 2006.

35 O exemplo é dado por JACOB DOLINGER (*Provincianismo no Direito Internacional Privado Brasileiro, Dignidade Humana e Soberania Nacional – Inversão dos Princípios, in Direito e Amor*, 2009, pp. 229 e ss.).

O Superior Tribunal de Justiça, porém, em vários *habeas corpus*³⁶, entendeu por bem ampliar o alcance dos impedimentos, ora flexibilizando o requisito da dependência econômica, ora ignorando o parágrafo primeiro, que estipula que o art. 75 não se aplica à hipótese de filho havido posteriormente ao ato delituoso. O resultado é a permanência do estrangeiro criminoso ou nocivo aos interesses nacionais, mesmo contra a letra da lei. O argumento é de que os impedimentos do art. 75 devem ser interpretados de forma extensiva, pois a dignidade da pessoa humana e a proteção da infância e da juventude (a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente) imporiam, em qualquer caso, a permanência em território nacional do pai estrangeiro de filho brasileiro.

O HC 38.946³⁷, julgado pelo STJ em 2005, é bem ilustrativo. O paciente era um estrangeiro condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, que possuía filho brasileiro. A ordem foi concedida mesmo em se tratando de filho havido após o ato delituoso, e inclusive após o decreto de expulsão, o que sugere que o expulsando gerou o filho com o único intuito de beneficiar-se do alegado impedimento.

Com o devido respeito ao STJ, o argumento da dignidade da pessoa humana é arbitrário e reducionista, e evita os reais dilemas do caso. Até que ponto é saudável uma política judicial que favoreça que criminosos tenham filhos no Brasil? O convívio da criança com um pai criminoso será mais benéfico ou pernicioso à sua formação? A dignidade de todos os brasileiros, que serão obrigados a conviver com o criminoso estrangeiro, não deve ser considerada? E os princípios da legalidade e da presunção de constitucionalidade, onde ficam, ao afastar-se, a partir de um argumento temerário, um dispositivo de lei vigente?

O argumento da dignidade da pessoa humana como base da decisão, por si só, é simplista, e ignora as diferentes escolhas dramáticas que se impõem no caso concreto. Tal postura argumentativa não atenta para o fato de que, frequentemente, há mais de uma dignidade humana em jogo. E não convence logicamente o leitor, o que diminui a legitimidade da decisão.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal segue orientação diversa, mantendo-se fiel aos requisitos do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro.³⁸ Desse modo, o STF observa que, para impedir a expulsão, o reconhecimento do filho brasileiro deve ser

36 Dentre outros: HC 31.449/DF, STJ, Rel. TEORI ALBINO ZAVASCKI (DJU de 31.05.2004); HC 38.946/DF, STJ, Rel. JOSÉ DELGADO (DJU de 27.06.2005); HC 43.604/DF, Rel. LUIZ FUX (DJU de 29.08.2005); HC 88.882/DF, STJ, Rel. CASTRO MEIRA (DJe de 17.03.2008); e HC 90.760/DF, STJ, Rel. DENISE ARRUDA (DJe de 17.03.2008).

37 HC 38.946/DF, STJ, Rel. JOSÉ DELGADO (DJU de 27.06.2005).

38 Dentre outros: HC 94.896/RJ, STF, Rel. CEZAR PELUSO (DJe de 05.12.2008); HC 82.893/SP, STF, Rel. CEZAR PELUSO (DJU de 08.04.2005); HC 80.493/SP, STF, Rel. MARCO AURÉLIO (DJU de 27.06.2003); HC 78.444/SP, STF, Rel. MARCO AURÉLIO (DJU de 17.09.1999).

anterior ao fato que ensejou o decreto expulsório (art. 75, parágrafo primeiro). Além disso, permanecem necessários os requisitos simultâneos da guarda e da dependência econômica (art. 75, II, b). Observe-se, no entanto, que os casos só chegam à análise do STF, por meio de habeas corpus, quando o STJ denega a ordem, o que ocorre, por exemplo, por questões probatórias.

