

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: RECONHECIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO SEU CONTEÚDO

Title: Principle of Human Dignity: recognition of its contents as existential minimum

NADIALICE FRANCISCHINI DE SOUZA
Doutoranda em Novos Direitos e Relações Sociais pela UFBA e Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA

Resumo: Como o próprio título sugere, busco no presente trabalho verificar qual o conteúdo do princípio da dignidade humana, partindo de dois pressupostos: um que os princípios tem conteúdo axiológicos de acordo com o momento sócio, histórico e cultural onde está inserido; e de que os direitos fundamentais tem incidência tanto nas relações entre o indivíduo e o Estado, quanto nas relações entre particulares. A conclusão que chego é que, sendo a dignidade o princípio basilar dos direitos fundamentais, o seu conteúdo é o mínimo existencial, preenchido de acordo com as previsões constitucionais de cada ordenamento jurídico.

Palavras-Chaves: dignidade humana, conteúdo, mínimo existencial.

Abstract: As its title suggests, I search in this paper to verify the content of the principle of human dignity, based on two presupposition: first, that the principles have an axiological content according to the socio, historical and cultural time where it operates; and, second, that fundamental rights has an impact so in relations between the individual and the state as relations between individuals. The conclusion I draw is that the dignity and the fundamental principle of fundamental rights, their content is the existential minimum, completed in accordance with the predictions of each constitutional law.

Key Words: human dignity, content, existential minimum.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 COMPREENSÃO DO TERMO PRINCÍPIO: 2.1 Conceituação conforme Ronald Dworkin; 2.2 Princípios Segundo de Robert Alexy; 2.3 Conceituação de Humberto Ávila. 3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: 3.1 Aspectos Históricos; 3.2 Eficácia Dos Direitos Fundamentais: 3.2.1 Eficácia Clássica dos Direitos Fundamentais; 3.2.2 Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. 4 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: 4.1 O Problema da Delimitação do Conteúdo; 4.2 O Mínimo Existencial como Conteúdo da Dignidade Humana. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade humana tem sido utilizada pela doutrina e pela jurisprudência como instrumento de retórica, ou seja, serve como meio de argumentação para justificar diversas concepções, algumas inclusive contrárias. Isso decorre do fato de que a mesma não tem estabelecido claramente qual o seu conteúdo.

A questão da delimitação do seu conteúdo passa por dois problemas: o primeiro pela análise da conceituação de princípio enquanto carga valorativa distinta das regras; o segundo pela verificação de qual o âmbito de incidência dos direitos fundamentais.

Isso porque, enquanto elemento axiológico a dignidade deve ser estudada de acordo com o momento social, histórico e cultural na qual está inserida. Entretanto, deve-se aceitar que apesar de ter surgido como fundamentação da proteção do indivíduo contra o Estado absolutista, atualmente, é argumento para, nas relações privadas, reconhecer que as partes presentes não mais iguais e que também merecem proteção.

Desta forma, o problema que apresento para estudo no presente trabalho é a questão do conteúdo da dignidade que atenda ao seu aspecto valorativo, mas também esteja em consonância com a correta aplicação dos direitos fundamentais nas relações públicas e privadas.

Com esse foco, tenho como objetivo geral verificar se o mínimo existencial serve como conteúdo da dignidade. Já como objetivos específicos tentarei provar o caráter axiológico dos princípios e incidência dos direitos fundamentais tanto nas relações públicas, segundo a visão clássica, quanto visão incidência nas relações entre particulares.

Para tanto, o artigo está estruturado em três capítulos de conteúdo. No primeiro estudarei a delimitação do termo princípio sob a visão de três doutrinadores: Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila. No segundo capítulo verificarei a questão da aplicação dos direitos fundamentais na concepção vertical e horizontal. E no terceiro e último capítulo abordarei o problema central do trabalho, buscando provar que o mínimo existencial é o conteúdo do princípio da dignidade humana.

2. COMPREENSÃO DO TERMO PRINCÍPIO

Para poder compreender o conteúdo do princípio da dignidade humana, primeiramente é importante distinguir conceituar o termo princípios, distinguindo-o da noção de regras. Isso porque, as normas jurídicas estão eivadas de valores que se manifestam sob essas duas formas.

Dentre os estudiosos sobre o tema, destaco os ensinamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila.

2.1. Conceituação conforme Ronald Dworkin

Para Ronald Dworkin as regras são normas aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, se a regra é válida, então a resposta por ela fornecida deve ser aceita, mais se é inválida, em nada contribui para a decisão¹. Entretanto, não é possível reduzir todos os ordenamentos jurídicos às estruturas jurídicas das regras, colocando os princípios ao lado destas².

Estes, segundo o autor, devem ser analisados sob dois enfoques: em sentido amplo e em sentido restrito. No primeiro caso, o termo princípios designa a forma genérica, para indicar um conjunto de padrões formados, em sentido lato, pelas políticas e outros tipos de padrões que não são as regras. Já no sentido restrito, o termo representa um padrão que deve ser observado por ser uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.³

Analisando a conceituação de Ronald Dworkin, observa Carla Faralli que os princípios são

realidades heterogêneas em relação às regras, mas são complementares a elas no ordenamento jurídico: as regras são válidas enquanto normas estabelecidas, e podem ser mudadas somente por força de uma deliberação, enquanto os princípios são válidos enquanto correspondem a exigências morais sentidas num período específico, e seu peso relativo pode mudar no decorrer do tempo.⁴

O conteúdo material do princípio, seu peso específico, é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação determinada. Eles orientam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando violá-los.⁵

A distinção entre regras e princípios, na concepção de Dworkin, pode ser assim resumida:

(1) as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, isso porque, diante dos fatos que uma regra estipula tem-se que a regra é válida (deve ser aceita) ou que a regra é inválida (deve ser recusada), enquanto os princípios não apresentam consequências jurídicas que se

1 DWORKIN, Ronald. Levando o Direito a Sério. BOEIRA, Nelson (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39

2 FARALLI, Carla. A Filosofia Contemporânea do Direito. GULLO, Candice Premaor (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 04.

