

## ENSAIOS SOBRE A BIOPOLÍTICA E O DIREITO: DIGNIDADE HUMANA, ÉTICA, AÇÃO E RESPONSABILIDADE

### ESSAYS ABOUT BIOPOLITICS AND LAW: HUMAN DIGNITY, ETHICS, ACTION, AND ACCOUNTABILITY

Luciano Braz Silva\*

**RESUMO:** As reivindicações e a imposição dos direitos humanos se deram mediante um processo longo e contínuo de lutas violentas e as vezes revolucionárias em prol de um reconhecimento digno. À luz dos desafios históricos já enfrentados, ainda sim, a sociedade contemporânea convive com situações que reclamam novas atualizações concernentes as dimensões dos direitos fundamentais que têm por essência a dignidade humana. O presente artigo voltará suas atenções ao problema central que abarca as possibilidades de reprodução social instaladas no mundo da vida, buscando perquirir a legitimidade do direito à vista da proposta estabelecida pelo ideário do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Biopolítica. Direito. Dignidade humana. Ética.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Diagnósticos e significados do século XX. 1.1. O compromisso do Estado social: promessas e desenganos. 2. Direitos humanos para quem? Um projeto para positivação da Dignidade Humana. 3. A carreira tardia do conceito de dignidade humana: discussões sobre direito constitucional e do direito das gentes. 3.1. Instituição do estado constitucional democrático: legitimação de ordens e paradoxos. Considerações finais. Referências.

**ABSTRACT:** The claims and the imposition of human rights happened through a long and continuous process of violent and, sometimes, revolutionary struggles for a worthy recognition. In light of the historical challenges faced already, still, contemporary society coexists with situations that require new updates concerning the dimensions of fundamental rights which have as essence the human dignity. This article shall turn its attention to the core problem that embraces the possibilities of social reproduction installed in the lifeworld, seeking to assert the legitimacy of the Law in light of the proposal established by the Constitutional Democracy's ideals.

**KEYWORDS:** Biopolitics. Law. Human dignity. Ethics.

132

## INTRODUÇÃO

Verificamos que o século XX, ocupado de modo tenso pelo desafio ao sistema mundial capitalista e que registrou o maior experimento já realizado com seres humanos, traz em suas características as marcas sombrias de um totalitarismo que rompe com o processo de civilização idealizado no Iluminismo e aniquila totalmente as esperanças voltadas a uma domesticação do poder estatal e uma humanização nas relações sociais. A violência utilizada no sistema totalitário das nações belicistas desconhece fronteiras e rompe os limites do direito internacional semelhante ao modo irresponsável como internamente a violência terrorista de ditaduras unipartidárias neutraliza as garantias constitucionais. Entre a força tirânica do totalitarismo e os seus opositores liberais, surge a terceira leitura – pós-fascista – sobre a

\* Professor de Direito Constitucional na Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE). Advogado. Mestre em Filosofia do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), com Bolsa Capes. Graduado no Curso de Direito do UNIVEM. Graduado em Teologia pelo IBES.



sombra de uma cruzada ideológica entre partidos, que, se não são da mesma categoria, comungam uma mentalidade semelhante.

O dilema enfrentado por Habermas é o de manter uma democracia efetiva em uma sociedade caracterizada por problemas visivelmente complexos e de difícil operacionalização que têm de ser gerenciados pelos sistemas da administração e da economia. Ainda que, para alguns, Habermas tenha assumido um posicionamento defensivo e resignado diante das concessões à teoria dos sistemas, a fim de dar conta da complexidade, sua filosofia dá mostras de que é possível subordinar os sistemas da administração e economia à esfera pública e ao direito legitimamente instituído. Os efeitos que surgem dos processos de globalização – que não são apenas de natureza econômica – nos direcionam a novas perspectivas que são tomadas sob as lentes de uma esfera social mais estreita, globalmente falando. Em uma sociedade mundial estratificada, parecem surgir, cada vez mais, oposições de interesses inconciliáveis, a partir das interdependências assimétricas entre os países desenvolvidos, e os que migram para industrialização, e os subdesenvolvidos.

Com vistas a uma análise retrospectiva daquilo que aconteceu no século passado, considerando as marcas indeléveis extremamente aterrorizantes que seguem ainda hoje em alguns povos, evidentemente, ninguém persegue com prazer uma utopia, sobretudo hoje, depois de todas as energias utópicas parecerem ter se esgotado. O avanço tecnológico da modernidade estreitou os horizontes outrora parecidos tão distantes aos olhos do homem. Dentre as consequências decorrentes desse processo, o sistema de mercado (capitalismo) fomentou na sociedade moderna o consumo em massa alimentado pela oferta do comércio; destarte, os efeitos decorrentes desse processo dificilmente são expurgados. É cada vez mais raro que se possa, sem ter de temer às sanções, despejar os riscos e os custos nos outros ou, ainda, em outros setores da sociedade, em regiões longínquas, culturas estrangeiras ou gerações futuras. Insurgidas experiências da violação da dignidade humana conduziram-nos às novas descobertas que frente as insustentáveis condições sociais de vidas marginalizadas das chamadas classes sociais empobrecidas; bem como, em vista do tratamento desigual de mulheres e homens no mercado de trabalho, da discriminação de estrangeiros nos EUA e na Europa, o descaso para com as minorias culturais (ribeirinhos, tribos indígenas brasileiras), linguísticas, religiosa e raciais, a ameaçada democracia da América Latina, o estado de não direito nos regimes totalitaristas do oriente, enfim, à luz dos desafios históricos, em cada momento são atualizadas outras dimensões do sentido da dignidade humana. Em cada ocasião



especificada há que se visualizar uma maior exploração do conteúdo normativo dos direitos fundamentais assegurados, por exemplo, suscitar novos direitos fundamentais da pessoa humana. Esse artigo visa oferecer ao leitor um olhar retrospectivo do breve e catastrófico século XX que contrariou todas as expectativas suscitadas no século anterior. À luz dos direitos fundamentais e da dignidade humana suscitam-se novas esperanças à implantação e à realização dos direitos do homem enquanto membro da família humano devidamente reconhecido pelo direito moderno.

## 1 DIAGNÓSTICO E SIGNIFICADOS DO SÉCULO XX

O paradigma de pensamento suscitado nesse novo século (XXI), alimentado pela ficção do pós-modernismo, trouxe para o século XXI a sensação de uma insegurança que tem suas raízes na crescente assimetria entre a capacidade de agir e a capacidade de prever. O estado complexo da crítica da razão nos faz pensar a figura de Jano e, assim, esse século passa a ser descrito como um pêndulo que se sustenta sobre duas extremidades que se desmentem. O corte calendário entre os dois séculos (XX, XXI) fruto de uma cronologia cristã, tem por marco inicial o nascimento de Cristo, que significou para história humana uma cisão temporal. Ora, a bem da verdade, os achados arqueológicos, registros antropológicos, reuniões, congressos de cúpulas mundiais, acordos econômicos, enfim, orientam-se segundo a cronologia cristã. Entretanto, os números exatos que datam os períodos nas quais a história fora registrada não correspondem aos nós do tempo que os próprios fatos históricos amarram. Anos como o de 1900 ou 2000 não têm significado diante das datas históricas de 1914, 1945 ou 1989, com exceção ao onze de setembro de 2001<sup>1</sup>.

