

A Dignidade de Todos e de Ninguém

RODRIGO MORAES LAMOUNIER PARREIRAS

Juiz de Direito da Comarca de Contagem/MG, Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP.

RESUMO: A concepção dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, a caracterizar o denominado Estado Democrático de Direito, parte de uma leitura histórica inapropriada, na qual, em vez de se tomar como parâmetro comparativo a vida do Direito nos constitucionalismos sucessivos da modernidade e da contemporaneidade, levam-se em conta os ideários desses movimentos. A dignidade da pessoa humana é normativamente vazia, pois, na fundação constitucional do Estado, não encontra categoria oposta admissível. A partir do surgimento do indivíduo moderno, na espiral da dissolução de valores pré-constituídos, o conflito interpessoal suscita, originariamente, a normatividade, na tensão entre igualdade e liberdade, servindo o Direito como *medium* entre a moral universal, consistente na atribuição recíproca de direitos entre os indivíduos, e as realidades nacionais particularizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Valores; constituição; normatividade; dignidade humana; vazio normativo.

ABSTRACT: The concept of fundamental rights as an objective order of values, to characterize the so-called Democratic State of Law, is based on an inappropriate historical interpretation, in which, instead of assuming as a comparative parameter the existence of Law in a series of constitutionalisms of modern times, it takes into account the ideals of such movements. Human dignity is a normative void, since, in the constitutional foundation of the State, there is no acceptable contrast category. Since the advent of the modern individual, in the spiral of dissolution of pre-constituted values, the interpersonal conflict leads to, originally, the normativity in the tension between equality and freedom, thus making Law play the part of a medium between universal moral, which consists in the reciprocal attribution of rights among the individuals, and their particular national realities.

KEYWORDS: Values; constitution; normativity; human dignity; normative void.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O vazio normativo da dignidade da pessoa humana; 2 A tensão construtiva (constitucional) entre igualdade e liberdade; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

As reflexões expostas no presente artigo tiveram origem em estudos realizados para a apresentação de trabalhos acadêmicos no curso de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público.

No início das pesquisas, tinha-se uma postura de adesão à linha de pensamento pertinente ao tema, sustentada por estudiosos de reconhecido mérito,

como Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, Judith Martins-Costa, Claus-Wilhelm Canaris, entre outros. Porém, como resultado, inclusive, da incursão por obras essenciais para a construção do marco teórico a ser adotado na dissertação de conclusão do curso de Mestrado – sobretudo Jürgen Habermas e Luiz Moreira –, afigurou-se inevitável a elaboração do esboço crítico que se segue.

A despeito da contundência de algumas passagens do texto ora exposto, característica inerente a um debate entre posições jusfilosóficas diametralmente opostas, é imperativo ressaltar o inegável contributo das teorias axiológicas (esposadas pelos primeiros autores acima mencionados) para o aprimoramento das instituições democráticas no Brasil, pelo menos nos últimos vinte anos. Destaca-se, a propósito, o seu pioneirismo na formação da cultura jurídica nacional contemporânea, de forma a estabelecer o contraponto em relação à anomia e à atitude omissiva que ainda predomina ao sabor do adesismo irrefletido às formas tradicionais de se pensar o Direito.

Alguns dos principais aspectos dessa teoria, calcada em valores, foram abordados de forma geral, impondo-se, portanto, observar que a generalização pode sacrificar alguma posição divergente, porém secundária, de um ou de outro autor.

O artigo desenvolve-se em duas partes. Na primeira, procurou-se traçar as linhas gerais de um questionamento da teoria dos direitos fundamentais como “ordem objetiva de valores”, expondo, com recurso a partes ilustrativas dos próprios textos objetadas, as impropriedades que comprometem a sua pretensão de fornecer justificativas aceitáveis para o constitucionalismo contemporâneo. Já o segundo seguimento consiste em um esboço das perspectivas lançadas pelo pensamento jusfilosófico que, conquanto assumindo a falência das concepções jurídicas filiadas à Filosofia da Consciência, considera a viabilidade, antes, a necessidade, da reconstrução da racionalidade normativa. Finalmente, dedica-se um tópico às conclusões.