3 DWORKIN. Op. Cit., p. 36.

4 FARALLI. Op. Cit., 2006, p. 04.

5 CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin. SAMPAIO, Patrícia (trad.). Disponível na internet no site http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/patdwork.html. Acesso em 26 maio 2009.

- seguem automaticamente quando as condições são dadas;
- (2) os princípios possuem dimensão de peso ou importância, que não é compatível com as regras;
- (3) se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, devendo ser excluído do ordenamento, fato que não ocorre com os princípios, posto que o conflito entre eles apenas o afasta da incidência do caso concreto.⁶

Quanto a efetividade dos princípios nas decisões judiciais, o autor afirma que os princípios possuem obrigatoriedade e devem ser levados em conta por juízes e juristas, mas distinta das regras. E esclarece que como obrigatórios, os princípios devem ser observados pelos juízes quando pertinentes.⁷

Desta forma, tem-se que, para Ronald Dworkin, tanto os princípios quanto as regras têm origem nas normas, sendo que os princípios têm uma carga valorativa relacionada com dimensões morais, não compatível com as regras. Em virtude dessa característica a aplicação das regras exclui a outra conflituosa do ordenamento, o que não acontece com os princípios, sendo este afastada somente da incidência sobre o caso concreto, nunca do ordenamento.

2.2. Princípios Segundo de Robert Alexy

Segundo o entendimento de Robert Alexy os princípios “[...] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”⁸. Eles são comandos de otimização⁹, e estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas¹⁰.

As regras, por sua vez, *“son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como mandatos definitivos”*.¹¹ Por isso, as normas só podem ser cumpridas ou não, isto é, se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos¹².

Distinguindo regras e princípios, afirma Robert Alexy que *“le corresponden dos tipos diferentes de aplicación de normas: la subsunción y la ponderación”*¹³, ou seja, a diferença entre os dois tipos de normas está no grau de valoração compatível com a sua aplicabilidade. Essa distinção tem reflexos diretos na colisão de normas. Quando duas regras entram em conflito uma deve ser considerada inaplicável, deve ser descartada. Entretanto, quando o mesmo ocorre com dois princípios, estes devem ser ponderados no caso concreto, sendo que a aplicação de um deles não invalida o outro.¹⁴

Diferenciando a concepção de normas e princípios entre Ronald Dworkin e Robert Alexy, ressalta Pablo

6 DWORKIN. Op. Cit., p. 39-45.

7 DWORKIN. Op. Cit., p. 48.

8 Tradução: São normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. In Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. N. 66. Sep./Dic. 2002. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 26.

9 Neste sentido Manuel Atienza salienta: en mi concepción los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 674.

10 AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. In Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 42. N. 165. Jan./Mar. 2005. Disponível em: <<http://www.eduvaleavare.com.br/lmg/downloads/R165-11.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 126.

11 Tradução: São normas que, dadas determinadas condições, ordenam, proíbem, permitem ou outoram um poder de maneira definitiva. Assim, podem caracterizar-se como mandamentos definitivos. ALEXY, Robert. Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 40-41.

12 AMORIM. Op. Cit., p. 126.

13 Tradução: eles correspondem dois tipos diferentes de aplicação de normas: a subsunção e a ponderação. ALEXY. Derechos. Op. Cit., p. 44.

14 Ibidem, p. 40-41. Neste sentido também AMORIM Op. Cit., p. 126.

Larrañaga que:

Para Alexy tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. La distinción entre reglas y principios es, pues, una distinción entre clases de normas. En su opinión, la distinción es cualitativa o conceptual, rechazando, al igual que Dworkin, la teoría de que la distinción entre principios y reglas es un asunto meramente de grado, y que considera que los principios no son más que reglas con un alto nivel de generalidad. Para Alexy, los principios se diferencian de las reglas en que éstos «son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas». En este sentido, los principios jurídicos son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados en función de las situaciones fácticas y de las posibilidades jurídicas. Así, a diferencia de las reglas, las cuales sólo pueden ser cumplidas o incumplidas por ser normas que exigen un cumplimiento pleno -es obligatorio hacer lo que se ordena, ni más ni menos-, los principios establecen una obligación que puede cumplirse en diversos grados, dependiendo de las posibilidades jurídicas que establecen otros principios y reglas en sentido contrario, y del contexto fáctico en que se aplican.¹⁵

Verifica-se que, distintamente do pensamento de Ronald Dworkin, para quem as regras e princípios se diferenciam tão somente no grau de aplicabilidade, ou seja estão em grau distintos; Robert Alexy considera ambos são hierarquicamente iguais, mas tem conteúdo normativo distinto, os princípios são comandos de otimização, enquanto que as normas são mandamentos definitivos.