Para Boaventura, o que mais caracterizou a condição sociocultural do final do século XX foi a absorção do pilar da emancipação pelo da regulação, no qual o sociólogo considera como fruto da gestão reconstrutiva dos déficits e dos excessos da modernidade confiada à ciência moderna e, em segundo lugar, ao direito moderno (SANTOS, 2001, p. 57). A ciência e

<sup>1</sup> Há 16 anos, o historiador inglês Eric Hobsbawn, em sua obra “Era dos Extremos, o breve século XX (1914-1991)”, descreve que o século passado fora mais breve que outros porque havia começado, de fato, com a Primeira Guerra Mundial, em 1914 (com o assassinato, em 28 de junho, do arquiduque da Áustria-Hungria, Francisco Ferdinando, em Sarajevo) e terminado em 1991, com a dissolução da União Soviética; um século de 77 anos extremamente relevantes do ponto de vista histórico antropológico. Logo no início do livro, Hobsbawn adverte para o fato de que “a destruição do passado [...] é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX”, já que “os jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem”. HOBBSAWN, Eric. Era dos Extremos: o Breve Século XX: 1914 – 1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras. 1995, p. 122.



a tecnologia aumentaram a capacidade de ação do homem sobre a natureza, de uma forma sem precedentes, com isso, fizeram expandir a dimensão espaço-temporal dos nossos atos. Em outros tempos, os atos sociais eram compartilhados em uma mesma dimensão geográfica; hoje em dia, a intervenção tecnológica pode prolongar as consequências, no tempo e no espaço, muito além das dimensões pensadas por meio de um nexo de causalidade cada vez mais próximo. Para Ruth Gauer, *o espaço e o tempo perderam por completo seu caráter estático e foram definitivamente relativizados*. Este mundo localizado na transição do século XIX para o século XX não pode substituir os dois mundos anteriores, nem tampouco dominou o pensamento durante esse período e imediatamente depois de 1900. O método Iluminista, reinterpretado e reforçado pelo darwinismo, continuou a representar a principal corrente do século XX. Nesse ínterim, os cientistas e os reformadores sociais, bem como um número considerável de humanistas, depositavam grandes confianças nas ciências e na razão para obtenção do progresso. No entanto, um novo mundo do pensamento surgia e desafiava as premissas básicas do positivismo. Esse mundo que despontava, era um universo em revolução, não só contra o positivismo, mas contra todos os modelos de valores e convenções burguesas, o racionalismo e convencionalismo em geral (GAUER, 2006, p. 187). A expansão da capacidade de ação ainda não se fez acompanhar de uma expansão semelhante da capacidade de previsão e, por isso, a previsão das consequências da ação científica é necessariamente menos científica do que a ação científica em si mesma (SANTOS, 20012, p. 58-59). Portanto, questionar o paradigma da ciência moderna não é, em si, uma questão científica propriamente dita e pode facilmente transformar-se em uma questão falaciosa ou quando no muito, se tornar objeto de uma outra questão científica: por que, afinal de contas, a questão paradigmática se levanta?

No início do século XIX, a Europa pôde vivenciar – graças aos avanços da medicina – um aumento populacional considerável. Esse desenvolvimento demográfico, que entretantes arrefeceu nas sociedades abastadas, estendeu-se de modo explosivo no Terceiro Mundo, desde meados do século XX. Essa explosão demográfica, que surgiu no início do século XX, em princípio pôde ser percebida e identificada na figura social de massa. Habermas não descreve esse fenômeno como algo típico desse período; era algo já reconhecido no romance do século XIX que concentrava um grande número de pessoas em massa nas cidades e nos bairros residenciais, bem como nos átrios das fábricas, escritórios e casernas, onde também havia a mobilização em massa de trabalhadores e emigrantes, de manifestantes, grevistas e



revolucionários. Entretanto, somente no início do século XX, fluxos, organizações (sindicatos) e ações de massa concentraram-se em manifestações ameaçadoras que provocaram a visão de *A Rebelião das Massas* (HABERMAS, 2001, p. 54). Na mobilização em massa ocorrida na Segunda Guerra Mundial, assim como o sofrimento em massa registrado nos campos de concentração em que, diariamente, se dizimavam vítimas no holocausto humano, em 1945, após a diáspora em massa dos fugitivos, desdobrou-se o coletivismo anteriormente já anunciado por Hobbes em sua obra “O Leviatã”. No Leviatã, os inúmeros indivíduos anônimos, porém concentrados coletivamente, representam a figura de um macrossujeito soberano que age coletivamente (HOBBS, 1974, p. 107). Todavia, desde meados do século XX a fisionomia dos grandes números sofreu alterações, a massa concentrada transforma-se no público disperso das mídias de massas. O congestionamento e os fluxos de trânsito físico continuam a inchar enquanto a rede eletrônica das conexões individuais torna anacrônicas as massas aglomeradas nas ruas e praças (HABERMAS, 2001, p. 54-55).

De modo semelhante, a mudança estrutural do sistema de ocupação realiza-se em ritmos amplos que se estendem por sobre os umbrais do século. Esse desenvolvimento se dá mediante a introdução de métodos de produção que economizam trabalho, ou seja, economiza o aumento da produtividade do trabalho em si. A base ideológica da modernização da economia surgiu com a filosofia pregada pela Revolução Industrial iniciada no Reino Unido em meados do século XVIII, e logo depois se expandiu pelo mundo a partir do século XIX. A modernização da economia consistia em um conjunto de mudanças tecnológicas com profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social. A massa da população trabalhadora que há milênios trabalhava na agricultura passou do primeiro para o setor secundário da indústria de bens e consumo e, logo depois, para o setor terciário do comércio, transporte e serviços. Já com relação às sociedades pós-industriais, essas são caracterizadas por um setor quaternário de trabalho baseado no saber – como as indústrias *high-techs* – de pesquisas e inovação tecnológica. A consequência dessas últimas trouxe grandes mudanças para o sistema de educação, que não apenas eliminou o analfabetismo, como também levou a uma drástica ampliação dos sistemas de ensino secundário e terciário. O ensino superior perdeu seu status elitista, as universidades passaram a ser o foco de manifestações políticas (HABERMAS, 2001, p. 54-55).

Coreia, desde 1960 regulada por um sistema ditatorial, pôde experimentar os efeitos do desenvolvimento em sua economia que a fez saltar de um status de sociedade pré para uma sociedade pós-industrial no espaço de uma única geração. Em meados do século XX, ocorreu um aumento significativo do processo de migração, há muito familiar, das zonas rurais para os centros urbanos. Com exceção da África Central e Meridional e a China, a intensa elevação da produtividade da agricultura mecanizada praticamente despovoou o setor agrário. Nos países desenvolvidos, as formas de vida campestres ficaram no plano das tradições obsoletas consideradas tradicionalmente até meados do século XIX; o declínio da situação dos camponeses também revolucionou a relação tradicional, até então presente, entre a cidade e o campo. Atualmente considera-se que mais de quarenta por cento da população mundial mora nos centros urbanos das cidades. Consequentemente, dada a intensidade desse fenômeno de migração rural para zonas urbanas, esse processo de migração trouxe inumeráveis prejuízos para as cidades. No momento, grandes regiões urbanas como Cidade do México, Tóquio, Calcutá, São Paulo, Cairo etc., “explodiram” as dimensões habituais das cidades, e com efeito, os problemas de habitação, saúde, educação e sobretudo, a segurança, tomaram proporções gigantescas. Hoje essas megalópoles enfrentam problemas semelhantes, lidando, diariamente, com novas situações que escapam do seu controle.

Por último, os avanços ligados à tecnologia e às novas descobertas científicas, como o domínio da energia atômica, a decodificação do código genético e a introdução de tecnologia genética na agricultura e na medicina, de certo modo, modificaram a própria consciência de risco, com efeito, a autocompreensão ética ficou desfigurada. Entretanto, considera Habermas que todas essas aquisições científicas continuam dentro dos caminhos habituais. Desde o século XVII, a postura instrumental apresentada diante da natureza cientificamente objetivada não se alterou. Ora, isso significa dizer que o domínio técnico dos processos naturais que foram decodificados não foram alterados. Na Europa do final do século XVIII os livros e os jornais que eram impressos contribuíam para a difusão de uma consciência histórica global e orientada para o futuro; no final do século XIX, Nietzsche protestou contra o historicismo de uma elite culta que presentificava tudo<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Para Giacóia Junior, o impacto da filosofia de Nietzsche “advém de sua extraordinária clarividência”. “Ele pressentiu, em estado de gestação, as ameaças mais fatais de nosso tempo. Anteviu o panorama sombrio que poderia advir do projeto sociopolítico de uma sociedade de massas. Nietzsche profetizou que a sociedade ocidental caminhava, desde então, para um nivelamento por baixo”. O filósofo Oswaldo Giacóia explica que: “Nietzsche é um dos grandes mestres da suspeita, que denuncia a moralidade e a política moderna como transformação vulgarizada de antigos valores metafísicos e religiosos, numa conjuração subterrânea que conduz



## 1.1 O compromisso do Estado social: promessas e desenganos

No final do século XX, as sociedades desenvolvidas defrontaram-se ainda com um problema que imaginavam já terem resolvido sobre aquela pressão da concorrência entre os sistemas que abarcam o mundo da vida. Esse problema, ainda presente na sociedade moderna, não se trata de um problema peculiar do final do século XX; trata-se, antes, de um problema tão antigo quanto o próprio capitalismo. Na medida em que novas condições se impõem, formas de pensar e de agir até então utilizadas são relativizadas por uma outra forma imposta. Nesse sentido, a sociedade moderna enfrenta alguns questionamentos desafiadores, porém necessários à sua estabilização; por exemplo: como pode se utilizar de modo efetivo a função de alocação e de descoberta de mercados autorreguladores sem se arcar com os custos sociais e com as divisões díspares que são incompatíveis com as condições de integração das sociedades compostas de modo liberal e democrático? (HABERMAS, 2001, p. 65). Como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e, ao mesmo tempo, legítima?

