

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO FERRAMENTA DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Carlos Roberto da Silva¹

SUMÁRIO

Introdução; 1 Dignidade Da Pessoa Humana, Destaques Históricos E Evolução; 2 Dignidade Da Pessoa Humana Como Princípio Constitucional Aplicado; 3.A Argumentação Jurídica Como Atividade No Processo De Efetivação Do Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana No Sistema Jurídico Pátrio; Conclusão; Referência Das Fontes Citadas.

RESUMO

Para uma releitura do papel da norma como instrumento de busca da paz e bem estar social, destaca-se aqui a aplicabilidade da argumentação jurídica enquanto ferramenta de difusão da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. O objeto do trabalho não é a análise minuciosa da constituição filosófica ou os aspectos formuladores da teoria da argumentação jurídica, mas sim a reflexão acerca da reconstrução do papel da legislação vigente. Destacam-se os conceitos, os aspectos históricos, a evolução do princípio da dignidade da pessoa humana e a necessidade de se garantir a eficácia social do referido princípio. O assunto é atual e extremamente relevante, posto que exalta a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais e para tal a aplicação de uma argumentação jurídica com atuação mais viva e determinante, voltada à resolução de problemas da sociedade pós-moderna. Com relação à elaboração da pesquisa científica, as principais providências metodológicas que delineiam o presente artigo são: a utilização do método indutivo, operacionalizado pelas técnicas do referente, das categorias e da pesquisa bibliográfica pertinente ao tema.

Palavras-chaves: argumentação jurídica; dignidade da pessoa humana; direitos fundamentais-constitucionais.

SUMMARY

¹ Juiz de Direito da Comarca de Itajaí, Estado de Santa Catarina, Mestrando pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/CPCJ/PCMJ e membro do Grupo de Pesquisa Fundamentos da Produção e Aplicação do Direito.

For a re-reading of the role of the norm as an instrument to seek peace and social welfare, it is highlighted here the feasibility of the legal discussion as a tool for the effectiveness of the principle of human dignity. The object of the study is not a detailed analysis of the philosophical constitution or the originating aspects of the theory of legal argumentation but a reflection about the reconstruction of the role of the current legislation. The concepts, the historical aspects, the evolution of the principle of human dignity and the necessity to assure the social efficiency of this principle are highlighted. The subject is current and extremely relevant, once it exalts the bringing into effect of the fundamental constitutional rights and to this aim the use of a more lively and determining legal argumentation, aiming to solve the problems of a post-modern society. Concerning the making of the scientific research, the main methodological providences that outline this article are: the use of the inductive method, operated by the techniques of the referent and the bibliographic research techniques appropriate to the theme.

Key words: legal argumentation; human dignity; fundamental constitutional rights.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo investigar e instigar a aplicabilidade da argumentação jurídica como instrumento de difusão da efetividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, através dos direitos fundamentais-constitucionais, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, será efetuado um breve apanhado histórico e respectiva evolução da dignidade assim considerada como princípio universal, enfatizando a necessária valoração de sua eficácia na realidade jurídica e social, com destaque ao papel da argumentação jurídica frente a esse panorama.

Cuida-se de uma análise de pontos que propiciam a necessária reflexão por parte do operador do direito, cuja função é fundamental na reconstrução do papel da norma jurídica vigente, consolidando sua atuação social com fulcro nas garantias pré-estabelecidas no Texto Republicano de 1988.

Na elaboração do artigo científico o método de pesquisa utilizado é o indutivo², operacionalizado pelas técnicas³ do referente⁴ e da pesquisa bibliográfica

² O método indutivo consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colacioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica* – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 9 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 104.

³ *Ibidem*, p. 107.

pertinentes ao assunto, com uma perspectiva de fomentar o debate, a partir da discussão levantada e desenvolvida pelo autor.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DESTAQUES HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inc. III, assim como no art. 60, §4º, inc. III, definiu como fundamento do Estado Democrático de Direito o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, concretizado por vários direitos fundamentais, estes incumbidos da missão de assegurar a efetiva incidência desse princípio norteador.