2.3. Conceituação de Humberto Ávila

Sobre a distinção entre regras e princípios, na doutrina brasileira, destaco o pensamento de Humberto Ávila, que entende que os princípios são

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁶

E complementa Humberto Ávila que os princípios são um fim a ser atingido. Eles instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas; obrigação de fazer o que for necessário para promover o fim.¹⁷ As regras, em contrapartida

são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a

15 Tradução: Para Alexy tanto as regras como os princípios podem conceber-se como normas. A distinção entre regras e princípios é, desta forma, uma distinção entre classe de normas. Na sua opinião, a distinção é qualitativa ou conceitual, afastando, tal como Dworkin, a teoria de que a distinção entre princípios e regras é um assunto meramente de grau, e que considera que os princípios não são mais que regras com um alto nível de generalidade. Para Alexy, os princípios se diferenciam das regras por assim «são normas que ordenam que se realize algo na melhor medida do possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fácticas». Neste sentido, os princípios jurídicos são mandamentos de otimização que podem ser cumpridos em diversos graus em função das situações fácticas e das possibilidades jurídicas. Assim, a diferença das regras, as quais somente podem ser cumpridas ou não cumpridas por serem normas que exigem um cumprimento pleno – é obrigado a fazer o que se ordena, nem mais nem menos –, os princípios estabelecem uma obrigação que podem cumprir-se em diversos graus, dependendo das possibilidades jurídicas que estabelecem outros princípios e regras em sentido contrário, e do contexto fáctico no qual se aplicam. LARRAÑAGA, Pablo. Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy. In Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N. 1. Oct./1994. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm#l_19_>. Acesso em: 18 maio 2009.

16 ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

17 Ibidem, p. 79-80.

construção conceitual dos fatos.¹⁸

Resumidamente, Robson Zagre explica que os princípios estão no campo deontológico, por serem proposições dogmático jurídicas, estabelecendo “fundamentos normativos comportamentais para interpretação e aplicação no Direito e da necessidade premente de uma complementação por via de outras premissas normativas”¹⁹. As regras são “concretização normativa formalizada considerando sua validade ou invalidade para uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica”²⁰.

A distinção entre os princípios e as regras deve ser feita com base em três critérios: 1) natureza da descrição normativa – as regras descrevem objetos determináveis e os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido –; 2) natureza de justificação – as normas exigem subjunção da descrição com o caso concreto e os princípios exigem avaliação de correlação positiva entre a conduta e a coisa –; e 3) natureza da contribuição – as regras têm pretensão de decidibilidade e os princípios têm pretensão de complementariedade.²¹

Destarte, enquanto os princípios são um comportamento normativo ideal para alcançar um fim, as regras possuem a finalidade nos seus próprios comandos, devendo o aplicador do direito se ater a este.

Independente da concepção adotada para conceituar princípios: como uma norma de caráter superior hierarquicamente às normas, conforme Dworkin; como um mandamento de otimização, distinto do mandamento definitivo, segundo Alexy; ou mesmo, como comportamentos normativos ideais a serem alcançados, no entendimento de Ávila; todos reconhecem que este está imbuído de carga valorativa, sendo este a principal distinção com as regras. Neste caso, sendo a dignidade um princípio, o problema está em qual a carga valorativa que lhe deve ser atribuída.

3. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de responder a questão acima verificarei a questão da eficácia dos direitos fundamentais. Essa análise é importante pois a dignidade humana é o elemento que uni todos os direitos fundamentais²², seja na visão clássica como na possibilidade de aplicação destes nas relações privadas.

A relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais é indiscutível. Salienta Marcelo Novelino Camargo que “os direitos fundamentais surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, e certo também que somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida”²³.

3.1. Aspectos Históricos

Os direitos fundamentais do homem e do cidadão são discutidos pelos sistemas jurídicos desde a antiguidade²⁴, entretanto, no presente trabalho optei por fazer um recorte buscando estudar somente a partir do período moderno, iniciado com a Revolução Francesa e os seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Para tanto, elegi dois importantes documentos que são considerados pontos de

18 Ibidem, p. 78.

19 ZAGRE, Robson. Teoria da Argumentação Jurídica: análise e crítica a caso concreto – princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Disponível em: <http://conpedi.org/manuel/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf>. Acesso em 18 maio 2009, p. 13.

20 Ibidem, p. 13.

21 ÁVILA. Op. Cit., p. 83-84.

22 CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 572. Neste sentido também SOMBRA, Thiago Luís Santos. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 99-100.

23 CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo Jurídico da Dignidade Humana. In Leituras Complementares de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: Podvim, 2007, p. 116.

24 COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 10. Neste sentido também MENDES, Gilmar Ferreira, et.al. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 104-106.

virada história²⁵: a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte de 1776 e a Declaração de Direitos da Revolução Francesa de 1789.

A primeira tem importância pelo fato de que foi o “primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social”²⁶. Já a segunda, reproduzindo os ideários da revolução francesa, prever no artigo 1º que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”²⁷. Mas merece salienta Fábio Konder Comparato que ela se destaca por ter sido “em si mesma o primeiro elementos constitucional do novo regime político”²⁸ instaurado pós Revolução.

Ambos os documentos reconhecem a necessidade de se tutelar valores individuais como a liberdade e a igualdade. Mas “a grande diferença [entre eles] está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista das declarações americanas e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representantes de interesse geral”²⁹.

Em virtude da importância história, estes devem ser analisados sob três aspectos: o político, o filosófico e o teórico.

O primeiro está fundado na questão da soberania, entendido como o fato de o Estado ser encarado como um sujeito unitário capaz de manifestar sua vontade e realizar ações concretas, não admitindo – teoricamente – interesses contrários ao seu³⁰. Toda a ordem jurídica, tanto no âmbito privado quanto no público foram pensados sob o foco de romper com os ditames absolutistas que vigoraram durante a Idade Média, proporcionando a burguesia, então em surgimento, uma maior segurança para desenvolver-se. E, nesta perspectiva, a proclamação desses documentos desencadearam a “mudança radical nos fundamentos da legitimidade política”³¹. Isso porque, proporcionou-se “[...] a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”³².