Para Habermas, nas economias mistas do Ocidente, o Estado conquistou, graças à sua disposição sobre uma cota considerável do produto social, um campo de manobras para realização de financiamentos e de subvenções e, de modo geral, para políticas efetivas de infraestrutura, de emprego e de teor social. O Estado buscou implantar manobras estratégicas, visando alcançar o crescimento, o pleno emprego, a viabilidade do mercado econômico com a estabilidade de preços, ou seja, implantou políticas públicas de infraestrutura para influenciar os sistemas de produção e distribuição de riquezas. Com as políticas de regulamentação, o Estado buscou estimular o crescimento, e por outro lado, por meio de políticas sociais, promover, simultaneamente, uma dinâmica econômica e, com isso, garantir a integração social (HABERMAS, 2001, p. 66). A revogação do compromisso com o Estado Social tem como consequência a irrupção renovada das tendências de crise que ele havia contido. Nesse ínterim, surgem custos sociais que parecem exigir demais da capacidade de integração de uma

---

ao amesquinamento das condições nas quais se desenvolve a vida social. Nesse sentido, ele é um dos mais intransigentes críticos do nivelamento e da massificação da humanidade. Para ele, isso era uma consequência funesta da extensão global da sociedade civil burguesa, tal como esta se configurou a partir da Revolução Industrial. Nietzsche se opõe à supressão das diferenças, à padronização de valores que, sob o pretexto de universalidade, encobre, de fato, a imposição totalitária de interesses particulares; por isso, ele é também um opositor da igualdade entendida como uniformidade. Assim, denunciou a transformação de pessoas em peças anônimas da engrenagem global de interesses e a manipulação de corações e mentes pelos grandes dispositivos formadores de opinião". Giacóia Jr, Oswaldo: Por que ler Nietzsche hoje. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/publicfolha/ult10037u352101.shtml>> Acesso em: 29 de janeiro de 2013.



sociedade liberal. São indubitáveis indicadores que mensuram o grau de pobreza que se alastra nos países subdesenvolvidos, bem como em alguns países da Europa, o grau de insegurança social que se instala entre as classes sociais, refletem o crescimento de disparidades salariais e, também, tendências de desintegração social.

As disparidades sociais são vistas pelos neoliberais não como um problema insolúvel. Para eles, a justiça trata-se de uma questão que deve ser analisada segundo a valorização da posição nascida dos mercados financeiros internacionais – e por aqueles que permanecem ligados à era socialdemocrata, porque sabem que as igualdades de direitos sociais constituem o espartilho da cidadania democrática. Os diagnósticos descritos por ambos os lados, de certa forma, convergem no sentido de coagir os governos nacionais a um “jogo de soma zero”, no qual os grandes objetivos econômicos inevitáveis podem ser alcançados desde que, para tanto, os objetivos sociais e políticos estejam em segundo plano. No âmbito de uma economia globalizada, os Estados nacionais só podem melhorar a capacidade competitiva internacional das suas posições desde que autolimite sua capacidade de realização estatal; isto justifica políticas de desconstrução que danificam a aderência da estrutura social e que põem à prova a estabilidade democrática da sociedade.

139

Hoje, com o sistema da economia globalizada, a crença de algum país voltada ao keynesianismo certamente está entregue ao insucesso. Dados os efeitos e as previsões oriundas da economia global, torna-se mais promissora a tomada de uma política antecipadora que, de forma inteligente e cautelosa, possa adaptar sua realidade interna à competição global. Fala-se em medidas de uma política industrial prospectiva, o incentivo a *research and development* [pesquisa e desenvolvimento], e, portanto, às inovações futuras, à qualificação da força de trabalho com base em formações especializadas e a flexibilização refletida do mercado de trabalho.

## 2 DIREITOS HUMANOS PARA QUEM? UM PROJETO PARA POSITIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

“*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.*” Com essa sentença, a Declaração Universal dos Direitos humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948 pelas Nações Unidas, enuncia como princípio essencialmente nuclear a dignidade humana. Deveras, a mesma, seja concebida como um direito universal e indisponível, e desta

forma, todos os membros da família humana sejam reconhecidos como seus titulares sem exceção alguma. Em seu preâmbulo, esse catálogo Universal de Direitos Humanos, enaltece de sobremodo a dignidade humana e os direitos humanos. Destarte, confirma a fé nos direitos fundamentais do homem, bem como, na sua dignidade e no seu valor que o identifica em sua natureza humana.

A lei fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada já há mais de sessenta anos, começa como uma seção sobre os direitos fundamentais inerentes ao indivíduo, e no artigo I recomeça com a afirmação: “*A dignidade do ser humano é inviolável.*” A dignidade humana desempenha hoje um papel proeminente na Constituição brasileira de tal modo que os valores promulgados pela dignidade humana passam a ser concebidos como essência nuclear do Estado Democrático brasileiro, nesse sentido, os Três Poderes devem ter como primazia os valores propagados pela dignidade tanto que no preâmbulo da constituição, bem como nos discursos dos direitos humanos e na jurisprudência, a dignidade humana vem estampada como célula mátria de todo o ordenamento jurídico do Estado brasileiro. Sendo assim, devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei aos fatos. Deveras, não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O preâmbulo da Constituição de 1988, a compreensão daquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, segue que, seu objetivo maior, e impreterível, deveras seja assegurar e garantir o exercício da dignidade humana, direito este, entendido e determinado como valor supremo do Estado brasileiro. Assegurar tem, no contexto político e material, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu exercício concreto. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de assegurar, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização daqueles valores em função dos seus destinatários. Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade como sucedâneo do princípio da dignidade humana.



Considerando os efeitos globais do 11 de setembro que fez surgir na comunidade mundial um estado de temeridade e insegurança, os Estados pretendendo promover a segurança aos seus cidadãos, que não por menos ainda estavam aterrorizados, alguns Estados promulgaram e reformularam suas Leis que tratavam dessa temática (segurança). Entretanto, o bom senso e a cautela não acompanharam a elaboração das medidas. Vejamos, por exemplo, em 2006 a esfera pública alemã colocou a inviolabilidade da dignidade humana como prisma maior objetivado pelo Estado Alemão, de tal sorte que, o Tribunal Constitucional Federal considerou inconstitucional a “Lei de Segurança Aérea” promulgado pelo parlamento alemão acometido pelo espírito do 11 de setembro (o ataque terrorista às torres gêmeas do World Trade Center) (HABERMAS, 2012, p. 8). Considerando o cenário daquelas tragédias, o parlamento Alemão pretendia autorizar as forças armadas que, em casos semelhantes àqueles, poderiam abater aviões de voo comercial quando utilizados como bombas, destarte, estariam assim, protegendo a sociedade alemã, seus cidadãos, suas famílias como um todo. Em outras palavras, pretendendo proteger um número consideravelmente maior de pessoas, as forças armadas poderiam abater os aviões que representassem um ameaça para sociedade alemã, ainda que para isso, vidas inocentes que estivessem a bordo da aeronave fossem dizimadas. Não podendo ser diferente, o Tribunal alemão não hesitou em declarar a inconstitucionalidade da Lei. O dever do Estado – segundo o artigo 2, inciso II da Constituição Federal<sup>3</sup> – de proteger a vida das potenciais vítimas de um ataque terrorista não pode vir antes do dever de respeitar a dignidade humana dos passageiros “quando suas vidas são colocadas unilateralmente à disposição do Estado, nega-se aos passageiros à bordo do avião o valor que é devido aos seres humanos em vista de seu próprio bem” (HABERMAS, 2012, p. 8-9). O posicionamento do Tribunal alemão indiretamente retoma a premissa kantiana, e assim, o respeito à dignidade humana de cada pessoa obsta a atuação do Estado de dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, ainda que sua intenção seja a de salvar a vida de outras pessoas. Aliás, digno de nota é a circunstância em que somente após o final da Segunda Guerra Mundial o conceito filosófico de dignidade humana, que entrou em cena já na antiguidade e adquiriu em Kant sua acepção válida, atualmente tenha sido introduzido nos textos dos direitos das gentes e nas diferentes constituições em vigor. Entende Habermas (2012, p. 10), o conceito de dignidade humana em um tempo relativamente curto trouxe novas ponderações teóricas à jurisprudência internacional. Contudo, verifica-se que nos compêndios

<sup>3</sup> “Cada um tem o direito à vida e à integridade física.”

de direito do século XVIII e XIX que tratavam dos direitos humanos, o conceito de dignidade humana não era formulado a partir de conotações essencialmente jurídicas, ou seja, do ponto de vista jurídico. Ora, disto posto, por que no direito o discurso dos direitos humanos antecedeu o da dignidade humana? A resposta para a formulada questão, oportunamente, veio surgir para o mundo jurídico no instante da elaboração dos documentos de fundação das Nações Unidas. Nesse instante fronteiro para a comunidade humana, e não menos sintomático, essencialmente buscou-se estabelecer um vínculo entre os direitos humanos e a dignidade humana. Essa nova roupagem dos direitos humanos surgiu como uma resposta aos crimes de massa cometidos sob o regime nazista e aos massacres da Segunda Guerra Mundial.