1 O VAZIO NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pode-se dizer, em conformidade com o que se vê no pensamento jurídico europeu e brasileiro, que a noção de direitos fundamentais como ordem objetiva de valores constitucionais irradiadores teve uma de suas origens na leitura que se costuma fazer, sem grandes dissonâncias entre os seus adeptos, das transições entre o Antigo Regime e o Estado Liberal e entre este e os denominados Estado Social e Estado Democrático de Direito. Isto se mostra claro nos diversos textos ora abordados, dada a dedicação, não raro esmerada, dos seus autores à análise do processo histórico que resultou nos movimentos constitucionais da modernidade e da contemporaneidade, tomando esta conduta como verdadeira opção metodológica.

Nesse esforço, é que, num primeiro momento, imputa-se à concepção liberal dos direitos fundamentais, predominante no século XIX, o tratamento unívoco e unidimensional do fenômeno jurídico: direcionados exclusivamente contra o Es-

tado, tais direitos constituiriam instrumentos para afastar a ingerência do Poder Público na liberdade individual e na propriedade. No Estado Liberal, como corolário, reforçava-se a subjetividade jurídica, e o Código Civil aparecia como contraponto da Constituição, aquele expressando o cerne da sociedade civil dos “iguais”, enquanto esta ostentava o sistema dos cânones de controle e cerceamento do arbítrio do Estado: tinha-se o indivíduo como titular e o Estado como sujeito passivo dos direitos fundamentais, sendo estes de feição estritamente defensiva.

Em seguida, na mesma linha de pensamento, a transição do Estado Liberal ao Estado Social surge como a via de ruptura com as categorias jurídico-políticas da fase precedente. Desafiado pela crise social do fim do século XIX, que desacreditou o ideal liberal da autorreprodução exitosa da sociedade civil, o Estado, a partir de novos movimentos constitucionais, abandona o sistemático absentismo e passa a assumir um caráter inerente nos, até então intocáveis, domínios privados. O Poder, nas suas três funções (executiva, legislativa e jurisdicional), transmuda-se de mero garante do livre fluir do mercado, concebido na utopia liberal como instância suficiente da emancipação humana, em regulador do domínio privado e realizador concreto da igualdade e da liberdade, na medida em que edita normas tutelares especiais para os economicamente fracos nas relações jurídicas (direito do trabalho, por exemplo), contra a discriminação de minorias étnicas, etc., e na medida em que implementa políticas de seguridade e assistência social.

No aspecto estritamente jurídico, ainda segundo o pensamento predominante, de inspiração substancialista e axiológica, o advento do Estado Social e do Estado Democrático de Direito teria representado a transformação estrutural do Direito. A Constituição e as relações privadas, antes universos estanques, apenas formalmente relacionados, ganhariam, sob a supremacia da primeira, um novo dimensionamento: numa superação progressiva da dicotomia entre Direito Público e direito privado, os valores clássicos deste último, caros aos liberais – a liberdade, a propriedade – restariam submetidos à construção constitucional dos direitos fundamentais. Essa transformação se operaria na esteira da concepção dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores-princípios, destinada à materialização da dignidade da pessoa humana e inspiradora de todas as relações jurídicas.

Evidentemente, a revolução liberal, primeiro movimento constitucional da modernidade, tinha na negação do Estado a tônica do seu ideário. Concebiam-se, em expressiva sintonia com expoentes do pensamento iluminista, a sociedade civil emergente – ombreada pela pujança econômica da burguesia – como o estado de natureza reprimido pelas instituições do antigo regime. Nesse sentido, a revolução representaria a vitória da sociedade dos livres e iguais, portadores da razão, contra a opressão obscurantista representada pelo absolutismo monárquico, aliado à Igreja e às tradições medievais.

Todavia, já adotando a linha crítica em face da teoria dominante, a construção do Estado Liberal, como, de resto, a de qualquer ordem político-social no curso da história, não seguiu literalmente a intencionalidade dos seus criadores.

Não se pode dizer, com efeito, que, com a vitória da Revolução Francesa, o estado de natureza, integrado por homens iguais, livres e fraternos, venceu. A ideologia da negação do Estado terá sido apenas parte, expressiva é verdade, de uma realidade consolidada, inclusive, apesar das intenções revolucionárias. Aliás, se o contrário tivesse ocorrido, hoje nós estaríamos a usufruir do paraíso criado pelos burgueses vitoriosos, detentores da verdade, e não, discorrendo sobre a temática dos direitos fundamentais.