No segundo aspecto, o filosófico, verifica-se a ideia de superação dos ideais jusnaturalistas e juspositivistas, visto que ao invés de um “fundamento divino ou próprio da natureza humana, os valores materiais referidos vieram manifestados justamente na figura dos direitos fundamentais, fontes da importante ênfase humanística do Direito Constitucional”³³. Neste sentido salienta Fábio Konder Comparato que o fundamento teórico dos direitos fundamentais está no fato de que “[...] todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância”³⁴.

Gilmar Ferreira Mendes, não concordando com a superação de tal dicotomia e aponta como fundamento filosófico para os direitos fundamentais o seguinte esquema:

[...] para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo,

25 Ididem, p. 106.

26 COMPARATO. Op. Cit., p. 119.

27 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.

28 COMPARATO Op. Cit., p. 163.

29 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

30 VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. In Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007, p. 11.

31 COMPARATO Op. Cit., p. 63.

32 Ibidem, p. 65.

33 VICTORINO. Op. Cit., p. 12.

34 COMPARATO. Op. Cit., p. 24.

ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.³⁵

O terceiro e último aspecto, a teórica, tem fulcro na nova ordem constitucional instaurada, que permitiu que esta irradiasse seus efeitos materiais para os demais ramos do direito³⁶. Ela possui relação íntima “[...] com a formação do chamado ‘novo constitucionalismo’”³⁷.

Essa análise permite que se entenda a aplicação dos direitos fundamentais tanto na concepção clássica – indivíduo sendo protegido do poder estatal –, quando na concepção horizontal – a incidência destes na proteção do indivíduo dentro das relações privadas.

3.2. Eficácia Dos Direitos Fundamentais

A abordagem sobre a eficácia dos direitos fundamentais tem correção com a aplicabilidade do mesmo, isto é, sobre quais relações jurídicas ela vai incidir. Neste tocante, duas são as análises: a incidência perante o poder público e a incidência nas relações entre particulares.

3.2.1 Eficácia Clássica dos Direitos Fundamentais

Classicamente os direitos fundamentais são concebidos como forma de contrapor e assegurar os direitos individuais, diante do Estado absolutista opressor, ou seja, eles são direitos que opostos pela sociedade contra o Estado a fim de assegurar os seus direitos humanos, fundados em uma ordem constitucionalmente garantida. Essa concepção clássica é definida por alguns doutrinadores, a exemplo Cláudio Henrique Bezerra Leite, como a eficácia vertical dos direitos fundamentais, vez que refere-se a

[...] limitação imposta pelo ordenamento jurídico à atuação dos governantes em relação aos governados, na medida em que se reconhece que entre eles há uma relação vertical de poder, ou seja, de um lado o Estado (mais forte) e de outro lado o indivíduo (mais fraco).³⁸

Neste sentido também merece destaque a conceituação de Gilmar Ferreira Mendes:

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (Abwehrrechte), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.³⁹

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins conceituam os direitos fundamentais como sendo “[...] direitos públicos-subjetivos de pessoa [...], contidos em dispositivos constitucionais [...], tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁴⁰.

Verificando estes conceitos, depreende-se que eles partem da análise do indivíduo enquanto ser que precisa ser protegido do poder do Estado, entretanto, os direitos fundamentais também podem ser ponderados sob a ótica do ser humano em si mesmo, e conceituados “como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre e fraterna de todas as pessoas”⁴¹. Mas cabe destacar que todos esses conceitos trabalham com duas concepções dos direitos fundamentais: a subjetivas e objetivas.

35 MENDES. Hermenêutica. Op. Cit., p. 113.

36 VICTORINO. Op. Cit., p. 13-14.

37 Ibidem, p. 11.

38 LEITE, Cláudio Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 17. jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_%28Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego%29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 34.

39 MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In Revista Jurídica Virtual. Vol. 2. N. 13. Jun./1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012, p. 02.

40 DIMOULIS; MARTINS. Op. Cit., p. 115.

41 CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 572-573.

Na acepção subjetiva relacionando-se com o sentido de que os direitos fundamentais são posições jurídicas essenciais para a proteção da pessoa⁴², ou seja, “[...] o seu conteúdo normativo refere-se ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual”⁴³. Reflete a visão clássica e, como salienta Gilmar Ferreira Mendes, “[...] uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”⁴⁴.

Por sua vez, a concepção objetiva decorre da constitucionalização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da necessidade de estabelecer limitações do poder e da sua forma de atuação, ou seja, atua como limite da racionalização do poder e como vetor para a sua atuação⁴⁵. Oferecem “critérios de controle da ação estatal”⁴⁶.

E resume Dirley da Cunha Júnior que

Ambas as dimensões dos direitos fundamentais produzem o efeito fundamentador do status jurídico-constitucional da pessoa: como direitos subjetivos, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídicos-constitucionais do particular, como homem e como cidadão, correspondendo às exigências de uma ação negativa [...] ou positiva [...] de outrem; como elementos objetivos fundamentais da ordem democrática, os direitos fundamentais inserem o particular na coletividade, constituindo as bases da ordem jurídica dessa comunidade.⁴⁷

Ou seja, subjetivamente têm-se o aspecto axiológico, dos direitos fundamentais garantidos e que podem ser judicialmente reclamados. Já objetivamente encontram-se as ações, o meio, através do qual se efetivará a aplicação dos direitos fundamentais face ao Estado.

