A dignidade da pessoa humana sob a perspectiva da hermenêutica filosófica

Ricardo Fernandes Maia[1]

Resumo

A evolução do positivismo jurídico que focava a lei como o discurso legitimador do Direito para o pós-positivismo representou uma mudança de paradigma uma vez que neste modelo os princípios surgem com força normativa, neste diapasão, destaca-se a dignidade da pessoa humana como o novo discurso legitimador do Direito. Em total harmonia com os valores sociais destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como norma princípio voltada para a proteção da pessoa no contexto social e jurídico. O avanço no campo filosófico do positivismo para o pós-positivismo e sua influência na visão da dignidade da pessoa humana como centro legitimador do Direito representam o cerne deste estudo que tem como principal aspecto a demonstração desta mudança de paradigma, em especial, no aspecto da verificação da dignidade da pessoa humana como norte para o hermeneuta assumindo o centro do de convergência para toda a discussão jurídica.

Palavras-chave: Evolução; dignidade; direito.

Abstract

The evolution of legal positivism which focused on the law as the legitimizing discourse of law for post-positivism represented a paradigm shift since in this model the principles arise with normative force, in this vein, there is the dignity of the human person as legitimizing discourse of the new law. In total harmony with societal values stands the principle of human dignity as a standard principle aimed at protecting the individual in social and legal context. The advancement in the field of philosophy of positivism to post-positivism and its influence on the vision of the dignity of the human person as the center legitimizing the law represent the crux of this study which has as main feature the demonstration of this paradigm shift, especially in the aspect of verification of human dignity as the north to the hermeneut assuming the center of convergence for all the leg discussion.

Keywords: Evolution; dignity; right.

[1] Mestre em Direito pela UNIPAC, Juiz de Fora, Minas Gerais. Professor do Curso de Direito da UNIFOA em Volta Redonda e da FAA em Valença.

O princípio da dignidade da pessoa humana como norte para o hermeneuta

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra alguns obstáculos no âmbito conceitual, tendo em vista o seu ilimitado universo de abrangência, no entanto é possível visualizar inúmeras situações onde este princípio é frontalmente violado.

"Contudo, antes de mais, é importante referir que a dignidade da pessoa humana, sendo ainda hoje um conceito impreciso e vago, que não implica uma concepção rígida e inflexível, mas sim, um conceito ativo, dinâmico, evolucionista e a-histórico". (MATOS, 2009, p. 84). Trata-se, portanto, de um conceito que varia consoante as sociedades, em função da história, constituindo a marca evidente de um Estado Democrático de Direito de uma sociedade política e culturalmente estruturada, própria dos ordenamentos jurídicos evoluídos. Historicamente o Cristianismo conduziu à ideia de que todos os homens, sem exceção, são dotados de um valor intrínseco, não podendo ser transformados em meros objetos ou instrumentos. Tais ideias interrompem aqueles velhos conceitos de superioridade em razão de um estatuto social estabelecido. Para o cristianismo o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus[2]. "Não só o homem cristão, mas também todos os homens sem qualquer discriminação". (MATOS, 2009, p. 85).

O legislador constituinte de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana no Titulo II, entre os direitos e garantias fundamentais, inseridos no rol do art. 5º, como se sabe, a opção do constituinte foi considerá-lo, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º.

> De toda sorte, é interessante observar que todas as normas constitucionais guardam uma louvável unidade de sentido e propósito. Em todos os níveis da vida social, do público, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais. (BARCELLOS, 2002, p. 167).

É bem verdade que a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como o fim a ser alcançado pelo Estado em todas as suas atividades, pois este não é um fim em si mesmo, mas um meio para a concretização do respeito e da defesa do ser humano.

---

[2] Gênesis, cap. 1, v. 26; "Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves do céu, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra. E criou Deus a sua imagem; à imagem de Deus os criou; macho e fêmea os criou".