Esse comentário seria fútil, óbvio mesmo, diante de historiadores, que há muito superaram a concepção do processo histórico como realização da vontade clarividente dos seus sujeitos. Mas, dadas as bases sobre as quais foi construída a teoria axiológica dos direitos fundamentais, a observação é essencial para o marco crítico que se pretende esboçar.

A visão de que, até início do século XX, os direitos fundamentais, no arcabouço restrito do liberalismo (propriedade e liberdade, com relevo da autonomia privada de viés patrimonial), seriam estruturalmente unidimensionais e unidirecionais, constituindo relações de caráter defensivo entre indivíduo e Estado, enquanto “poder a ser cerceado”, nada mais é do que a transposição para o direito da concepção liberal idílica da sociedade civil. Em suma, no intento de realizar o corte entre o Estado Liberal e o Estado Social, o pensamento axiológico tomou o ideário liberal como efetivo no mundo jurídico das primeiras ordens constitucionais modernas. Nesse passo, a fim de ilustrar esta inadequada transposição, transcreve-se trecho exemplificativo de Judith Martins-Costa:

De fato, a concepção do papel – ou das eficácias – dos direitos fundamentais era unívoca, unidimensional como noção abstrata de ‘sujeito de direito’ e totalmente unidirecional: os direitos fundamentais (então, mais habitualmente designados “direitos humanos”) eram tidos como um ‘instituto específico’ das relações entre o indivíduo e o Estado; sua dimensão ou finalidade limitava-se à salvaguarda da liberdade (propriedade) individual; e seu direcionamento passivo era contra o Estado, o poder a ser cerceado. (Martins, 2006, p. 69)

A sociedade, como pretensa manifestação do estado de natureza, desconhece o conflito entre os indivíduos, tidos como originalmente iguais e livres. Mas tal ideologia nunca vicejou, senão nos discursos revolucionários. Nem poderia ser diferente. A própria ideia liberal já encerra, na origem, uma contradição: se se afirma a sociedade civil como estado natural, portanto, essencial, da realidade, esta, para se autorreproduzir, bastar-se-ia, não necessitando de um ente heterônomo (Estado), ainda que para exercer a vigilância garantista externa. Assim, somente a presença do Estado, mínimo, policial que seja, já supõe uma relação conflituosa entre os “iguais”, membros da sociedade civil, a demandar ingerência normativa. O Estado, enquanto “mal necessário”, traz, em germe, o paradoxo fundamental do liberalismo puro. Em que pese a prevalência ideológica, no liberalismo, dos direitos fundamentais como instrumentos defensivos do indivíduo contra o Estado, eles sempre foram providos de eficácia horizontal. Em suma, o Estado, não no ideário, mas no mundo jurídico do libe-

ralismo clássico, existia para garantir que uns respeitassem, sobretudo, o direito de propriedade e a liberdade dos outros, e, por imposição racional de tal arcabouço normativo, também assumia, como regra, uma postura absenteísta.

Por outro lado, a defensividade dos denominados direitos fundamentais liberais produziu uma relação de excludência entre o Código Civil e a Constituição. Aliás, tal foi a intensidade dessa compartimentação, que, ainda hoje, ela exerce forte influência em certa tradição civilista que, infensa à normatividade constitucional, pensa o direito civil como verdadeira “Constituição” do direito privado. Contudo, a leitura axiológica desse fenômeno, mesmo admitida alguma validade histórica, para explicar, por exemplo, o surgimento do civilismo tradicional, não autoriza as conclusões substancialistas no que diz respeito à sua formação estritamente jurídica.