O projeto tardio da dignidade humana trazido para as discussões sobre direito constitucional e dos direitos das gentes buscam, com afincos, promover embrionariamente esse valor (direito e propriedade da comunidade universal) no ordenamento jurídico dos Estados. Retrospectivamente, se olharmos para o século XX, em março de 1948, sobre o contexto dos debates sobre a abolição da pena de morte e da punição corporal, a Constituição de Frankfurt em seu § 139 já afirmava que “um povo livre deve respeitar a dignidade humana mesmo no caso do criminoso” (HABERMAS, 2012, p. 10).

142

### **3 A CARREIRA TARDIA DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA: DISCUSSÕES SOBRE DIREITO CONSTITUCIONAL E DO DIREITO DAS GENTES**

Sem dúvida alguma, as questões ligadas aos direitos humanos, todas as problemáticas que a envolvem, estão postas num campo de discussões ainda abstrato, ao que de certo modo quando lidamos com situações variadas não nos resta outra alternativa senão a de considerarmos concretamente em cada caso particular as problemáticas que possam surgir. Destarte, a realidade descrita causa grande alarde em meio aos fóruns e debates acadêmicos em pleno Século XXI. Constata-se que em suas atuações legisladores e juízes chegam a resultados muito diferentes considerando contextos culturais distintos nos quais são invocados os denominados direitos humanos.

Quando nossos olhares retomam os registros históricos de um passado não muito remoto, o flagrante retrocesso da vida social ainda ressentido por alguns povos marginalizados, o empobrecimento da condição humana e o descompasso dos processos de solidarização social e de convívio, de interação e de vivência dos diversos aspectos da



sociedade ainda se fazem ouvir. As sociedades periféricas tratadas e vistas como indignas, ainda são marcadas pela tirania da sobreposição da política ao direito. Esta é uma questão, encarada pelos pensadores do direito, que no século XXI não poderá passar às escuras, trata-se de um árduo e desafiador compromisso ético e moral a ser solucionado pelo direito. Quando da leitura do princípio: “ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 5º) evidentemente ecoa-se em nossa memória os alardes e os gemidos indelévels daqueles que um dia foram coisificados pelos sistemas nazista e fascista.

A invocação aos direitos humanos insurge-se da indignação daqueles que um dia amontoados ou enfileirados ressentiam a cada minuto o temor e o terror da morte que a cada instante se aproximava. Os passos da morte em direção ao homem não eram passos em silêncio, antes sim, poderiam ser vistos no flagelo, na fome atormentadora, na degradação das vidas e na aflição dos olhares que disseminavam uma aflição antes jamais vista. Desse modo, nos parece que o Estado Democrático de Direito e o constitucionalismo não souberam, ainda, responder até então se a dignidade humana é a expressão para um conceito fundamental normativamente substantivo, de modo que os direitos humanos poderiam ser deduzidos por meio de uma especificação de condições de violação da dignidade humana, ou, se essa expressão, na verdade, não passa de mera ficção, expressões falaciosas de um catálogo de direitos humanos individuais mitológicos. A dignidade humana tem sido um baluarte, ou, uma espécie de elo vinculador que paulatinamente vem facilitando a produção de consensos sobrepostos entre as partes de diferentes origens culturais (HABERMAS, 2012, p. 11). À guisa das condições históricas empiricamente modificadas, ainda que de forma tímida, converteram em tema e tornaram consciente algo que já estava inscrito nos direitos humanos desde sua gênese, a saber, aquela substância normativa da dignidade humana que de forma *una* traz ou imprime o substrato da identidade da família humana, que foi, por assim dizer, aos poucos explicitada pelo Direitos Humanos. Assim, juízes, mormente, recorrem à proteção da dignidade humana quando, por exemplo, diante de situações imprevisíveis que possam causar riscos a pessoa humana, imprevisibilidades essas oriundas dos avanços tecnológicos invasivos, introduzem um direito à autodeterminação informacional.

Destaco abaixo um dos inúmeros trechos geniais do voto do Ministro Ayres Britto e também relator do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, em que se discute a equiparação

da união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, preconizada pelo artigo 1.723 do Código Civil. Em seu voto o eminente Ministro entende que a liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional)<sup>4</sup>.

Do ponto de vista histórico podemos visualizar que a dignidade humana paulatinamente passou a integrar, de sobremodo, os direitos fundamentais da pessoa humana (*antropos*). A constituição da República de Weimar de 1919, que introduziu os direitos sociais salta aos olhos como grande exemplo desse desdobramento que aos poucos fora sendo enxertados nos direitos fundamentais. Aqui o artigo 151 trata da “garantia de uma existência humana digna para todos”. Nesse dispositivo o conceito de dignidade humana assume forma predicativa de uma expressão utilizada no cotidiano; entretanto, em 1944, em um contexto semelhante, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) promulgada em 10 de maio de 1944 na Filadélfia usa no seu inciso 2º a retórica da dignidade humana sem abreviações: “Todos os seres humanos, independentemente de raça, credo, sexo, têm o direito de buscar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual em liberdade e *dignidade*, em segurança econômica e em condições econômicas favoráveis iguais” (grifo nosso). Em alguns anos mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 22, já exige a garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, de modo que cada um possa viver sob condições que são “indispensáveis para sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.<sup>5</sup> Desde então fala-se de diferentes gerações de direitos humanos. A partir da função heurística da dignidade humana os direitos fundamentais, agora, buscam propor um resgate da moral

<sup>4</sup> “VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir [...]. Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir) [...]. IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF.” Trecho do Voto (*ipsis literis*) do **Ministro Ayres Britto**, p. 27-28 04/05/2011.

<sup>5</sup> “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recurso de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.”



daquela promessa de respeitar a dignidade humana de cada um se eles interagirem igualmente em todas as suas categorias.

O legislador constituinte na carta magna de 1988 já no preâmbulo da Constituição, com intuito de explicitar e determinar qual seria a identidade da República Federativa do Brasil, de forma clara e objetiva, apontou quais seriam seus valores, a saber: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito [...]. Logo abaixo no inciso terceiro do seu primeiro artigo o constituinte determinou que a República Federativa do Brasil tem por fundamento a Dignidade Humana. Com isso, a dignidade humana, apresentada pelo legislador constituinte, não assumiria no ordenamento jurídico brasileiro apenas a função de princípio, antes sim, é identificada como fundamento do Estado brasileiro, de forma que, uma vez desrespeitado seu conteúdo normativo, a priori, aquele que o faz está se voltando contra o próprio Estado brasileiro.

Dada a relevância significativa e valorativa de como os direitos fundamentais vêm, nos últimos séculos, sendo abordados fortemente nas esferas jurídicas, conseqüentemente, influência fora ampliada para além das relações verticais dos cidadãos individuais com o Estado e assim permeando as relações horizontais entre os cidadãos e seus pares. Em algumas situações, possibilidades de colisões surgiram como fatos inevitáveis, situações estas que exigiram a tomada de ponderações entre reivindicações de direitos concorrentes. Em situações antagônicas ou paradoxais, muitas vezes só é possível fundamentar uma decisão quando se recorre a uma violação da dignidade humana válida em caráter absoluto e que reivindica seu primado no texto constitucional. No núcleo desse discurso jurídico o conceito de dignidade humana não desempenha a função meramente de catalisador dos direitos humanos, pelo contrário, a dignidade humana atua como um instrumento que mede a intensidade das oscilações dos direitos humanos, quiçá, constitutivos para uma ordem jurídica democrática – a saber, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política devem reciprocamente atribuir para poderem se respeitar como membros de uma associação voluntária de livres e iguais. Temos que somente a garantia desses direitos humanos cria o status de cidadãos que, como sujeitos de direitos iguais, pretendem ser respeitados em sua dignidade humana.