> O objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja o "fundamento e fim da sociedade", porque não pode sê-lo o Estado que é um meio e não o fim, e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem. (TAVARES, 2013, p. 436).

Em Portugal, este princípio encontra-se proclamado no art. 1º da Constituição[3], do qual resulta a dignidade da pessoa como valor em que se funda a República, sendo que se verifica a sua elevação "a trave mestra de sustentação e legitimação da República, e da respectiva compreensão da organização do poder político, ou seja, é um princípio reconhecido como uma das bases ou fundamentos da República". (MATOS, 2009, p. 83).

> Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de um *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte e a prisão perpétua. (CANOTILHO, 2003, p. 225).

Uma vez verificada no plano sistemático a inclusão da dignidade da pessoa humana no texto Constitucional, torna-se necessário neste momento uma investigação, na medida do possível, sobre o seu real significado.

"O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo". (BARROSO, 2009, p. 336). Ou seja, podemos afirmar que somente o fato da própria existência do ser o faz digno de proteção no que diz respeito aos direitos inerentes à sua dignidade, assim sendo, quando falamos em proteção da dignidade da pessoa humana nos dirigimos ao ser humano, superando a intolerância, a discriminação social e a incapacidade de compreender os posicionamentos diversos. "A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência". (BARROSO, 2009, p. 336).

Cumpre ressaltar que ainda que se busque uma conceituação da dignidade da pessoa humana, o maior desafio se verificará quando da análise do âmbito de proteção desta dignidade, isso porque, quando se trata de dignidade da pessoa humana, diferentemente das normas legais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas, sim de uma qualidade inerente

[3] A redação do art. 1º da Constituição da República Portuguesa é a seguinte: "Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

a todo e qualquer ser humano. "Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida". (SARLET, 2011, p. 50).

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, incluindo-se não somente o direito à vida, mas também o direito a uma "vida digna", a liberdade em todos os seus níveis, a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, a saúde, o bem-estar, o direito à educação e à cultura, o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante por agentes públicos entre muitos outros. É importante salientar que o ser humano não escolhe se quer ou não quer ter dignidade. Trata-se de um bem que não pode ser cerceado.

> Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana'. (SILVA, 2002, p. 105).

É importante afirmar, que a maioria das normas constitucionais que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana assume a estrutura de normas princípios. Assim sendo podemos concluir que quanto mais fundamentais forem os bens tutelados por estas normas-princípios mais consistentes deverão ser a efetividade jurídica a eles atribuída, como forma de se buscar a máxima proteção da dignidade da pessoa humana.

> A distribuição geral das modalidades de eficácia jurídica apresenta uma lógica própria, relacionada com a fundamentalidade do comando jurídico. Quanto mais fundamentais forem as circunstâncias reguladas e os efeitos pretendidos pela norma, mais consistentes deverão ser as modalidades de eficácia jurídica a ela atribuída, de modo que o efeito pretendido e a eficácia jurídica se aproximem o máximo possível. (BARCELLOS, 2002, p. 202).

Várias destas normas-princípios que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana encontram-se dispostas no art. 5º da Constituição Federal, que elenca os direitos e garantias fundamentais. Cumpre ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana precede a todos os demais princípios, uma vez que dele se depreendem todos os direitos, na medida em que são necessários para que o homem desenvolva sua personalidade integralmente.

> Ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana. Ou seja, mesmo que não esteja expresso nos artigos da Constituição Federal brasileira o termo "dignidade da pessoa humana", sua ideia poderá ser compreendida como presente. Assim, e como ocorrência, em um segundo nível, de uma parcialidade do princípio da consubstancialidade, tem-se que, mesmo quando ocorrente a dignidade do Homem no significado de determinado direito fundamental, essa presença poderá ser mínima, atendendo-se a não absolutização desta parcialidade. (TAVARES, 2013, p. 447).