II.3.B) FETICHISMO

Os autores associam o positivismo jurídico, e a lei escrita de uma maneira geral, aos horrores do nazismo e do fascismo, cujo ápice deu-se durante a Segunda Guerra Mundial. Observa-se que tais movimentos políticos ascenderam ao poder dentro da legalidade então vigente, e promoveram a barbárie em nome da lei. Aponta-se para o fato de que, em diferentes partes do mundo, o fetichismo da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, teriam servido de disfarce para regimes autoritários.

Parece-nos, entretanto, que é extremamente perigoso equiparar o positivismo ao nazismo, como se este fosse a consequência natural daquele. Procuramos demonstrar que a ascensão do nazismo deu-se em um contexto muito mais complexo, de fatores político-econômicos aliados a um agudo desvirtuamento moral (vide item II.2, supra). O principal sustentáculo do terceiro *Reich* foi provavelmente o apoio popular, e não a lei. Basta dizer que outros países com histórico de forte respeito às regras vigentes, tais como Inglaterra, França e Estados Unidos, não se tornaram totalitaristas em virtude disso.

Evidentemente, a lei formal não capta toda a realidade, nem deve ser utilizada para justificar qualquer fim. Qualquer aplicação da lei é um exercício de valoração que, sem sombra de dúvida, deve ser desempenhado com rigorosa preocupação ética. A aplicação meramente mecânica da lei tem o potencial de conduzir a enormes injustiças, o que já ARISTÓTELES reconheceu quando estabeleceu a necessidade da equidade.³⁹ O problema, contudo, não reside na lei em si, que é o instrumento democrático por excelência, mas sim no fetichismo acrítico, insensível – como todo radicalismo, também este tende ao desastre.

Ocorre que o princípio da dignidade da pessoa humana tampouco está imune ao fetichismo. O radicalismo em torno do conceito é um risco crescente, e pode

39 ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Livro V, n° 10, linhas 10-15: "O que origina o problema é o fato do equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie."

igualmente levar a grandes injustiças. Cada vez mais, o princípio é utilizado para decidir casos contra a lei, ignorando completamente institutos jurídicos historicamente construídos e aperfeiçoados. E, por vezes, isso ocorre sem que haja uma discussão mais profunda. Quiçá a percepção errada da dignidade da pessoa humana, tal como ocorreu com a da lei outrora, possa servir a outro tipo de autoritarismo: o do caos, levado a cabo, desta vez, pelo Judiciário.

II.3.C) INSEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito de contornos vagos e imprecisos⁴⁰, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade⁴¹, além de possuir natureza polissêmica. Na medida em que possui baixa densidade jurídica, transfere-se ao intérprete uma grande dose de discricionariedade.⁴²

Muitas definições doutrinárias do conteúdo da dignidade humana⁴³ abrangem quase tudo (direito à vida, liberdade, igualdade, saúde, mínimo existencial, honra, identidade cultural, cidadania etc), o que faz com que, na prática, a grande maioria dos institutos jurídicos possa ser afetada, de algum modo, pela argumentação da dignidade.

Esses dois fatores (vagueza e abrangência) conduzem ao terceiro risco: o da insegurança jurídica. O grau elevado de indeterminação, somado ao fato de que o princípio pretende abarcar quase todo o ordenamento jurídico, faz com que potencialmente se possa justificar quase qualquer coisa a partir da dignidade.

Em sentido parecido, transcreva-se o alerta de INGO WOLFGANG SARLET:

"...a transformação da dignidade em uma espécie de tabu (considerando-a como uma questão fundamental que dispensa qualquer justificação), somada à tentação de se identificar apenas em cada caso concreto (e em face de cada possível violação) o seu conteúdo, pode de fato resultar em uma aplicação arbitrária e voluntarista da noção de dignidade."⁴⁴

Nesse sentido, é preciso ser extremamente cauteloso ao invocar esse grande e sagrado valor, pois sua utilização indiscriminada e irresponsável pode levar a um

40 INGO WOLFGANG SARLET, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, 2009, p. 44.

41 CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**, Revista Interesse Público, n° 4, 1999, p. 153, apud INGO WOLFGANG SARLET, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, 2009, p. 44.