Para Marcelo Freire Sampaio Costa, a maior importância do reconhecimento da dimensão objetiva é o reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais⁴⁸. A aplicação deste perante outras relações jurídicas que não somente esta tradicional, como a que será a seguir analisada: a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.2.2 Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas

A despeito da visão clássica da aplicação dos direitos fundamentais passou-se a analisar a possibilidade de estes terem eficácia também sobre as relações particulares. Essa mudança de posicionamento se deu como decorrência da própria condição humana e o reconhecimento de que as pessoas precisam ser protegidas não só dos atos praticados pelo Estado, mas também dos atos praticados pelos seus semelhantes.

Reconhece-se que os homens não são iguais como ditavam as primeiras declarações, mas sim desiguais, e precisam ser tutelados dentro dessa desigualdade. Isso proporcionou a aceitação de que há superioridade e inferioridade nas relações privadas, como nas relações de trabalho e de consumo, por exemplo, surgindo a necessidade de proporcionar a incidência dos direitos fundamentais, como forma de minimizar e reequilibrar a sociedade.⁴⁹

Desta forma, podemos afirmar que, conforme entende Cláudio Henrique Bezerra Leite, que

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares,

42 Ibidem, p. 642.

43 DIMOULIS; MARTINS. Op. Cit., p. 117.

44 MENDES. Hermenêutica. Op. Cit., p. 152.

45 Ibidem, p. 153. Neste sentido também CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 642.

46 DIMOULIS; MARTINS. Op. Cit., p. 118.

47 CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 644. Neste sentido também COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Eficácia dos Direitos Fundamentais entre Particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 56.

48 COSTA. Ibidem, p. 57-59.

49 Neste sentido CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 649; e SOMBRA. Op. Cit., p. 114.

o que passa a empolgar um novo pensar dos estudiosos da ciência jurídica a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os particulares.⁵⁰

Entretanto, tal teoria não é aceita unanimemente na doutrina. Os que a negam apegam-se a incidência conforme a visão clássica dos direitos fundamentais, alegando que estas deve refletir somente nas relações entre o Estado e os cidadãos. Neste sentido Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins são contrários à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, chegando a serem categóricos em afirmar tal impossibilidade. Para tanto fundamentam no fato de que

A história dos direitos fundamentais indica que sua principal finalidade foi a de limitar o poder do Estado a favor dos indivíduos a este submetidos. Essa finalidade continua sendo primordial. O destinatário principal do dever de respeitar os direitos dos indivíduos é o Estado no sentido mais amplo do termo, isto é, toda e qualquer autoridade ou órgão que exerça competências estatais, mesmo por intermédio de concessão de serviço público ou permissão especial. [...]

Neste sentido, os direitos fundamentais correspondem a deveres do Estado, que podem ser tanto deveres de abstenção de intervir na esfera da liberdade garantida dos indivíduos, como deveres de prestação ou de manutenção de estrutura ou organização.⁵¹

Segundo Schwabe, citado por Mijail Mendoza Escalante, o que haveria na realidade é um conflito aparente de sujeito. Os direitos fundamentais só têm como destinatário de suas normas o Estado, na sua função originária de defesa, e no caso da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações particulares também persiste a relação originária – Estado/particular –, porque sempre será o Poder Judiciário quem terá o poder para decidir o conflito no caso concreto⁵².

Salienta Rodrigo Andrade de Almeida que

Em linhas muito gerais, o raciocínio é o seguinte: todos os direitos fundamentais decorrem, de alguma maneira, do princípio da dignidade da pessoa humana; se os direitos fundamentais refletem a pauta moral vigente na sociedade, então sua observância, respeito e efetividade não devem se restringir ao Estado, mas a toda e qualquer relação jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado!⁵³

Por sua vez, entre os que reconhecem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas podem ser divididos em dois grupos: os que só aceitam a incidência de forma indireta ou mediata e os que admitem de forma direta ou imediata. A primeira corrente alicerça-se no fato de que os direitos fundamentais têm como característica a necessidade de regulamentação legislativa infraconstitucional, isto é, devem ser aplicados e interpretados em consonância com os conteúdos, os alcances e os limites traçados pelo legislador⁵⁴.

Assim, cabe ao legislativo atuar em duas dimensões: a negativa ou proibitiva, que proíbe o legislador de violar, através de leis, direitos fundamentais; e a positiva, que obriga este a criar normas que implementem e assegurem a efetividade dos direitos fundamentais, destacando quais podem refletir nas relações particulares⁵⁵. Mijail Mendoza Escalante destaca uma terceira dimensão que seria a interpretativa, na qual os direitos fundamentais seriam referência de orientação para a aplicação e interpretação das normas já existentes⁵⁶.

50 LEITE. Op. Cit., p. 36.

51 DIMOULIS; MARTINS. Op. Cit., p. 102.

52 ESCALANTE, Mijail Mendoza. La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares. Disponível em: < <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulos/pdf/iii/efectos.horizontales.der.fund.pdf> >. Acesso em: 08 jul. 2012, p. 06.

53 ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e a Funcionalização do Direito. Disponível em: < http://ufba.academia.edu/RodrigoAndradedeAlmeida/Papers/1340104/A_EFICACIA_HORIZONTAL_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_EA_FUNCIONALIZACAO_DO_DIREITO >. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 41.

54 ESCALANTE. Op. Cit., p. 04.

55 LEITE. Op. Cit., p. 37.

56 ESCALANTE. Op. Cit., p. 04.

Já a incidência direta e imediata fulcra-se no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe que as normas e direitos fundamentais têm aplicação direta. Gilmar Ferreira Mendes defende que esta é uma das características dos direitos fundamentais é a sua aplicação direta, pois o supramencionado dispositivo autoriza que os "juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação". Não sendo "necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que ela seja aplicada"⁵⁷.