Vale registrar que com a evolução para o pós-positivismo, os princípios conquistaram o *status* de normas jurídicas, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, sem aplicação direta e imediata pelo julgador.

De fato, do ponto de vista filosófico, o Direito Constitucional vive, igualmente, um momento de elevação, trata-se do pós-positivismo.

> O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao Direito. (BARROSO, 2009, p. 344).

A expressão identifica um conjunto de ideias que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista. "O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas sim como uma superação do conhecimento convencional". (BARROSO, 2009, p. 328). Não se trata propriamente do abandono da lei, mas da ascensão de ideias como justiça, igualdade, dignidade e liberdade, retomando a discussão ética do Direito.

Uma característica fundamental do pós-positivismo, como se pode observar, é a normatização dos princípios. A distinção entre princípios e regras fundava-se sobre o critério da generalidade. "Normalmente as regras contêm um relato mais objetivo, com a incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações". (BARROSO, 2009, p. 352).

Atualmente, todavia, observa-se uma distinção qualitativa entre regras e princípios. Tal distinção veio a se tornar indispensável para a superação do positivismo legalista. A Constituição passa a ser entendida como um sistema aberto de princípios e regras, suscetível a valores encontrados fora do texto normativo, no qual as ideias de justiça e realização dos direitos inerente à dignidade da pessoa humana desempenham o papel principal.

> Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são fins públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar que regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos. (BARROSO, 2009, p. 355).

Não podemos deixar de afirmar que os princípios são muito mais abrangentes do que as regras, até porque, nua natureza permite uma amplitude dimensional não visualizada nestas últimas.

> Os princípios teriam ainda virtudes multifuncionais, diferentemente das regras. Os princípios, nessa linha, desempenhariam uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem *standards* de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio mais amplo. (MENDES, 2013, p. 72).

Análise da dignidade da pessoa humana sob o olhar filosófico

O olhar filosófico da dignidade da pessoa humana passa por uma recompreensão deste princípio, buscando aportes em uma hermenêutica filosófica que restabeleça uma nova visão do Direito, rediscutindo o lugar do homem e sua dignidade frente ao mundo, buscando o alcance da máxima efetividade e afirmação dos preceitos constitucionais protetores da dignidade da pessoa humana. Desta maneira a compreensão do homem e seu real posicionamento frente ao universo promove uma reavaliação sobre o papel do Direito.

O Direito positivo consubstanciado no arcaico modelo positivista e legalista que supervalorizava o conjunto de normas legais para a solução dos problemas apresentados, ergue o legislador a um *status* fundamental, uma vez que sua produção jurídica acaba por traduzir uma sociedade pautada por leis e códigos. Ocorre que o Direito, nesta concepção passa a ocupar o papel de pautar a vida em sociedade, isto em razão de uma crescente necessidade de segurança jurídica, porém, neste sistema, as mudanças legislativas devem ser rapidamente levadas a cabo para atender os novos anseios sociais. “Na consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser frequente, tornando-se a praxe da época. Esta verdadeira cultura da mutabilidade do Direito corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do Direito”. (MELLO, 2008, p. 20).

> Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independendo do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão. (BARROSO, 2009, p. 325).

Dentro de uma ótica positivista, a interpretação do Direito é levada a cabo de forma mecanicista, metodológica, formalística através de um ultrapassado silogismo lógico-dedutivo. Nesse silogismo a premissa maior é a norma positivada, já a premissa menor é o fato que vai se adequar ao comando dado pela norma (premissa maior) e a conclusão, a afirmação da validade da norma por meio de sua aplicação ao caso concreto. "Para o positivismo de todos os matizes, o processo cognitivo de fundamentação jurídica fica reduzido ao processo silogístico-subjuntivo, ou seja, conclusões tautológicas tidas sempre como verdadeiras, a partir do conteúdo de suas premissas". (MELLO, 2008, p. 29)