Passados dois séculos de história constitucional moderna, podemos destacar, sem sombra de dúvida, que a dignidade tem assumido a função instrumental pelo qual o conteúdo

igualitário-universalista da moral é importado ao campo do direito. Desse modo Habermas (2012, p. 18) entende que a ideia de dignidade humana

é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamental nos direitos humanos. Na verdade, as clássicas declarações dos direitos humanos, quando falam de direitos “inatos” ou “inalienáveis” inerente ou direitos naturais, direitos naturais, inalienáveis e sagrados, ainda revelam suas origens a partir de doutrinas religiosas e metafísicas. Porém, num Estado neutro do ponto de vista das concepções de mundo, tais predicados têm o papel de um guardador de lugar; relembram-nos do modo cognitivo – para além do controle do Estado – de uma fundamentação do conteúdo moral transcendente desses direitos, capaz de ser aceita universalmente.

Esses direitos descritos outrora como algo inovador possibilitou, como que em uma espécie de simbiose, a junção de dois elementos que no decurso inicial dos tempos modernos se distanciaram, autonomizando-se e desenvolvendo-se, a princípios, em direções opostas. De um lado, temos a figura da moral interiorizada e estabelecida subjetivamente nos moldes da razão kantiana; de outro lado temos a figura do direito coercitivo positivo, que outrora servia aos governos absolutistas e às assembleias estamentais dos velhos parlamentos como um instrumento para a implantação das novas estruturas que integrariam o aparelho estatal e que também serviriam como meio de organização e controle do intercâmbio do mercado capitalista. Habermas entende que o conceito de direitos humanos decorre de uma improvável síntese desses dois elementos. Assim, os direitos humanos, independentemente do seu conteúdo axiológico essencial, ainda sim, possuem a forma de direitos subjetivos positivos dotados de coerção e por isso devem assegurar aos indivíduos um espaço de liberdades e pretensões. Consequentemente, os direitos humanos circunscrevem de forma precisa a parte de uma moral esclarecida que pode ser traduzida no *medium* do direito coercitivo e, por conseguinte, efetivar realidades políticas concretas configuradas mediante os direitos fundamentais. Podemos entender que a dignidade humana, nesse ínterim, realizou uma função instrumental pela qual pode-se chegar a uma vinculação entre a moral e o direito, ou seja, o conceito de dignidade humana, corrente na linguagem cotidiana, foi aos poucos transformando-se nesse processo de vinculação.

O pensamento moderno do direito ligado a alguns pressupostos da racionalidade kantiana da moral que identifica a autonomia do indivíduo vinculando-a uma relação de reciprocidade de respeito, esse fundamento comum da moral racional e do direito racional, muitas vezes, obscurece a diferença decisiva entre eles. Ora, enquanto a moral nos impõem

deveres que alcançam completamente todas as esferas de ação, o direito moderno cria espaços livres ao arbítrio privado e à configuração de interesses contemplados de modo particular, ou seja, do indivíduo em si. Nesse aspecto, considerando as perspectivas tomadas sob o viés jurídico, concebe-se o argumento de que algo é permitido pelo simples fato de que ainda não fora decretada positivamente sua proibição. Deste modo, os direitos subjetivos, e não os deveres (tomados sob a perspectiva kantiana) formam o ponto de partida da constituição do sistema de direitos. O direito moderno que retoma alguns pressupostos hobbesianos é configurado pela lógica de uma autorização *una* que outorga a todos igualmente fazer ou deixar de fazer o que lhes agrada no espaço circunscrito pela lei. Certamente, os atores assumem comportamentos diferentes quando ao invés de percorrerem mandamentos morais optam pelas regras dos seus direitos. Em uma relação moral o indivíduo que age, a priori, questiona-se o que ela deve a outra pessoa, independentemente de sua relação para com ela. Em contrapartida, em uma relação jurídica as tomadas de ações entre as partes decorrem das pretensões levantadas (HABERMAS, 2012, p. 16).

Do ponto de vista da moral, nas relações estabelecidas entre indivíduos, quando estamos diante de um ato que viola um preceito moral sabemos que a consciência do agressor é suficiente para lhe imputar reprovação ao ignóbil cometido, ao passo que em uma relação jurídica objetivamente violada, a mesma permanece latente enquanto não for erguida uma pretensão jurídica que a atualize. Assim,

No lugar da consideração demandada moralmente pelo outro vulnerável, entra a exigência autoconsciente pelo reconhecimento jurídico como sujeito autodeterminante que “vive, sente e age segundo seu próprio juízo”. O reconhecimento reivindicado pelos cidadãos vai além do reconhecimento moral recíproco de sujeitos que agem de modo responsável. Ele tem o significado robusto do respeito exigido pelo status próprio merecido e alimenta-se, neste aspecto, das conotações daquela “dignidade” que no passado estava associada ao pertencimento a corporações prestigiadas socialmente (HABERMAS, 2012, p. 22-23).

A dignidade humana quando analisada do ponto de vista concreto a mesma segue circunscrita nos moldes das assim chamadas sociedades tradicionais estruturalmente divididas de forma hierárquica. Desse modo, fatores como código de honra da nobreza, bem como o ethos estamental das corporações de ofício ou da consciência corporativa das universidades de certo modo conferiam efetividade – num plano concreto – à dignidade. Por outro lado, quando essas dignidades (variadas) dependentes de status, juntas, convergem em uma dignidade universal “do” ser humano, essa nova e abstrata dignidade se desvincula daquelas



características peculiares oriundas de um ethos estamental, ainda sim, a dignidade universal, em sua essência, alude o autorrespeito que se apoia no reconhecimento social. Todavia, assumida essas características, a dignidade humana reclama também a implantação e a efetividade de um *status* civil, ou seja, o pertencimento a uma comunidade organizada no espaço e no tempo dentro de um reconhecimento isonômico em *status*. Assim, temos que, a partir desse conceito de dignidade humana ocorre a transferência do conteúdo de uma moral do respeito igual por cada um para a ordem de *status* de cidadãos que derivam seu autorrespeito do fato de serem reconhecidos pelos outros cidadãos como sujeitos de direitos iguais e reivindicáveis. A concretude e efetividade dessa dignidade, demanda o estabelecimento de um Estado constitucional como pressuposto essencial seu. Ainda assim, o Estado constitucional não pode ser obra do acaso que surge espontaneamente, ou seja, necessariamente deve ser algo criado pelos próprios cidadãos por meio do direito positivo, deve também, ser protegido e desenvolvido sob condições históricas modificáveis. Desse modo, entende Habermas (2001, p. 110), *como um conceito jurídico moderno, a dignidade humana se vincula com o status que os cidadãos assumem em uma ordem política autocríada*. Nesse sentido, como destinatários, os cidadãos usufruem desses direitos que protegem sua dignidade humana, tão somente, quando efetivamente se implanta em comum uma ordem política fundamentada sob a égide dos direitos humanos. Corolário do idealismo republicano a dignidade humana funda suas balizas na atividade democrática e na respectiva orientação para o bem comum, sucedâneo do *status* de cidadania.

Conotações universalistas ligadas à dignidade humana nos parecem soar como algo paradoxal quando formuladas sob perspectivas isoladas ou particularistas. Associados outrora a diferenças hierárquicas de posição e *status*, o conceito de dignidade assenta – entre os homens – uma posição igualitária deontológica comum. Formulada a partir de conotações universais a dignidade humana confere a todos os membros da família humana a mais alta posição possível, ou seja, aquilo que outrora era reservado tão somente à classe nobre agora – de forma igualitária – é estendido a todos. Mas, de fato, com relação à dignidade humana, as considerações pontuadas são tomadas em igual forma para todos? No pensamento filosófico grego (estoicos) e no humanismo romano (Cícero) não visualizamos um sentido igualitário semântico àquilo que se pensa no período moderno. Naquele tempo a *dignitas humanas* era explicada a partir das posições ontologicamente definidas do ser humano no cosmos, ou seja,



a partir da posição específica que o ser humano assumia em razão das suas faculdades pessoais, tais como: ser dotado de razão, posição política e social (SILVA, 2008, p. 181).