Os textos em comento dão a entender que a timidez da jurisdição constitucional, nos estados nacionais liberais, residia na intangibilidade formal havida entre o Código Civil e a Constituição. Releva, nessa tese, e aí se encontra a pretensão de peculiarizar, neste ponto específico, o Direito do Estado Liberal, que a excludência recíproca das duas esferas se operou por um particular conteúdo intocável do direito privado, como se os institutos deste realmente habitassem plano diverso daquele do arcabouço constitucional. Ou seja, à semelhança do que se deu com a transposição do ideário liberal para o Direito do Estado Liberal, a teoria axiológica parece admitir que o Direito já vicejou como o quiseram (e querem) as correntes civilistas tradicionais. A propósito, seguem transcrições elucidativas do pensamento que se questiona:

Nesse panorama, o modelo de relacionamento entre o Código Civil e a Constituição era basicamente formal, hierarquizado e não-dialético. Por consequência, falar-se em relação entre direitos fundamentais e direito privado – ou, mais ainda, entre direitos fundamentais e relações jurídicas privadas – constituía uma impossibilidade histórica. Como afirma Vieira de Andrade, os direitos fundamentais ‘não poderiam deixar de ser então concebidos dessa maneira’, isto é, na sua eficácia unidimensional, como direitos dirigidos contra o Estado para assegurar a liberdade individual. Poder-se-ia dizer que um profundo fosso separava os direitos fundamentais da dinâmica interior do direito privado. (Martins, 2006, p. 69)

Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do direito privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do direito privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. (Sarmiento, 2006, p. 13)

Na verdade, a aparência de tal cisão provém de tentativas de justificação liberal do Direito: o Código Civil, como expressão normativa da sociedade dos

iguais, teria existência autônoma em face da Constituição, identificada, por sua vez, com o Estado, merecedor de essencial desconfiância. No entanto, estados não são fundados assim, e, tampouco, sistemas jurídicos. As normas civis aparentavam autonomia por força das próprias normas constitucionais. A Constituição, como decisão fundamental, é que conferia, como ainda hoje o faz, a validade formal e material aos institutos civis, meras especificações de uma vontade política superior. Mesmo porque, o pensamento contrário, paralelamente ao que se dá na concepção axiológica da unidimensionalidade dos direitos fundamentais entre os liberais, traz a nota contraditória da prescindibilidade da própria Constituição: sua existência não teria sentido, pois, desprovida da legitimidade haurida nos foros democráticos de formação do consenso, seria apenas a normatização da violência estatal a ser afastada pela normatização civil.

Se não se pode entrever caráter unidimensional e unidirecional nos direitos fundamentais típicos do liberalismo, a construção do Estado Social, e, posteriormente, o incremento do Estado Democrático de Direito, tampouco se caracterizou por uma mudança estrutural das relações jurídicas entre indivíduo e Estado, pelo menos não nos termos postos pela teoria axiológica. Segundo esta, em linhas gerais, o advento do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, com a ampliação da compreensão existencial do indivíduo, sob o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, teria construído um arcabouço de valores-princípios, providos de efeito irradiante por todo o ordenamento, de forma a superar a unidimensionalidade subjetiva dos direitos fundamentais de enfoque liberal. Estes seriam progressivamente limitados pela atuação do Estado, nas três funções do Poder e nos diversos níveis decisórios, por meio do exercício da ponderação, sujeitando não apenas o Poder Público, transformado em sujeito passivo de direitos prestacionais, mas os próprios particulares, na forma de restrições aos seus direitos e liberdades e, também, na forma de prestações positivas.

Foge aos limites do presente artigo adentrar profundamente o campo de indagação do que venha a ser e representar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Mas a vagueza do conceito ressalta, de forma quase confessa, nos textos ora abordados, desafiando comentários necessários ao desenvolvimento do tema proposto. Ao contrário do que usualmente se afirma, a insuficiência conceitual do referido princípio não tem solução similar à dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, tais como o interesse público, a função social da propriedade, etc.

É postulado filosófico de ampla aceitação que a percepção da existência de algo supõe o reconhecimento do seu contrário. Isso se aplica ao universo das coisas e a universalidades particulares, como o sistema jurídico. Neste, segundo o seu código linguístico, o reconhecimento ou a validade de determinado conceito prende-se ao estabelecimento dos limites externos do sistema, à contrariedade entre lícito e ilícito, resultando, no seu processo aplicativo, na possibilidade de detecção e exclusão da ilicitude, por meio das sanções disponíveis.