Este pensamento também é explicitado na doutrina estrangeira, merecendo destaque o pensamento de Mijail Mendoza Escalante, ao afirmar que "*Esta vinculación implicaría la obligación de los jueces ordinarios en aplicar directamente los derechos fundamentales en la resolución de los casos*"⁵⁸. E como consequência da aplicação direta o autor destaca dois efeitos: a modificação das normas de direito privado que existem e a criação de novas normas⁵⁹.

Entendo que, a despeito de a teoria dos direitos fundamentais ter nascido para tutelar o indivíduo contra o Estado absolutista, atualmente, a desigualdade verificada naquele momento histórico, também, atualmente, tem sido encontrada nas relações privadas, a que permite tal incidência. Esta, por sua vez, deve ser direta, pois não pode ficar a cargo do legislador fazer restrição a esses direitos, bem como às determinações constitucionalmente previstas. Desta forma, os direitos fundamentais podem os direitos fundamentais serem aplicados para tutelar as pessoas tanto nas relações públicas, quanto nas relações privadas.

4. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo do pressuposto de que os princípios são enunciados, positivados ou não, com conteúdo axiológico, e que a dignidade humana é o princípio motivador e unificador dos direitos fundamentais, seja na visão tradicional, quanto na possibilidade de sua incidência nas relações privadas, resta agora analisar o seu conteúdo.

4.1. O Problema da Delimitação do Conteúdo

Ele está associado às ideias de suprema importância, valor fundamental e inviolabilidade da pessoa humana⁶⁰. Isso porque, os direitos fundamentais trouxeram a tutela do homem para o centro das relações jurídicas. E no ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade humana está expressamente prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil. Isto significa que, toda a ordem jurídica nacional deve atendê-lo.

A necessidade de delimitar o conteúdo surge do uso, comum na jurisprudência e na doutrina, da dignidade como argumento de fundamentação e legitimação de tudo, ou seja, como instrumento de retórica. Neste sentido lembra Roberto Andorno que serve inclusive para fundamentar tese completamente opostas, como acontece no debate da eutanásia e do suicídio assistido⁶¹.

Esse uso indevido fez surgir um paradoxo entre a prática e a teoria. Na prática, vez que há a necessidade de assegurar um conceito para a vida social civilizada. E na teórica, que corresponde a uma justificação sem referências metafísicas.⁶²

Entretanto, a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais não é aceita unanimemente por todos os doutrinadores. Afirma Christian de Paul de Barchifontaine a impossibilidade de traçá-lo em virtude de seu aspecto histórico, pois varia consoante as épocas e os locais, sendo um conceito evolutivo

57 MENDES. Hermenêutica. Op. Cit., p. 134.

58 Tradução: Esta vinculação implicaria a obrigação dos juízes ordinários em aplicar diretamente os direitos fundamentais na resolução dos casos. ESCALANTE. Op. Cit., p. 03.

59 Ibidem, p. 03.

60 ANDORNO, Roberto. The Paradoxical Notion of Human Dignity. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2012, p. 02.

61 Ibidem, p. 02.

62 Ibidem, p. 03.

dinâmico⁶³.

O problema na busca, que acaba gerando a negação acima, não está no fato de que ele é um instrumento histórico, pois ainda que histórico, ele pode ser um conteúdo delimitado dentro do momento, tempo e cultura estudado. A questão está no fato de que toda a estrutura dos direitos fundamentais, como visto, e, conseqüentemente da dignidade da pessoa, estão tradicionalmente estruturados para a proteção do cidadão face o Estado. Neste sentido, Fábio Konder Comparato saliente que a dignidade da pessoa humana teria como alguns reflexos a proibição da pena de morte, ainda que por um processo regular, e na proteção do meio ambiente⁶⁴.

Nas palavras de Comparato é fácil entender o quanto salientado por Roberto Andorno: "*In other words and paradoxically, it is easier to understand what is contrary to human dignity than what is in accordance with it*"⁶⁵. Todos sabem o que é indigno, mas não conseguimos explicar o que é uma coisa digna para os seres humanos.

Isso decorre do fato de que, como salienta Mário Lúcio Quintão Soares,

A pessoa humana, na dicção constitucional, é valorada mediante o espectro antropocêntrico que permeia a Ciência Jurídica no Estado Democrático de Direito, no qual é posta no vértice do prisma da hierarquia das normas jurídicas, juntamente com os demais princípios expostos no art. 1º mencionado, haja vista a consolidação da noção de que a justiça é o fundamento do Direito, sendo o fundamento da justiça a dignidade da pessoa humana.⁶⁶

Neste sentido também elucida Ingo Wolfgang Sarlet de que a dignidade trata-se de um conceito com "contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ambigüidade e porosidade assim como por sua natureza necessariamente polissêmica"⁶⁷. Desta forma, verifico que o problema de estabelecer o seu conteúdo está no fato de ser ele um conceito aberto, mas isso não impede que se estabeleça um conteúdo mínimo, que será preenchido de acordo com o momento histórico, social e cultura.

Deixar totalmente aberto o termo sem uma mínima definição de quais os parâmetros devem ser seguidos ou mesmo buscados é que tem gerado a insegurança e o paradoxo apontado. Isso porque, sem o norteamento do que seja a dignidade tudo pode ser encaixado no seu conceito.

4.2. O Mínimo Existencial como Conteúdo da Dignidade Humana

Na busca por esse conteúdo mínimo, Fábio Konder Comparato estruturou o estudo da dignidade em cinco fases históricas. Em cada uma delas é possível verificar uma estruturação da dignidade de acordo com as concepções exigidas em cada época.