42 LUÍS ROBERTO BARROSO, **As Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo – Revisão dos Conceitos Fundamentais e Elementos do Novo Modelo**, 2008, p. 258.

43 Vide item II.1, supra.

44 INGO WOLFGANG SARLET, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, 2009, p. 46.

ambiente de desordem e decisionismo judicial, institucionalizando a jurisprudência do arbítrio.

III. A DOUTRINA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

III.1) VISÃO GERAL

Teoria intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana é a da constitucionalização do direito civil. Na segunda metade do séc. XX, as Constituições ganharam força na Europa continental, e as declarações de direitos nelas veiculadas passaram a ser vistas como sistemas de valores a direcionar e informar a legislação, a administração e a jurisdição.⁴⁵ No mesmo espírito, o direito privado passou a ser influenciado, cada vez mais, pelas Constituições.⁴⁶ Seguindo essa tendência, desenvolveu-se na última década importante corrente teórica no Brasil, inspirada principalmente em doutrina italiana, a defender veementemente a necessidade de constitucionalizar-se o direito civil.

Tal corrente defende que o paradigma da dignidade da pessoa humana implica a completa transmutação do direito civil, que teria deixado de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico. Desse modo, estaria em curso uma despatrimonialização do direito civil. A dignidade humana estaria, assim, no ápice do ordenamento, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais definidos na Constituição.

Na nossa opinião, a ideia de funcionalização leva a um perigoso contratualismo às avessas, onde são os indivíduos que servem ao Estado, enquanto o Estado é que deveria servir aos indivíduos. A Constituição e os direitos fundamentais, de fato, são importantes também no âmbito das relações entre particulares, mas em relação ao tema se fazem necessários prudência redobrada e apurado rigor metodológico, sob pena de consequências nefastas para o ordenamento jurídico.

III.2) CRÍTICA À CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXCESSIVA

Verdadeiro divisor de águas na discussão da matéria foi o artigo de DANIEL SARMENTO intitulado **Ubiquidade Constitucional: os dois Lados da Moeda**⁴⁷,

45 Nos Estados Unidos, o fenômeno não é novidade alguma, remetendo ao caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte já em 1803.

46 Um dos casos mais emblemáticos foi o caso *Lüth*, julgado pela Corte Constitucional Federal da Alemanha em 1958 (1958 BVerfGE 7, 198). No caso, porém, a Corte alemã só admitiu a eficácia mediata (indireta) dos direitos fundamentais sobre o direito privado, a operar-se através das cláusulas gerais e da ordem pública.

47 DANIEL SARMENTO, **Ubiquidade Constitucional: os Dois Lados da Moeda**, Revista de Direito do Estado n° 2, Renovar, p. 83.

em que o autor aponta dois problemas da constitucionalização excessiva do direito: (i) o aspecto antidemocrático, por retirar o direito do alcance do poder de decisão do povo; e (ii) o risco de anarquia metodológica – que não seria uma consequência necessária, mas que tem, na visão do autor, prevalecido no Brasil⁴⁸.

É preciso equilibrar a tensão entre constitucionalismo e democracia⁴⁹. O constitucionalismo, por um lado, deve impedir que a democracia se auto-imploda (como ocorreu no terceiro *Reich*), preservando as condições necessárias ao processo democrático de longo prazo. Por outro, não deve ele mesmo implodi-la, o que pode ocorrer se a excessiva constitucionalização não deixar espaços suficientemente amplos para a deliberação democrática.

DANIEL SARMENTO defende a legitimidade da constitucionalização do direito, desde que: (i) se observe uma metodologia racional e transparente; (ii) a própria jurisdição constitucional se democratize, com a participação da sociedade através, por exemplo, da figura do *amicus curiae* e de audiências públicas; e (iii) os juízes adotem uma postura moderada de respeito aos demais poderes, em razão do lastro democrático-eleitoral destes⁵⁰.

Assim, seria preciso, de um lado, a valorização da argumentação jurídica, devendo o intérprete buscar racionalmente a melhor resposta, bem como justificá-la devidamente. De outro, as regras jurídicas também devem ser respeitadas, na medida em que salvaguardam a segurança jurídica e permitem o funcionamento mais ágil e eficiente do ordenamento⁵¹.