Ora, o valor da dignidade da pessoa humana segue a mesma relação de inclusão-exclusão. O sistema do Direito é feito por homens e pelos homens, não se conhecendo, na fundação da sociedade política, o “outro” indigno do homem. Desse modo, se a construção da norma contempla o hipotético conflito entre indivíduos humanos, o dito valor padece de absoluta carência normativa, pois os conflitantes, homens (ou categorias jurídicas que lhes sirvam), são providos da mesma dignidade: em suma, não se pode reconhecer validade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana, senão para fornecer identidade ao sistema, da mesma forma que se dá com o código binário lícito-ilícito, para usar famosa expressão de Luhmann, embora em acepção diversa, e sem o compromisso de seguir-lhe os passos.

Já os mencionados conceitos indeterminados (interesse público e função social da propriedade), ao contrário, extraem o seu vigor normativo da tensão entre igualdade e liberdade, tensão esta imanente ao sistema jurídico. A indeterminação conceitual dessas categorias encontra, portanto, nas atividades do legislador e do julgador, o imprescindível suprimento, definindo-se, respectivamente, na hipótese normada ou no caso julgado, a prevalência, ou não, e os limites do conceito. Enquanto nas hipóteses normativas constituídas por genuínos conceitos jurídicos indeterminados estão em disputa bens passíveis de diferenciação dentro do sistema – interesse público contra interesse privado, por exemplo – a afirmação da dita dignidade da pessoa humana remete o seu oposto para fora dele. Desse modo, não há conflito de interesses hipotético a desafiar a normatização com base na dignidade da pessoa humana, pois, nos casos concretos possíveis, nenhuma das partes pode ser considerada, aprioristicamente, titular de algum interesse desprovido de dignidade.

Talvez, numa concessão quase retórica, o princípio em questão teria, ao contrário, uma espécie de “normatividade plena”, de tal sorte que, atribuído, de plano, a todos e a cada um, seria, por conseguinte, desprovido de judiciabilidade: a apreciação do caso concreto, de qualquer modo, não forneceria ao julgador as variáveis para autorizar-lhe a aplicação, dada a sua imanente imponderabilidade. Ostentaria, em suma, um caráter meramente simbólico, como que para assinalar a distinção, espacial e temporal, da ordem constitucional vigente em determinado Estado em relação a outras que não consagrariam tal princípio-valor.

As teorias axiológicas, no intento de afastar esta incômoda impressão de “lugar nenhum” da dignidade da pessoa humana, procedem a uma construção inconsistente, ao defini-la como cerne da chamada ordem objetiva de valores-princípios constitucionais, em oposição aos denominados direitos de primeira geração, oriundos da ruptura liberal. Assim, os direitos patrimoniais são tratados como subalternos em face dos direitos fundamentais provenientes das duas rupturas constitucionais posteriores (Estado Social e Estado Democrático de Direito), como se os primeiros tivessem sede infraconstitucional. Com isso, o princípio da dignidade e seus consecratórios “ganham” a “diferenciação qualitativa” de que são ontologicamente carentes, autorizando, nas diversas esferas decisórias do Estado, formas de aplicação que in-

variavelmente resultam na imposição de princípios atrelados ao dito núcleo objetivo constitucional, em detrimento da denominada autonomia privada.

Neste ponto, mais uma vez, as teorias axiológicas parecem “levar a sério” o ideário liberal como realidade jurídica pronta. Numa interdisciplinariedade algo desavisada entre História e Direito, tomam a pretensão ideológica civilista de constitucionalizar o direito privado como característica essencial do sistema jurídico do Estado Liberal. Daí, as rupturas subsequentes (Estado Social e Estado Democrático de Direito) teriam vindo para, em contraposição ao primado da igualdade formal, atrelada aos valores burgueses, relegá-los ao *status* infraconstitucional, subordinando-os à dita ordem objetiva de valores.