Um exame a partir das perspectivas genealógicas do conceito – com fim a universalização da dignidade – nos faz ver que ainda precisamos reanalisar algumas premissas ligadas à dignidade humana nos aspectos da sua individualização. Com isso, delimitamos o campo de nossa análise às relações horizontais dos indivíduos e não na perspectiva de uma relação vertical deste com Deus. Assim, os discursos ocorridos nos espaços públicos democráticos podem conduzir à formulação de um sistema de direitos e de uma vontade política racional que se vincula a uma concepção de solidariedade cívica ou de patriotismo constitucional, que é necessário à implementação de instrumentos que tragam soluções aos emergentes conflitos decorrentes da convivência (interna e externa) nos contextos de diversidades culturais. Ao mesmo tempo, então, em que, os discursos proferidos nos espaços públicos destinados aos atos de fala constituem exercício efetivo da soberania popular, produzirão também concepções intersubjetivas de direitos fundamentais das quais se poderão pensar em condições e possibilidades de reconstruir a legitimidade dos Direitos Humanos com o objetivo de serem afirmados como direitos fundamentais universais (POKER, 2008, p. 75). O valor superior da humanidade e de todos os membros da família humana, desde agora, são substituídos pelo valor absoluto da pessoa, ou seja, o valor singular de cada um. A partir de então, passa-se a definir os limites de uma esfera que deve permanecer absolutamente livre da disposição de outros. A dignidade humana absolve uma conotação axiomática infinita, de modo que, todos, doravante, respeitem a esfera da vontade livre como um bem inviolável. Ainda, interessa-nos apontar que em Kant (1974, p. 216) a dignidade humana não adquire um lugar sistemático. Assim, o peso da fundamentação assenta-se na explicação filosófica moral da autonomia. Isso significa dizer que a autonomia passa ser o fundamento da natureza humana e de toda natureza racional.

As reivindicações e a imposição dos direitos humanos se deram mediante um processo longo e contínuo de lutas violentas e às vezes revolucionárias em prol de um reconhecimento digno. À luz dos desafios históricos já enfrentados, ainda assim, a sociedade contemporânea convive com situações que reclamam novas atualizações concernentes às dimensões dos direitos fundamentais que têm por essência a dignidade humana. A figura da dignidade passa ser compreendida como sendo a essência mátria do pano de fundo moral que rege as sociedades ocidentais contemporânea, superestimando a capacidade destas de implementar



uma universalização de direitos que naturalize o valor da igualdade (MATTOS, 2004, p. 157). Novas considerações atreladas à dignidade humana, especificada em cada ocasião, podem levar tanto a uma maior exploração do conteúdo normativo dos direitos fundamentais já assegurados, como à identificação e à positivação de novos direitos fundamentais (HABERMAS, 2007, p. 212). Entretanto, quando a política dos direitos humanos se torna um instrumento para impor interesses das grandes potências políticas e econômicas; quando a superpotência deixa ao lado a Carta das Nações Unidas e arroga-se o direito de intervir em algumas nações, ainda que violando direitos das gentes humanitário e justifica em nome de valores universais, evidentemente, diante de um quadro como este, torna-se claro que o programa dos direitos humanos consiste em seu mau uso imperialista. Essa preocupação consiste exatamente em reconstruir a constituição cooriginária entre poder político e o direito, mostrando que, mediante essa relação, resulta um novo nível da tensão entre facticidade e validade, agora situada no próprio poder político. Nesse sentido, a questão da legitimação de um poder político estruturado na forma do Estado de direito pode ser compreendida desde que, por intermédio da ótica do conceito de autonomia política dos cidadãos, fundamentado na teoria do discurso, se consiga diferenciar as figuras do poder comunicativo, produto do direito legítimo, e a do poder administrativo, responsável por imposições das leis (WERLE, 2008, p. 131).

150

Esses argumentos visam a proporcionar uma análise axiológica normativa estribada no campo das relações políticas e sociais, considerando, sobretudo do ponto de vista empírico, as possibilidades de se formar em nossa sociedade de “bem-estar social” uma sensibilidade para pretensões legítimas de grupos populacionais marginalizados e desprivilegiados que querem ser reconhecidos e incluídos nas relações de vida liberais. O vínculo embrionário entre dignidade humana e direitos humanos estabelece uma fusão dinâmica da moral no *medium* do direito, no interior do qual deve ser efetuada a construção ética e justa das ordens políticas.

### 3.1 Instituição do estado constitucional democrático: legitimação de ordens e paradoxos

À esteira de uma pesquisa científica que busca examinar os processos de controle de normas que visam a assegurar o exercício dos direitos fundamentais que abarcam os direitos sócios e políticos de cada cidadão como corolário do Estado Democrático de Direito, esse exame reclama, em suas análises e juízos, contribuições cognitivas discursivas impetuosas,



fomentadas em espaços públicos jurídicos onde decisões judiciais são proferidas; bem como, analisar o papel funcional que essas decisões desempenham na aceitação social dos juízos. Entretanto não se quer afirmar com isso que estaríamos (com intuito de se resolver o problema) apelando tão somente para razões pragmáticas e circunstâncias históricas afirmando serem essas mais decisivas, quando se trata de saber o modo como a tarefa de controlar as normas devem ser implantadas. Quanto à institucionalização, Habermas afirma que tais possibilidades têm que ser avaliadas sob a ótica dos princípios da soberania popular e do Estado de direito, entretanto, *a constelação e o jogo desses princípios não propiciam soluções capazes de satisfazer a todos* (HABERMAS, 2003b, p. 158).

Nos Estados Unidos (EUA) e na República Federal da Alemanha, ambos países em seus sistemas políticos instituíram um órgão competente para examinar a constitucionalidade das leis emitidas pelo congresso. No espaço desse órgão, independente, suscita debates sobre a relação entre democracia e Estado de Direito bem como a função e a posição do Tribunal Constitucional das quais desencadeia repercussões e influências de ordem política. Nos Estados Unidos já há muito tempo fala-se na instituição dum paradoxo quando da arguição levantada sobre a legitimidade do controle das normas exercido pela *Supreme Court* em última instância, para os republicanos trata-se dum problema evidente, dado que: *Todo poder do Estado emana do povo*, logo seria um contradito aceitar o poder “*elitista*” de especialistas em direito que apegados tão somente ao conhecimento teórico para interpretar a constituição viessem revogar as decisões dos atos elaborados pelo poder legislativo, que diferentemente daquele órgão (Tribunal Constitucional), fora democraticamente constituído, ou seja, são – pelo menos teoricamente – representantes do povo. Frank Michelman, citado por Habermas, pensa que essa problemática fora levantada por Willian J. Brennan. Para Michelman, Brennan num primeiro momento se posiciona como um liberal que defende direitos de liberdade individuais em uma perspectiva consistentemente moral, já noutro aspecto, posiciona-se como um democrata que radicaliza os direitos de participação e de comunicação com intento de assegurar o direito de todos à participação comunicativa visando promover chances tanto para os silenciados como para os marginalizados. Nesse sentido Brennan seria um social democrata sensibilizado com as questões políticas de justiça social, e ultrapassando a compreensão liberal da tolerância, empenha-se em uma política sensível às diferenças capaz de reconhecer minorias marginalizadas raciais e religiosas. Em suma, Milchelman, segundo Habermas (2003a, p. 159), nos apresentam Brennan:

[...] nas cores do pragmatismo americano e como modelo de um republicanismo atual, a fim de agudizar uma questão que nos interessa: será que a sentença proferida por um juiz constitucional da Republica Federal, intervencionista e democrata convicto, que usa o instrumento pretensamente democrático do controle de normas, não é capaz de revelar o segredo que envolve a relação entre o princípio da soberania do povo e do Estado de direito?