Como resposta ao providencial artigo, LUÍS ROBERTO BARROSO propôs dois parâmetros interpretativos gerais: (i) preferência pela lei – onde houve manifestação inequívoca do legislador, deve esta prevalecer, ressaltando-se os casos de inconstitucionalidade; e (ii) preferência pela regra – as regras devem prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia⁵².

III.3) UMA PEQUENA CONTRIBUIÇÃO AO TEMA

Sem pretensão de aprofundar demais a matéria, o que fugiria do escopo do presente trabalho, teceremos também algumas considerações.

48 *Idem*, pp. 85-86.

49 *Idem*, p. 100.

50 *Idem*, p. 108.

51 *Idem*, pp. 115-116.

52 LUÍS ROBERTO BARROSO, *As Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo – Revisão dos Conceitos Fundamentais e Elementos do Novo Modelo*, 2008, p. 348. Note-se que a aplicação conjunta de princípios e regras é tarefa das mais complexas, visto que as regras também precisam legitimar-se em face dos princípios.

Na nossa visão, a teoria de que é necessário constitucionalizar o ordenamento sugere que este é inconstitucional antes do procedimento, o que viola o princípio da presunção de constitucionalidade, pelo qual não se deve declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando esta não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para a preservação da norma. Mais apropriado, portanto, é utilizar a expressão filtragem constitucional. Façamos uma analogia com a filtragem mecânica: o ordenamento infraconstitucional como um todo, tal como água que passa por um filtro, provavelmente sobreviverá, e apenas certas partículas destoantes serão retidas. No sentido de filtragem química, por outro lado, a Constituição fornecerá certos aditivos valorativos que contribuirão na interpretação das normas infraconstitucionais.

Por oportuno, observe-se que qualquer interpretação constitucional deve: (i) respeitar a liberdade e a autodeterminação do indivíduo – que a própria Constituição garante (art. 5º, principalmente *caput* e inciso X) e que, a rigor, é anterior a ela e ao Estado; e (ii) respeitar um espaço suficientemente amplo para a deliberação democrática, cuja lei é o principal veículo.

Assim, pode-se falar em uma autocontenção dupla da Constituição. Esta, por sua grandeza, reconhece que os seres humanos são intrinsecamente livres e, respeitados determinados limites, podem buscar sua felicidade onde quer que ela esteja, independentemente de qualquer vontade constitucional. Do mesmo modo, os povos são livres para se autodeterminarem democraticamente, respeitados certos limites, relacionados sobretudo aos direitos das minorias e à garantia da democracia no longo prazo.

Por último, uma breve menção ao tema da ponderação jurídica, que se faz necessária na colisão entre princípios ou direitos fundamentais. Propomos que a ponderação seja vista em sua tripla dimensão: histórica, legal e judicial.

A humanidade, entre erros e acertos, foi ponderando ao longo dos séculos, de modo que dialeticamente foram construídos e lapidados institutos e teorias, frutos de um longo e penoso aprendizado que custou muitas vidas e sofrimento. Desse modo, existe uma ponderação maior e mais sábia que aquela empreendida pelo juiz, que aqui denominamos histórica.

A segunda dimensão é a legal. Também o legislador pondera ao concretizar, dentro dos limites constitucionais, os princípios e direitos fundamentais. Assim é que são feitas, na lei, algumas opções de prevalência. Estabelecem-se, ademais, alguns parâmetros mais seguros e legítimos – do ponto de vista democrático, para resolver eventuais colisões.

Quanto à ponderação judicial, esta deve valer-se das outras duas dimensões, sintetizando-as e adaptando-as: (i) às peculiaridades do caso concreto; e (ii) ao contexto social do momento do julgamento. A ênfase nas dimensões histórica e legal

da ponderação minimiza o grande risco da técnica, que é o de levar a um subjetivismo exacerbado por parte do juiz.

IV. CONCLUSÃO

A dignidade humana, fundamento da República (art. 1º, III, da Constituição de 1988), é um dos princípios teóricos mais importantes e antigos que a civilização já conheceu. Os contornos da ideia são tão antigos quanto a própria sociedade, remetendo aos mais remotos filósofos gregos, ao pensamento judaico-cristão, aos renascentistas, iluministas, jusnaturalistas de todas as épocas etc.