Assim estabelecendo, a Carta Maior deixou clara a prioridade da pessoa humana em relação ao Estado, porquanto fixou como objetivos essenciais a valorização e a preservação das condições mínimas de dignidade do ser humano, o qual, após reveses históricos, alcançou o patamar desejável de reconhecimento, fruto de sua racionalidade. Acerca da categoria dignidade, considerada como o valor supremo a ser respeitado, leciona Rizzato Nunes⁵:

Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica. Com efeito, é reconhecido o papel do Direito como estimulador do desenvolvimento social e freio da bestialidade possível da ação humana. (...) se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana.

Nesse caminhar, é sabido que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode se limitar a apenas guiar o foco de aplicação dos direitos e garantias fundamentais, devendo atuar como regente principal de todo o sistema constitucional e infraconstitucional, influenciando-os notadamente no trabalho hermenêutico, e, em consonância ao presente estudo, como premissa basilar de uma argumentação jurídica que pretenda estabelecer (produzir) um direito vasto de legitimidade e de maior alcance social, na busca do justo clamor daqueles a quem toda a organização do sistema jurídico se dirige.

⁴ Com relação às técnicas destacadas, consultar PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 9 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

⁵ NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

Ademais, é certo que não se verificará a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana apenas no plano passivo, mas principalmente na determinação de atuação dos indivíduos e do Estado em promover ações concretas que criem o ambiente desejado de respeito à dignidade de todas as pessoas. Desse modo, competirá não somente ao Estado, mas à sociedade em geral, a real conquista desse novo estado jurídico, que também significará um novo patamar social, alçando-o de proposta abstrata à concretude dia-a-dia.

Não há dúvida em se reconhecer que a dignidade da pessoa humana, antes de se constituir tão somente em princípio constitucional, representa uma qualidade intrínseca do ser humano. Destarte, seria imperioso entendê-la como mera previsão legal abstrata a ser reconhecida, não se admitindo a hipótese de restrição, notadamente em se falando da dignidade do ser humano individualmente considerado. Também por esse motivo deve permear toda a gama de direitos fundamentais aos quais empresta raiz, pena de desvirtuamento daqueles.

Há divergência doutrinária no sentido de atribuir a mais correta terminologia, ou seja, se o ideal é conceber esses importantes direitos do homem como "direitos fundamentais" ou se é mais apropriado denominá-los como "direitos humanos". No entanto, considera-se aqui que a primeira denominação melhor representa aqueles direitos reconhecidos e positivados no sistema jurídico Constitucional de um determinado Estado, ficando para a segunda definição a missão de descrever com mais proximidade as questões jurídicas relativas ao ser humano num âmbito universal ou supranacional.

Como já dito, a dignidade, enquanto sinônimo de norma-princípio, representa um valor próprio da natureza do ser humano. Por isso é que o alcance da dignidade como qualidade nata da humanidade significou uma conquista histórica, a partir do reconhecimento pelos cristãos da igualdade entre cidadãos e escravos, que passaram então a ser "pessoas", filhos de Deus e iguais entre seus irmãos.

Não se desconhece, no entanto, que o desenvolvimento do conceito de pessoa ganhou restrições na Idade Média, notadamente quando passou a levar em conta a condição social do ser humano, seu "status" na sociedade do medievo. Assim, o homem como "ser" era o que tinha ou fazia em sentido material, desprezando-se sua condição natural de ser privilegiado por ser dotado de inteligência e de habilidades superiores às dos outros seres que habitam o planeta.

Foi da compreensão da natureza humana que Hobbes partiu para teorizar sobre um modelo conceitual de Estado que fosse o mais eficiente possível na tarefa de garantir a manutenção do estado de sociedade. Para tal, sustentou que os homens foram feitos iguais, mas a sua condição de natureza os levou à discórdia, agindo deliberadamente, objetivando a satisfação de seus desejos, conquanto a pessoa seria definida pelo seu papel social.

No processo histórico de conquista e reconhecimento da dignidade da pessoa como qualidade nata e inalienável do ser humano, a luta pela garantia das liberdades individuais foi marco precursor de relevante contribuição, de forma que os conceitos de liberdade e de dignidade num primeiro momento se confundiram de modo a considerar a dignidade como evolução natural daquele estágio inicial.

Por isso, é certo reconhecer que os ideais iluministas do fim do século XVIII conseguiram, de certo modo, desfazer as amarras daquela restrição imposta no medievo, que apequenou o homem enquanto ser, estabelecendo para sua valoração e consideração como pessoa atributos que consigo nasciam, lhe eram inerentes, não sujeitos a variações segundo as suas posses - o homem igual, livre na acepção ampla e, portanto, dotado de dignidade natural.