Neste modelo, não existe outro direito que não seja o positivo, ou seja, que não esteja codificado, consubstanciado em uma lei. Ocorre que neste ponto o velho modelo positivista não consegue acompanhar as constantes e velozes modificações na sociedade e no pensamento coletivo, o que enseja uma precariedade das normas em regular todos os fatos novos que possam vir a surgir em razão desta constante mutação. Cumpre ressaltar que o trabalho legislativo é complexo e lento, devendo seguir uma imensidão de formalidades, no entanto as mutações sociais ocorrem a todo instante, assim sendo, não há como o Direito acompanhar a sociedade de forma a atender prontamente seus anseios.

Podemos destacar ainda outro ponto negativo deste sistema que reside no fato de que em virtude do positivismo jurídico, o magistrado deve dizer o direito, supervalorizando a norma, de forma que a sua decisão não esteja pautada num juízo de valor, mas simplesmente em uma relação de subsunção.

> Em virtude do positivismo jurídico, o magistrado deve dizer o direito de forma que a sua decisão não esteja pautada num juízo de valor, não lhe cabendo distinguir o bom do mau direito, o justo do injusto. Aqui se encontra um dos problemas mais tormentosos da teoria do direito: O problema de saber em que medida o juiz pode ou tem o poder de criar o direito, considerando a lei injusta. Para o positivismo jurídico, o magistrado deve estar o mais ortodoxamente possível vinculado à lei. (MELLO, 2008, p. 25).

Como se observa, o positivismo jurídico, com o passar do tempo, se apresenta fracassado, pois se mostra inapto para resolver aquelas questões complexas que dependem de um trabalho mental além da simples interpretação metodológica das leis positivadas.

Assim sendo, como reação filosófica, surge o pós-positivismo como uma nova teoria no tocante à normatividade dos princípios. Tal teoria visa dar aos princípios jurídicos um caráter normativo, e estes devem atuar como uma espécie de norma jurídica vinculante. O pós-positivismo tenta restabelecer uma relação entre Direito e Ética, pois busca materializar a relação entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais e para isso, valoriza os princípios e sua inserção nos diversos textos constitucionais para que haja o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica. "O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como a superação do conhecimento. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade". (BARROSO, 2009, p. 328).

A verdade é que o Direito da segunda metade do século XX, já não suportava mais as ideias impostas pelo positivismo jurídico. O processo civilizatório não permitia mais uma aproximação tão absoluta entre o Direito e a norma e a sua separação da ética. A humanidade aqui já possuía ambições não mais alcançadas por este modelo.

O grande mérito do pós-positivismo foi a promoção da migração da filosofia para o mundo jurídico dos valores compartilhados por toda a sociedade em dado momento e lugar, materializando-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente, porém, a novidade não está, simplesmente, na existência dos princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica, mas sim, no reconhecimento de sua normatividade.

> Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disso, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico. Estes os papéis dos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; condicionar a atividade do intérprete. (BARROSO, 2009, p. 329).

Cumpre ressaltar, como visto acima, que além do aspecto normativo dos princípios estes servem como guia para o intérprete, uma vez que representam valores a serem buscados pelo operador do Direito. Assim, importante destacarmos o princípio da dignidade da pessoa humana não somente em seu caráter normativo, mas principalmente pelo fato de possuir o condão de servir como um norte para o hermeneuta. Desta maneira, podemos concluir que o princípio da dignidade da

pessoa humana deve ser o fim a ser alcançado pelo intérprete dentro de uma ótica pós-positivista.

"O caráter normativo e, portanto, vinculante, da dignidade da pessoa humana, condição da qual decorrem importantes consequências diretamente ligadas ao problema de sua eficácia e efetividade". (SARLET, 2011, p. 90). A condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude e eficácia e, portanto, da plena vincularidade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa. A densidade jurídica da dignidade da pessoa humana, portanto, há de ser máxima reconhecendo-se como princípio supremo no que diz respeito à hierarquia das normas. "Há outros princípios que visam instituir direta e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhe atribuída uma densidade de autêntica de norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa". (CANOTILHO, 2003, p. 1167).