A primeira fase se deu com a redução da "ideia de que os indivíduos e os grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba"⁶⁸ e não mais somente aos pertencentes da tribo. Na segunda fase, há um entendimento de que a pessoa é a substância individual da natureza racional, sendo visa como a própria "substância do homem" de "forma que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade"⁶⁹.

63 BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Vulnerabilidade e Dignidade humana. In O Mundo da Saúde. Ano 30. Vol. 30. N. 3. Jul-set./2006. São Paulo. Disponível em: <http://www.scamilu.edu.br/pdf/mundo_saude/38/vulnerabilidade_dignidade.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009, p. 439.

64 COMPARATO. Op. Cit., p. 43-44.

65 Tradução: Em outras palavras e paradoxalmente, é mais fácil entender o que é contrário a dignidade humana do que favorável. ANDORNO. Op. Cit., p. 07.

66 SOARES, Mário Lúcio Quintão. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/pro/arquivos/files/e4.htm>>. Acesso em: 15 maio 2012, p. 05.

67 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

68 COMPARATO. Op. Cit., p. 24.

69 Ibidem, p. 31-32.

A terceira fase de Comparato foi iniciada por Kant e a sua racionalidade prática, ao formular o seguinte enunciado: "Apenas um ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou, por outras palavras, só ele possui uma vontade"⁷⁰. Daí conclui que

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.⁷¹

Como consequência da terceira fase o princípio da dignidade deixou de ser visto apenas com um fim negativo de não prejudicar ninguém e passou a ter um fim positivo "de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social"⁷².

Nesta fase há a consolidação de elementos como a felicidade como conteúdo da dignidade, não só própria, mas também alheia, e afirma "[...] a ideia do homem como um fim em si mesmo induz não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade de outrem"⁷³.

Sobre a felicidade afirma Fábio Konder Comparato que o seu conceito está interligado com a filosofia grega – um bom espírito guardião – e mantendo relação com uma vida virtuosa e se afastando da ideia puramente objetiva e sentimental que lhe foi atribuído na Idade Moderna⁷⁴.

A quarta fase caracteriza-se na compreensão de que "pessoa consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas"⁷⁵, ou seja, é o único ente vivo que se subjugava voluntariamente as normas em decorrência do reconhecimento de um valor. E a quinta e última fase, surgente, segundo o autor, no século XX, reconhece que o ser humano não exerce o papel de personagem na vida, mas sim possui identidade singular, inconfundível a de qualquer outro, merecendo ser respeitado em decorrência desta individualidade⁷⁶.

Nesta fase surge a concepção de mínimo existencial, um mínimo digno. Não unicamente do aspecto patrimonial, mas sim de assegurar a pessoa o pleno exercício dos direitos da personalidade⁷⁷, não enquanto ente individual e único, mas parte de um todo coletivo. Como decorrência do caráter intersubjetivo que lhe é conferido, sempre buscando a "convivência social harmônica"⁷⁸.

O preenchimento do mínimo existencial depende do momento histórico e sócio-cultural onde o indivíduo está inserido. Não há como dissociar a ideia da dignidade humana destes aspectos, pois o homem é um ente histórico, sócio e cultural.

No sistema jurídico brasileiro, Marcelo Novelino Camargo aponta que o mínimo existencial passaria pela associação da dignidade com outros direitos fundamentais constitucionalmente garantido, como a saúde, a educação fundamental, a moradia entre outros direitos fundamentais⁷⁹. Neste sentido, também, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo destacam que todos os direitos sociais

70 KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. Disponível em: < http://www.xr.pro.br/IF/KANT-Fundamentacao_da_Metafisica_dos_Costumes.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012, p. 17.

71 COMPARATO. Op. Cit., p. 33-34.

72 Ibidem, p. 36-37.

73 CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 587.

74 COMPARATO. Op. Cit., p. 118-119.

75 Ibidem, p. 38.

76 Ibidem, p. 39.

77 Neste sentido LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. Revista de Direito Privado. Vol. 42. Abr/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://goo.gl/mvi7>>. Acesso em: 07 jun. 2012, p. 04.

78 SOMBRA. Op. Cit., p. 100.

79 CAMARGO. Op. Cit., p. 124-125.

compõem um núcleo de direitos mínimos que devem ser assegurados a todas as pessoas.⁸⁰

Desta forma, posso afirmar que o princípio da dignidade tem como conteúdo o mínimo existencial preenchido de acordo com cada ordenamento jurídico, sendo que no sistema jurídico brasileiro, o mínimo existencial seriam os direitos assegurados nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal do Brasil.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo o quanto analisado no presente trabalho, apresento as seguintes conclusões:

1. A dignidade humana é o princípio fundamentador das relações jurídicas e, na busca pela delimitação do seu conceito, tem-se que:

1.1. Segundo Ronald Dworkin tanto os princípios quanto as regras têm origem nas normas, sendo que os princípios têm uma carga valorativa relacionada com dimensões morais, não compatível com as regras. Em virtude dessa característica a aplicação das regras exclui a outra conflituosa do ordenamento, o que não acontece com os princípios, sendo este afastada somente da incidência sobre o caso concreto, nunca do ordenamento;

1.2. Para Robert Alexy os princípios são comandos de otimização e se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus. Distintamente das normas que, por serem mandamentos definitivos, sua não aplicação implica na sua invalidação;

1.3. Já segundo Humberto Ávila os princípios são um fim a ser atingido. Eles instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas; obrigação de fazer o que for necessário para promover o fim, estando estes em um campo axiológico;

1.4. Desta forma, verifica-se que os princípios são regras de conteúdo axiológico moral e devem ser preenchidos de acordo com o momento social, histórico e cultural de cada sociedade e atendendo o ordenamento jurídico vigente.