Mas as intenções que animaram os movimentos constitucionais da modernidade e da contemporaneidade, com seus conteúdos valorativos, malgrado sejam historicamente relevantes e providas de certa utilidade para a compreensão do jurídico, morreram com as pessoas e classes que as trouxeram. Fato é que, no âmbito essencial da evolução do Direito, a partir da Revolução Francesa, há muito mais pontos comuns do que dissonâncias, ou mesmo, mais continuidade do que descontinuidade. Basta dizer que a inquietação fundamental dos chamados contemporâneos, conquanto sobremodo intensificada, pelo florescimento incontrolável da pluralidade de formas de vida em sociedade, permanece qualitativamente idêntica à dos modernos: o indivíduo, na esteira da superação das tradições medievais, que teve início na Reforma e no Renascimento, depara-se com o semelhante (o outro), e não mais encontra a (pré-) solução dos conflitos interpessoais nos estatutos pétreos da tradição jurídica romano-canônica. Daí se instala o desafio persistente do engendramento racional da sociedade política, numa tessitura que permita uma convivência tensa, porém construtiva, entre igualdade e liberdade. Emerge, com a modernidade, uma demanda normativa, e não valorativa, a qual se reflete no imperativo de se encarar a Constituição como decisão normativa fundamental, por pressupor a conflituosidade de indivíduos que se pretendem iguais e livres.

A modernidade, precisamente, despiu o indivíduo da comodidade proporcionada pelos valores, mostrando-lhe, progressivamente, a inconsistência de tudo que possa soar, a princípio, como um “bem” para todos, conforme se vivenciava, à sensação de imemorialidade das instituições medievais. Nesse sentido, a visão da Constituição como ordem objetiva de valores significa uma espécie de ressurgimento conceitual temporão da pré-modernidade.

2 A TENSÃO CONSTRUTIVA (CONSTITUCIONAL) ENTRE IGUALDADE E LIBERDADE

Já o anseio de reconhecimento intersubjetivo, traduzido em necessidade normativa, este sim, apresenta-se como o cerne construtivo do Direito dos modernos e contemporâneos, numa moral argumentativa de vocação universal que preconiza, na origem das ordens jurídicas particulares, a atribuição recíproca de iguais direitos e liberdades entre os indivíduos. Neste ponto, marcado, sobretudo, pelo contributo do pensamento de Habermas, o Direito, em sua re-

lação complementar com a moral, insere-se como mediador entre esta instância universal e os conjunturais desafios inerentes aos processos de formação das ordens jurídicas particulares. Segundo Habermas (2003, p. 162):

Resumindo, é possível constatar que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito, estabelecem o código jurídico enquanto tal. Numa palavra: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos. Nesta institucionalização jurídica do *medium* jurídico, ainda não se trata dos conhecidos direitos fundamentais liberais. Mesmo prescindindo do fato de que, neste nível, ainda não se pode falar de um poder do Estado organizado, contra o qual os direitos de defesa deveriam dirigir-se, os direitos fundamentais, inscritos no próprio código do direito, continuam, por assim dizer, insaturados. Eles precisam ser configurados e interpretados por um legislador político, de acordo com as circunstâncias. O código do direito não pode ser instaurado *in abstracto*, e sim de modo a que os civis, que pretendem regular legitimamente sua convivência com o auxílio do direito positivo, possam atribuir-se reciprocamente determinados direitos.

O Direito justifica-se funcionalmente pela insuficiência do referido reconhecimento intersubjetivo nas realidades dos estados nacionais, em que as formas discursivas latentes no mundo da vida veem-se perturbadas pela interferência colonizadora do poder econômico e das manifestações do poder político. Desse modo, se na vida dos Estados, a soberania popular, de um lado, e a declaração de direitos individuais, de outro, refletem, de forma tensionada, a coexistência primordial e aparentemente, apenas aparentemente, antinômica entre igualdade e liberdade, o Direito apresenta fundamental feição procedimental. Ao promover o equilíbrio normativo de ambas as esferas, a normatização não endossa valores, senão lança-os em permanente problematização, fiel à tarefa ostensiva e, talvez, interminável de realização da moral argumentativa.

Daí, em mais uma nota crítica, a pretensão de normatizar valores, tal como se vê na concepção da Constituição como ordem axiológica objetiva, nega o compromisso moderno e contemporâneo com o porvir. Os valores, uma vez constitucionalizados, mormente em cláusulas pétreas, convolam-se em amarras à função mediadora procedimental do Direito, frustrando as potencialidades inovadoras inerentes à tensão entre soberania popular e declaração de direitos. Em síntese, o valor consiste em uma espécie de norma datada que, uma vez pretensa norma jurídica, surge como um sujeito estranho e invasivo, reifica-se, obstaculizando que se opere o conflito-reconhecimento dos sujeitos “reais”.