Pois bem, os princípios dentro de uma visão pós-positivista assumem um papel de normas, reconhecendo-se, portanto sua aplicabilidade imediata aos casos propostos, desempenhando também a importante função de servirem como guias para o intérprete. "Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento de garantias para os cidadãos é daí que os autores lhe chamem princípios em forma de normas jurídicas e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação". (CANOTILHO, 2003, p. 1167).

Neste sentido importante realçar o princípio da dignidade da pessoa humana como o fim a ser atingido pelo intérprete, assim sendo, não deve mais o aplicador do Direito se servir única e exclusivamente das regras para a solução dos casos propostos, sua função vai muito mais além, deve por meio de uma compreensão do ser, dentro de uma realidade histórica e cultural, decidir o caso com o olhar apontado para a dignidade da pessoa humana. Desta maneira, o Direito passa a ser visto não como o único caminho a ser seguido pelo julgador, mas como mais um instrumento posto ao seu favor para decidir, que nem sempre será utilizado, somente naqueles casos onde a sua aplicabilidade se coadunar com os ideais apontados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Neste caminho hermenêutico, devemos observar que todos os princípios minimalistas de Direito Penal resplandecem aspectos materiais de proteção à dignidade da pessoa humana, possuindo com este uma íntima relação, devendo, portanto, representar um norte para o hermeneuta na compreensão do ser.

> A dogmática penal deve se voltar para o ser humano, princípio, sujeito e fim dessa ciência: o direito penal começa por ser direito e, desse modo, ele também, por força do elementaríssimo princípio *dictum* de *omni*, existe para sermos felizes. Daria praticamente na mesma dizer, como alguns já o fizeram, que o direito penal existe para sermos racionais, para sermos livres, para defender nossa vida, nossa razão, nossa liberdade. Isso impõe-lhe a evidente limitação de considerar a pessoa humana, concretamente, e de respeitá-la na singularidade de sua existência histórica e irrepetível. (PENTEADO, 2009, p. 903).

De fato, o Direito Penal, em especial, no tocante à interpretação do caso penal, deve ter como foco principal a dignidade da pessoa humana, passando pela compreensão do ser em conformidade com a sua realidade histórica, temporal e cultural. A relação do julgador se dá não com a lei simplesmente, mas com a pessoa humana que está sendo julgada, assim sendo, seu trabalho vai muito além de interpretar normas, pois deve ele compreender o ser humano, buscando a máxima efetivação da dignidade da pessoa humana, podendo para isso se servir dos princípios minimalistas de Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima.

> Singular e irrepetível a conduta desse homem deve ser examinada concretamente, sem desprezar todas as condicionantes da mesma. A dogmática jurídico penal mais se aproximará do ideal de justiça a partir dessa postura de tratar não um homem médio – abstração que traz inúmeros problemas na aplicação das penas -, mas de um homem e de suas circunstâncias, eventualmente violador de uma norma criminal em um tempo determinado que, todavia, será apreciada e aplicada com uma significativa defasagem temporal, quando já, se tem um homem modificado pela dinâmica da vida e, por fim, concretizada no cumprimento da sanção, o que importa uma dilação ainda maior e, provavelmente, estar-se-á apenando um ser humano, cuja conduta precedente poderia ser reprovável, mas na atualidade executória penal aquela mesma sanção pode ser inútil e injusta. (PENTEADO, 2009, p. 903).

Ao colocarmos o ser humano no cerne das discussões a respeito da dignidade da pessoa humana, descortinamos um novo paradigma de fundamentação do Direito, pautado na dimensionalidade essencial da pessoa humana compreendida dentro de uma ótica histórica, temporal e culturalmente analisada. O estatuto legitimador do Direito não terá mais um cunho objetivista, mas sim a compreensão do ser humano sob um olhar filosófico direcionado á dignidade da pessoa humana, indo além, buscando o processo de formação ontológica do homem.