No plano do direito constitucional brasileiro, a dignidade humana não é uma novidade da Constituição de 1988. Com efeito, o princípio pode ser extraído de diversos dispositivos de Constituições anteriores, e é claramente referido por juristas brasileiros, pelo menos, desde o séc. XIX.

No plano prático, porém, a realidade continua desafiando a teoria: veem-se diariamente, por toda parte, desrespeitos flagrantes à dignidade do ser humano. Já no plano judicial, isso pode ocorrer mesmo quando a dignidade humana é explicitamente referida como principal fundamento de uma decisão.

Nesse sentido, a aplicação do princípio possui três grandes riscos: (i) reducionismo, (ii) fetichismo, e (iii) insegurança jurídica. Em primeiro lugar, na medida em que sempre se lida, em maior ou menor grau, com a dignidade de mais de um ser humano, a utilização do princípio para resolver, por si só, a questão em favor de uma das partes, é arbitrária e reducionista. Em segundo lugar, o mesmo fetichismo acrítico antes relacionado à lei escrita pode apoderar-se do princípio da dignidade da pessoa humana e, como todo radicalismo, conduzir a desastres. Especificamente, há o risco de tal postura conduzir a um novo autoritarismo: o judicial. Por último, a vagueza e abrangência do princípio fazem com que se possa justificar quase qualquer ponto de vista com base nele, o que leva ao terceiro risco: o da insegurança jurídica.

Assim sendo, é preciso extrema cautela ao invocar esse grande e sagrado valor, sob pena de uma banalização irresponsável. Os bons juízes devem possuir a indispensável preocupação ética, mas devem desconfiar de atalhos milagrosos. Mais recomendável é uma postura humilde e prudente, respeitadora de institutos cuidadosamente construídos e ricamente lapidados por nossos antepassados, sem prejuízo de adaptá-los aos tempos atuais e às peculiaridades do caso concreto, na medida em que isso for necessário.

Em relação à constitucionalização do direito civil, entre nós frequentemente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, é preciso observar o risco de supressão da liberdade, em uma espécie de contratualismo às avessas, onde é o

Estado que consente com a liberdade, e não os indivíduos que concordam com o poder constituído. A Constituição e os direitos fundamentais são importantes também nas relações entre particulares, mas o tema exige prudência e rigor metodológico.

Nesse sentido, seguindo DANIEL SARMENTO, observamos que é preciso equilibrar a tensão existente entre constitucionalismo e democracia. O constitucionalismo deve impedir que a democracia se autoimploda, preservando-a no longo prazo. Por outro lado, não deve ele mesmo sufocá-la, o que ocorrerá se a excessiva constitucionalização não deixar espaços suficientemente amplos para a deliberação democrática.

A ideia de que é necessário constitucionalizar o ordenamento nos parece exagerada, pois pressupõe que as normas infraconstitucionais não respeitam a Constituição antes de efetuado o procedimento, postura esta que viola o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Preferimos utilizar o termo filtragem constitucional (filtragem mecânica, pois deixa a maior parte do objeto filtrado passar; e química, pois fornece alguns aditivos valorativos).

Qualquer interpretação constitucional deve: (i) respeitar a autodeterminação do indivíduo (art. 5º, caput e X, da Constituição); e (ii) respeitar um espaço suficientemente amplo para a deliberação democrática, cuja lei é o principal veículo. Propomos que se observe, assim, a autocontenção dupla da Constituição.

Em relação à ponderação jurídica, acreditamos que a técnica deve ser vista em uma dimensão tripla: histórica, legal e judicial. Esta última deve sintetizar as duas primeiras, além de adaptá-las às peculiaridades do caso concreto e ao contexto prevalecente no momento do julgamento. A importância dada às duas primeiras dimensões minimiza o risco de um subjetivismo exagerado por parte do juiz.

A Constituição deve ser valorizada e cumprida; mas sem que se abandone a milenar tradição dos institutos do direito civil, cuidadosamente construídos e ricamente lapidados ao longo dos séculos.