Expondo uma nuance emblemática de tal fenômeno, Luiz Moreira¹ observou que a “hifenização” dos diversos ramos do Direito, ou seja, a sua apropriação pelo direito constitucional – por exemplo, direito constitucional-tributário,

1 Em palestra proferida no “Seminário estadual sobre controle orçamentário e políticas públicas: em busca da efetivação dos direitos fundamentais”, promovido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos dias 3 e 4 de julho de 2008, na cidade de Belo Horizonte/Minas Gerais.

direito constitucional-administrativo, direito constitucional de família – reflete um artifício marcante da atual constitucionalização dos estados nacionais para subtrair das esferas decisórias democráticas, ou seja, da tensão construtiva entre soberania popular e declaração de direitos, a produção normativa.

O mesmo filósofo sustenta, no intento de viabilizar a realização procedimental do Direito, a retomada de uma constituição textualmente reduzida, e, principalmente, quanto ao controle normativo, limitada apenas ao crivo de validade formal dos enunciados ingressantes no sistema:

O sistema posto pela Constituição passa a ser fechado, exatamente por inadmitir proposições que a contradigam. Nesse caso, a propalada pluralidade só admite identidade, tendo aversão à diferença conceitual ou a uma terceira perspectiva. Nesse caso, a única saída para a Constituição seria constituir-se como um sistema formal de controle de validade normativo. Jamais poderia propugnar pelo controle material das normas, pois, como instância de controle de validade, sua tessitura deve ser permanentemente forjada.

Por exercer primazia no ordenamento jurídico, a Constituição já opera com a compatibilização de diversos consensos históricos que se exprimem nos códigos e leis atinentes à regulação dos diferentes aspectos da vida. Nesses consensos, o *quorum* exigido para a modificação desses institutos lhes permite uma maior abertura à simetria entre soberania popular e legalidade. O problema consiste exatamente no acúmulo de tarefas avocado pela Constituição. (Moreira, 2007, p. 91)

A desconstitucionalização de conteúdos de valor, na verdade, prestigia os valores, porém, como expressão da pluralidade das formas de vida, característica marcante da contemporaneidade. Ao contrário, a pretensão de normatizá-los obsta o pluralismo, pois este se caracteriza não pelas manifestações culturais já existentes, que apenas lhe dão visibilidade, mas pela liberdade de cada indivíduo de a elas aderir ou delas dispor, e, no mesmo passo, concomitantemente, por força da igualdade, pelo dever de reconhecer ao outro liberdade idêntica. A superação do indivíduo liberal não deve levar à supressão da individualidade, sem a qual se compromete a perspectiva do devir.

CONCLUSÕES

Sumariamente, seguem as conclusões.

A concepção da Constituição, como ordem objetiva de valores, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, assenta-se em uma transposição desavisada de arcabouços ideológicos historicamente datados para o Direito, os quais passam a informar a estrutura da própria relação jurídica e da respectiva normatização.

O princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se carente de normatividade, por não encontrar no sistema jurídico categoria oposta que lhe confira existência, ao contrário do que se passa com os chamados conceitos jurídicos indeterminados.

As teorias axiológicas somente logram emprestar-lhe uma normatividade artificiosa, na medida em que lhe submetem, e aos princípios correlatos, os chamados direitos de primeira geração, de forma a que estes sempre resultem excluídos, nas esferas decisórias do Estado, ao fim dos processos aplicativos do Direito.

O desafio que se coloca diante do indivíduo contemporâneo, à semelhança do moderno, conquanto intensificado pela inumerável pluralidade das formas de vida, marca da contemporaneidade, consiste, precisamente, em construir modelos de convivência num ambiente universal de dissolução de valores: não há uma concepção de “bem” que seja palatável a todos. Daí a pretensão de extrair normas de valores, conforme se verifica na tese dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, constituir um anacronismo pré-moderno.

Despidos de valores homogêneos, e, assim, não mais encontrando a (pré-) solução dos seus conflitos em instâncias imemorais e postas, os indivíduos reconhecem-se na alteridade, de onde o norte normativo passa a ser a tensão entre igualdade e liberdade, em um reclamo de construção procedimental do Direito.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.
- CHEQUER, Cláudio. *O ministério público e a promoção dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- _____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.