> A dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida pelo Direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico. É uma espécie de a priori do conhecimento da ontologia como hermenêutica da facticidade, como analítica existencial. (MELLO, 2010, p. XXXII)

O positivismo legalista consagrou, na aplicação do Direito, uma relação entre o ser e o objeto. Estabelecia um julgamento ao contrapor as regras legais e o sujeito violador destas regras. Ao esquecer a dignidade da pessoa humana em favor de um reducionismo legalista, manifestou-se ultrapassado.

O discurso legitimador do Direito não deve ser considerado o conjunto de regras positivadas, mas sim a dignidade da pessoa humana, manifesta na compreensão do ser, ou seja, este discurso legitimador vai muito além do ser, pois

busca a sua compreensão dentro de sua realidade histórica e cultural. Não se trata de analisar somente seus limites existenciais, mas sim a sua essência.

> Desta forma o pensamento jurídico objetificante será superado a partir da (re) fundamentação do Direito. O fundamento se dá a partir do ser-no-mundo. Mundo é a clareira do Ser, à qual o homem se ex-põe por sua Essência lançada. Na esfera jurídica, ao se pensar o Direito, deve-se pensar a questão da Verdade do Ser, ou seja, pensar o *humanitas* do *homo humanus*. É no pensamento da ec-sistência do Direito que se deixa de lado a obliteração e arbitrariedade do julgador. A concretização da dignidade da pessoa humana nesta perspectiva caminha na direção da Essência do Homem, isto é, na direção da Verdade do ser (o homem mais do que *animal rationale*). É, pois, o humanismo do Direito que pensa a humanidade do homem na proximidade do Ser. (MELLO, 2010, p. XXXIV).

Assim sendo, seguindo este entendimento, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada no âmbito da compreensão do ser inserido em sua realidade histórica, assim sendo a partir das circunstâncias do caso concreto, sempre que o indivíduo for considerado como objeto dentro de uma visão que valorize mais os textos legais, a sua dignidade será atingida. É nesse ponto que a doutrina e a jurisprudência possuem um papel relevante nesta mudança de postura. A noção de dignidade da pessoa humana vai se conformando, a partir do momento em que o direito passa a ser entendido a partir da compreensão do ser. A dignidade da pessoa humana está atrelada, portanto, aos direitos fundamentais.

> Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra desrespeitado a vida, pela integridade psicofísica, moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam maculadas, estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana. (MELLO, 2010, p. XXXIII).

Por fim, o real sentido da dignidade da pessoa humana somente será descoberto se o operador do Direito buscar em seu fundamento originário, que se trata da compreensão do ser em sua essência em quanto ser humano que reflete seus potenciais no mundo histórico e cultural ao qual está inserido. Supera-se desta forma o velho paradigma da legalidade onde se refletia a lei sobre a pessoa. Em uma nova visão filosófica da hermenêutica, o ser humano assume o centro das discussões e a sua real compreensão enquanto ser no mundo passa a ser a busca do hermeneuta, que agora, livre do normativíssimo, buscará a solução para o caso com enfoque na compreensão do ser, perfazendo uma relação entre sujeito e sujeito, alinhando-se aos ideais do princípio da dignidade da pessoa humana, onde os princípios minimalistas de Direito Penal poderão ser mais um instrumento posto ao seu alcance para a solução do caso.

Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição.* 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MATOS, Inês Lobinho. *A Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudencia do Tribunal Constitucional.* Mormente em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal. In: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marques . Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à Filosofia do Direito, à Metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

_____. *Código Civil Comentado e Interpretado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 57.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PENTEADO, Jaques de Camarco. *A Dignidade Humana e a Justiça Penal. In*: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marques. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana.* 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.