Destarte, o papel do juiz responsável seria aquele no qual o juiz se posiciona como intérprete democraticamente insuspeito da constituição, de forma que, sua sentença para ser válida, via de regra, deve estar integrada por conteúdos de ordem hermenêutica suscitadas nos espaços públicos a cabo das confusões de vozes instauradas na sociedade civil. Dessa interação com o grande público, perante o qual o jurista se sabe responsável, confere legitimidade democrática a juízo de um respectivo juiz não suficientemente legitimado do ponto de vista democrático. Dada a interação discursiva que se perfaz mediante atos de mobilização da sociedade, seu resultado suscita interações capazes de gerar consequências favoráveis para os dois lados. As decisões que serão proferidas serão formuladas a partir de uma análise mais ampla fazendo com que a visão dos especialistas – intérpretes da norma – considere também outros pressupostos que ocorrem no mundo dos fatos como fenômenos políticos sociais que devem ser considerados pela ótica do ordenamento jurídico. Noutro aspecto, temos o viés formulado sob a perspectiva do olhar crítico dos cidadãos<sup>6</sup> que tentam influir no tribunal por meio de uma opinião pública provocativa, fomentando assim a legitimidade democrática do procedimento que conduz à decisão (HABERMAS, 2003a, p. 158-159).

O processo democrático de criação de leis, nos moldes de uma interpretação liberal, sua legitimidade reclama determinada forma de institucionalização, tal lei fundamental passa ser introduzida no ordenamento como condição necessária e suficiente para o processo democrático e, não como um resultado deste, *pois a democracia não pode ser definida pela própria democracia* uma vez que:

Ora, a relação entre a democracia, como fonte de legitimação, e um Estado de direito, que não necessita de legitimação, não é paradoxal, pois as regras constitutivas que tornam *possível* uma democracia não podem *limitar* a prática

<sup>6</sup> No Brasil temos a figura do Amicus Curiae (Amigo da Corte), que intervém como assistente em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa.

democrática através de normas impostas a partir de fora (HABERMAS, 2003a, p. 159).

Nesse sentido, o fato de a constituição ser inerente à democracia, pode ser evidente por si mesmo. Entretanto o argumento apresentado não é suficiente para a fundamentação, tendo em vista que esse argumento se restringe tão somente a parte da lei fundamental imediatamente constitutiva para formação democrática da opinião e da vontade pública, ou seja, refere-se tão somente à categoria dos direitos políticos de participação e de comunicação. Os direitos fundamentais liberais protegem bens que possuem valor intrínsecos, tais como: habeas-corpus, o livre exercício de religião, a propriedade, em suma, todos os direitos que asseguram a formação autônoma da vida e a persecução do próprio bem-estar dos cidadãos. Logo, esses direitos, *não se esgotam na função instrumental que podem vir a ter no exercício dos direitos políticos dos cidadãos*. Enfim, as liberdades clássicas não têm o sentido primário de promover a qualificação dos cidadãos. Desse modo a possibilidade assegurada da democracia via direitos fundamentais, por si só, não basta à sua viabilidade, o que, no entanto, seria suficiente para os direitos fundamentais políticos (HABERMAS, 2003a, p. 159).

Sob a perspectiva republicana, a substância da constituição resulta necessariamente dum processo inclusivo da formação da opinião e da vontade dos cidadãos; caso contrário, ela colidiria com a soberania do povo no que diz respeito seus interesses. Neste caso, *teríamos que conceber a autodeterminação democrática como um autoentendimento político-ético, não coagido, de um povo acostumado à liberdade* (HABERMAS, 2012, p. 160). Sob essa condição, os princípios do Estado de direito não estariam ameaçados, tendo em vista que estes seriam parte integrante de um ethos democrático que uma vez enraizados na cultura passariam obter um valor sentimental por parte dos cidadãos. A interpretação republicana adquire outro sentido, procedimentalista, quando a expectativa racional de uma formação democrática da opinião e da vontade, que se limita a si mesma, se transporta das fontes do consenso já existente sobre valores para as formas características do processo democrático.

Os direitos fundamentais são identificados como respostas derivadas de exigências formuladas no campo das interlocuções políticas entre estranhos, que faz supor que tais direitos fundamentados sobre esse procedimento são racionalmente aceitos. Identificamos com esse procedimento a instituição da soberania popular, a saber, seu princípio que fixa um procedimento que fundamenta a expectativa de resultados democraticamente legítimos. Esse princípio se expressa nos direitos à comunicação e à participação que assegura autonomia

pública aos cidadãos (HABERMAS, 2001, p. 148). Por esse caminho, Habermas considera que a constituição alcança um sentido procedimental capaz de instituir formas que asseguram o uso público da razão concomitante compensação equitativa de interesses, levando-se em conta a necessidade de regulamentação e os contextos específicos tomados como mundo dos fenômenos experimentais. Esse conjunto de condições estendem tanto aos direitos de liberdade como aos direitos políticos.

Em uma releitura dos séculos XX e XIX, depreende-se que alguns agentes sociais, sobretudo o feminismo, sob fortes oposições, precisaram empreender várias investidas para fazer valer seus objetivos legais e políticos. Inicialmente, a política liberal tencionou desacoplar conquistas de status e identidade de gênero, com seus reclames e protestos – conteúdo de seus ideários: as mulheres passaram a obter igualdades de chances na concorrência por postos de trabalho, prestígio social, nível de educação formal, poder político etc. (SILVA, 2013a, p. 137). A igualdade formal que fora alcançada parcialmente pode agregar tão somente uma fração da sociedade; com isso, evidenciaram-se, ainda mais, as desigualdades de tratamento factual a que as mulheres estavam submetidas. Nesse contexto, políticas socioestatais, voltadas à implementação dos direitos (reconhecimentos) sociais ligados ao trabalho e a família, reagiram com regulamentações especiais; por exemplo, a maternidade e os encargos sociais, em caso de divórcio. Entrementes, a crítica feminista indignou-se contra as exigências liberais não resolvidas bem como contra os programas sociais implementados com êxito que trouxeram consequências ambivalentes, como os riscos de acidentes e infecções patológicas nos ambientes de trabalho, a presença excessiva de mulheres nos cargos de baixíssima remuneração laborativa, o bem-estar infanto-juvenil evidentemente problematizado, a crescente “feminização” da pobreza de modo geral etc. (HABERMAS, 2007, p. 244). Habermas aponta, ainda, um fator preponderante que corroborou diretamente para a implementação dos estereótipos de identidades de gênero: em áreas do direito feminista, o paternalismo socioestatal assume um sentido literal e, nesse sentido, o poder legislativo e a própria jurisdição passam a orientar-se conforme os modelos tradicionais de interpretação que existiam. A classificação dos papéis sexuais e das diferenças do gênero compõe as camadas elementares da autocompreensão cultural da sociedade. Com isso, considera Habermas (2007, p. 212) que

Só agora o feminismo radical toma consciência do caráter dessa autocompreensão, que se revela falível, profundamente questionável e carente de revisão. Ele insiste, e



com razão, em que se devem esclarecer junto à opinião pública de caráter político, ou seja, em um debate público acerca da interpretação adequada das carências, os enfoques sob os quais as diferenças entre experiências e situações de vida de determinados grupos de homens e mulheres se tornam significativos para um uso das liberdades de ação em igualdades de chances.

A partir dessas considerações, Habermas acredita ser possível demonstrar, de forma clara, a transformação da compreensão paradigmática do direito que se configura ora pelas liberdades subjetivas em prol das concorrências em particular, ora mediante reivindicações de benefícios, ideário do Estado de bem-estar social. Com isso, obtemos uma concepção procedimental do direito, em que o processo democrático, a um só tempo, pode assegurar a autonomia privada e pública. Devemos considerar – a partir dos debates públicos - os aspectos relevantes para o tratamento igualitário ou desigual de casos típicos isolados, caso se queira assegurar às mulheres uma organização particular e autônoma da própria vida condizente com seus direitos subjetivos. As perspectivas fomentadas pelas lentes liberais do sistema de direitos que não considera essas relações, evidentemente, não se manterão; a não ser no entendimento errôneo do universalismo dos direitos fundamentais como nivelamento abstrato de diferenças tanto culturais como sociais. Vejamos que o sistema do direito, caso se queira tornar efetivo por via democrática, deverá considerar, de forma séria, as diferenças sociais e culturais relevantes em cada contexto.