2. Mas sendo a dignidade o elemento basilar dos direitos fundamentais, verifiquei a incidência destes segundo a visão clássica – vertical – e segundo a visão horizontal. Para tanto, fiz o recorte metodológico na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte de 1776 e a Declaração de Direitos da Revolução Francesa de 1789, em virtude da importância histórica que tiveram.

2.1. Na incidência tradicional, reconhece-se que o Estado exerce poder sobre os indivíduos e, por consequência lógica, estes precisam ter seus direitos protegidos daqueles;

2.2. Já a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, tem como fulcro o entendimento que o desenvolver das relações humanas provocou uma desigualdade nas relações privadas, merecendo serem tuteladas tal como a relação pública;

2.2.1. Tal visão não é aceita como unânime, afirmando os que a negam que os direitos fundamentais somente podem ser opostos face o Estado, pois esta é a finalidade para o qual foram desenvolvidos;

2.2.2. Entre os que admitem a incidência há duas correntes: a que aceita a aplicação, entretanto somente de forma indireta ou mediata, através da atuação do legislador; e a que, com fundamento no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal afirma que os direitos fundamentais não podem ser limitados ou restringidos, devendo ser aplicados de forma direta ou imediata;

2.3. Neste ponto, reconhecendo a desigualdade nas relações privadas e tendo a dignidade como elemento unificador das teorias dos direitos fundamentais, entendo que estes devem ser aplicados

80 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In *Direitos Fundamentais*. N. 1, Out./Dez. 2007. Disponível em: < http://www.djfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012, p. 173-178.

sempre e em qualquer relação onde houver necessidade de forma direta ou imediata.

3. Mas qual o conteúdo do princípio da dignidade? A importância de responder a esta pergunta repousa no fato de que este tem sido usado como instrumento de retórica, inclusive para sustentar teses contrárias.

3.1. Nesta busca, alguns entendem que não há a possibilidade de estabelecer um conteúdo para a dignidade, pois este varia de acordo com o momento sócio, histórico e cultural;

3.2. Não nego o caráter relativista da dignidade, mas entendo ser necessário estabelecer um mínimo a ser preenchido por cada sociedade e cada ordenamento e este seria o mínimo existencial;

3.3. E no ordenamento jurídico brasileiro, este mínimo seria preenchido com os direitos assegurados nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.
- **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. In Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. N. 66. Sep./Dic. 2002. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.
- ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e a Funcionalização do Direito**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/RodrigoAndradedeAlmeida/Papers/1340104/A_EFICACIA_HORIZONTAL_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_EA_FUNCIONALIZACAO_DO_DIREITO>. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 37-43.
- AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas**. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 42. N. 165. Jan./Mar. 2005. Disponível em: <<http://www.eduvaleavare.com.br/Img/downloads/R165-11.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2009.
- ANDORNO, Roberto. **The Paradoxical Notion of Human Dignity**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ATIENZA, Manuel. **Entrevista a Robert Alexy**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.
- BARCILONA, Christian de Paul de. **Vulnerabilidade e Dignidade humana**. In *O Mundo da Saúde*. Ano 30. Vol. 30. N. 3. Jul-set./2006. São Paulo. Disponível em: <http://www.scamilo.edu.br/pdf/mundo_saude/38/vulnerabilidade_dignidade.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009.
- CALSAMIGLIA, Albert. **Ensaio sobre Dworkin**. SAMPAIO, Patrícia (trad.). Disponível na internet no site http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/patdwork.html. Acesso em 26 maio 2009.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. **O conteúdo Jurídico da Dignidade Humana**. In *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Podvim, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos Direitos Fundamentais entre Particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodvim, 2012.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DUARTE, Hugo Garcez. **O direito civil constitucional: em busca de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. In *Prisma Jurídico*. Vol. 9, N. 1, jan./jun. 2010. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2010, p. 137-154.

- DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. BOEIRA, Nelson (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESCALANTE, Mijail Mendoza. **La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares**. Disponível em: < http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos_horizontales.der.fund.pdf >. Acesso em: 08 jul. 2012.
- FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. GULLO, Candice Premaor (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LARRAÑAGA, Pablo. **Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy**. In Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N. 1. Oct./1994. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm#l_19_>. Acesso em: 18 maio 2009.
- LEITE, Cláudio Henrique Bezerra. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego**. In. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 17. jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_%28Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego%29.pdf >. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 33-45.
- LISBOA, Roberto Senise. **Dignidade e solidariedade civil-constitucional**. Revista de Direito Privado. Vol. 42. Abr/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: < <http://goo.gl/UsfUD> >. Acesso em: 07 jun. 2012.
- KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: < http://www.xr.pro.br/IF/KANT-Fundamentacao_da_Metafisica_dos_Costumes.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira, et.al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. In Revista Jurídica Virtual. Vol. 2. N. 13. Jun./1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.
- PINTO, Emmanuel Roberto Girão de Castro. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. In. THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Disponível em: < http://www.researchgate.net/publication/40534024_A_vinculao_dos_particulares_aos_direitos_fundamentais >. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 165-188.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In. Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-44.
- _____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. In Direitos Fundamentais. N. 1, Out./Dez. 2007. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012, p. 171-213.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < <http://www.angelfire.com/pro/arquivos/files/e4.htm>>. Acesso em: 15 maio 2012.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais**. In. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007, p. 10-21.
- ZAGRE, Robson. **Teoria da Argumentação Jurídica: análise e crítica a caso concreto – princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf>. Acesso em 18 maio 2009.