Assim, os discursos ocorridos nos espaços públicos democráticos podem conduzir à formulação de um sistema de direitos e de uma vontade política racional que se vincula a uma concepção de *solidariedade cívica* ou de *patriotismo constitucional*, que é necessário à implementação de instrumentos que tragam soluções aos emergentes conflitos decorrentes da convivência (interna e externa) nos contextos de diversidades culturais. Ao mesmo tempo, então, em que, os discursos proferidos nos espaços públicos destinados aos atos de fala constituem exercício efetivo da soberania popular, produzirão também concepções intersubjetivas de direitos fundamentais das quais se poderão pensar em condições e possibilidades de reconstruir a legitimidade dos Direitos Humanos com o objetivo de serem afirmados como direitos fundamentais universais (POKER, 2008, p. 65). Vejamos que, em razão das conquistas políticas liberais, bem como da socialdemocracia oriundas dos movimentos emancipatório e dos trabalhadores europeus, acreditou-se, então, em uma teoria do direito que tornasse relevante algumas orientações de ordem individualistas. Essas ocorrências – lutas político-sociais de reconhecimento – objetivavam tão-somente suplantar a privação de direitos de grupos desprivilegiados e com isso, a fragmentação da sociedade em

classes sociais; entretanto, as reivindicações daqueles grupos marginalizados que reclamavam para si *chances iguais de vida no meio social*, paulatinamente, ao se concretizar assumiram característica de universalização socioestatal dos direitos do cidadão. Habermas entende que, após a falência do socialismo de Estado, *restou apenas essa perspectiva*. O trabalho assalariado, a segurança, a justiça social e o bem-estar figuraram, *prima facie*, expectativas de direitos que promoveriam, de forma fundamentada, a promoção do *status* social que seria alcançado com o acréscimo desses direitos legalmente compartilhados e com a participação na vida política (SILVA, 2014, p. 233).

No denominado mundo pós-moderno, as comunicações e as decisões que são tomadas, sejam em nível nacional ou internacional, demarcam seções próprias de tempo e espaço. Assuntos de repercussão nacional ou internacional ligados aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, e à escolha de temas e contribuições que são discutidas sob a pressão político-social consomem energias próprias, exigem um investimento particular em termos de organização, implicam, além disso, custos em termos de decisão protelada ou perdida. Afirma Pozzoli (2001, p. 28) que

Toda trajetória até então tida pela humanidade resultou em ter como princípio o respeito à vida, a continuidade da vida humana. Isto não pode ser negado. Assim, podemos ver o início de uma cultura indicadora do que hoje caracterizamos como dignidade da pessoa humana.

Dadas considerações, algumas conjecturas em torno da produção do saber são elaboradas e como tais, não são nada otimistas. Tendo em vista esse atual modelo, o que se tem é uma produção do saber organizada *conforme uma divisão do trabalho*, gerando daí uma desigualdade na distribuição do conhecimento e de competências, conflitando com a própria ideia do Estado democrático de direito e com as garantias dos direitos fundamentais. No que diz respeito às políticas de reivindicações, que buscam estabelecer igualdades de direitos, bem como o reconhecimento de identidades coletivas que visem a assegurar formas de vida culturais, por exemplo, feministas, minorias em sociedades multiculturais, povos que lutam por sua independência nacional ou regiões colonizadas no passado e que hoje reivindicam direitos e tratamentos igualitários. No cenário internacional, essas realidades díspares, diagnosticam uma realidade que parece contrariar a autocompreensão do Estado democrático de direito. Quando se discute políticas de reconhecimento de formas de vida e das tradições culturais sempre marginalizadas – *ora no contexto de uma cultura majoritária, ora na*



*sociedade mundial dominada por forças eurocêntricas ou do Atlântico Norte* – necessariamente, não há que se falar também em garantias de status ou de sobrevivência? Com isso, não temos que apontar ao menos uma espécie de direitos coletivos dos quais faça romper a autocompreensão do Estado democrático de direito que herdamos moldada segundo direitos subjetivos, e, portanto, de caráter liberal? (HABERMAS, 2007, p. 239).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fenômenos sociais que potencializam os sujeitos, as comunidades, as nações a lutarem por um reconhecimento, muito embora, na maioria dos casos, sejam homogêneos e ainda demonstrem características similares, como é o caso do feminismo, o multiculturalismo, o nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo, contudo não podem ser confundidos, dado o fato das peculiaridades essenciais. A defesa desses atores sociais se constrói mediante lutas e manifestos incessantes de reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. Esses aguerridos manifestos sociais são movimentos que buscam sua emancipação própria voltada sempre aos seus ideários políticos coletivos definidos culturalmente. Com isso aqueles valores reconhecidos em escala na sociedade são levados para o debate discursais, de forma que, dado o caráter de relevância desses valores para sociedade, a consequência da problematização desses valores chega até as áreas centrais da vida privada e, por conseguinte afetam os limites estabelecidos entre as esferas públicas e privada.

Para Habermas a situação se difere quando se trata da luta das minorias étnicas e culturais pelo reconhecimento de sua identidade coletiva. Dado que esses movimentos de emancipação visam, também, à superação da divisão (ou separação) ilegítima da sociedade. Nas sociedades multiculturais os movimentos de emancipação não representam resumidamente fenômenos unitários. Isso significa dizer que eles se diferenciam de acordo com as diferentes situações, por exemplo, as minorias endógenas podem tornar-se conscientes de sua identidade ou por conta da imigração poderá surgir novas minorias, ainda assim, esse fenômeno poderá ocorrer com as políticas culturais de alguns Estados que se autocompreendem como Estados de migração, assim como também, essa tarefa de emancipação caberá aos Estados cuja autocompreensão nacional dependa ainda de uma adaptação à integração de culturas estrangeiras (HABERMAS, 2007, p. 247).

Nesse sentido, o problema do direito ou direitos de minorias ofendidas e maltratadas passa ser um problema de ordem jurídica e como tal deve ser resolvido. Com isso, no Estado de direito, decisões políticas não podem infringir normas do direito positivo, ou seja, as decisões políticas para que sejam validas deverão se servir das regulamentações do direito positivo para tornarem-se efetivos em sociedades complexas. Destarte, o *medium* do direito aponta para uma estrutura artificial onde decisões normativas prévias se relacionam. Com isso verificamos que o direito moderno em sua estrutura é identificado como formal e se embasa na premissa de que tudo que não seja explicitamente proibido e permitido. O direito moderno reconhece individualmente cada pessoa como sujeito portador de direitos subjetivos; nesse sentido como titulares de uma categoria de direitos esses mesmos sujeitos podem – valendo-se desses direitos – tutelar judicialmente, contra particulares ou até mesmo contra o Estado, direitos que lhe subtraíram.

## REFERÊNCIAS

158

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião do Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2010.

GAUER, Ruth M. Chittó. *O Reino da Estupidez e o Reino da Razão*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006.

GIACÓIA JR, Oswaldo. A diáspora de convicções, mídia e filosofia. *Filosomidia*. Disponível em: <<http://filosomidia.blogspot.com.br/2012/06/oswaldo-giacocia-jr-diaspora-de.html>> Acesso em: 24 de janeiro de 2013.

\_\_\_\_\_. *Por que ler Nietzsche hoje*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/publifolha/ult10037u352101.shtml>> Acesso em: 29 de janeiro de 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Denilson Luiz Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp. 2012.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2007.



\_\_\_\_\_. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

\_\_\_\_\_. *Mudança estrutural da esfera Pública*. 2. ed. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003b.

\_\_\_\_\_. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril. 1974.

Hobsbawn, Eric. *Era dos Extremos: o Breve Século XX: 1914 – 1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril. 1974.

159

MATTOS, P. *Recognition, between Justice and Identity*. São Paulo: Lua Nova. 2004.

POKER, José Geraldo A. B. A democracia e o problema da racionalidade. In: MARTINS, Clélia Aparecida; POKER, José Geraldo (Orgs.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008.

POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001.

SANTOS, de Sousa Boaventura. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Cortez. 2001.

SILVA, Luciano Braz. *Considerações de Jürgen Habermas para a filosofia do direito do século XXI: os limites e possibilidades da democracia, do Estado Democrático de Direito e, dos Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília. Marília, 2013a.

\_\_\_\_\_. O reconhecimento no Estado Democrático de Direito: perspectivas da filosofia de Habermas para efetividade da Democracia e dos Direitos Humanos. *Revista Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v.4, n.7, 2013b, p. 122-152.

\_\_\_\_\_. Estado Democrático de Direito, Direitos Humanos e Democracia: perspectivas racional-discursivas no pensamento de Habermas. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 2, 2014, p. 230-250.

\_\_\_\_\_. *A ética no direito*. 2008. Iniciação Científica (Filosofia do direito). FAPESP - Fundação de Amparo Pesquisa do Estado de Paulo. São Paulo/SP, 2008.

WERLE, Denílson L; SOARES, Mauro V. Política e direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. IN: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). *Direito e democracia: Um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros. 2008.

Submissão: 03/03/2015  
Aceito para Publicação: 03/05/2015