Ao depois, na linha de evolução dos amplos conceitos de liberdade do ser humano, é de se destacar o entendimento de Kant⁶, no sentido de que o homem seria dotado de dignidade independentemente daquilo que fizesse, ou de sua atuação na sociedade. Nessa linha de pensamento, o conhecido filósofo

⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo, Abril Cultural, 1983.

incorporou o racionalismo defendendo o homem enquanto ser criador do universo científico e universo moral. Sobre a categoria dignidade, ensinou Kant⁷:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.

A dignidade, então, passou a repousar sobre a autonomia e foi reconhecida a todos os agentes morais, porque possuidores de razão prática, sendo o homem (a pessoa) sempre o sujeito do direito. Tal concepção liberal fez surgir, portanto, os direitos humanos individuais de garantia.

No entanto, essa visão individualista, que utilizou a racionalidade como único critério, tornou-se insuficiente na convivência moderna, onde as demandas sociais da convivência globalizada passaram a reclamar garantias de grupo, muito mais amplas e complexas que as anteriores, porquanto limitadas ao aspecto individual do ser humano, sem projeções relativas ao convívio entre indivíduos e entre grupos e, principalmente, sem que os reflexos dessas novas ligações no aspecto íntimo do indivíduo fossem levados em conta.

Foi nesse cenário e em razão dessa necessidade que passou a florescer a teoria da personalidade, a qual buscou estabelecer garantias de proteção à intimidade do ser antes coberto apenas em seu aspecto externo, em desprezo ao íntimo, ao interior. Esse novo campo de demandas impulsionou a dignidade do homem à categoria de direito (princípio) consagrado, empós, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento que materializou a conquista desse novo patamar, após o caos humano enfrentado pelas atrocidades nazifacistas.

⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

De fato, a positivação do que hoje se entende como princípio da dignidade da pessoa humana remonta a tempos recentes. É verificada na Constituição Alemã de 1919, na Portuguesa de 1933 e na Irlandesa de 1937, mas, principalmente, a partir da Declaração de Genebra em 1948, após o fim da segunda guerra mundial. A visão iluminista de liberdade e igualdade, que começou a dar a roupagem atual dos direitos fundamentais, representou, portanto, o alicerce das liberdades e dos direitos da personalidade do homem, consagrados posteriormente pelos ordenamentos, notadamente os democráticos ocidentais.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL APLICADO

Estabelecido o berço-nascedouro e o caminho de desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana como norma-base positivada, não há dificuldade em se concluir, tendo em conta as necessidades e os conflitos de interesse surgidos a partir do convívio social da modernidade, que esse princípio fundamental deve atuar com maior vigor nos Estados Democráticos de Direito, como o nosso, servindo como base de formação dos direitos fundamentais garantidores da efetiva dignidade de vida do homem.

A verdade é que em meio à profusão das máquinas da Revolução Industrial, da expansão moderna dessa industrialização, que tem castigado sem piedade o habitat humano, e, recentemente, da crescente influência cibernética na vida cotidiana das pessoas, o sistema jurídico protetor da sagrada dignidade de vida do ser humano adormeceu, ou, em palavras atualizadas e otimistas, não navegou na mesma velocidade, tendo sido sufocado pelas contingências da modernidade.

Por isso, conclui-se que uma nova visão, garantidora da efetiva aplicação (não apenas previsão) desses direitos (fundamentais do homem) merece ser repensada com olhares de práxis vivencial, a partir de uma argumentação jurídica condutora e eficaz desse processo de evolução.

Sem dúvida, a história demonstrou e ainda continua a demonstrar que os momentos de transformação (crises) colocam o homem sempre no papel de “cobaia” do processo de metamorfose, ou seja, é sempre aquele que mais sofre os efeitos maléficos desses tempos revolucionários. A crise, todavia, não deve ser entendida como retrocesso, mas sim como fase transformadora e de crescimento do homem.⁸

Não é difícil encontrar exemplos, pois o período pós-guerra para os europeus talvez tenha sido até mais cruel do que aquele dos conflitos, assim como terrível tem sido a “sobrevivência” das pessoas nos países pobres da América Latina e da África, em razão da absoluta ausência de recursos, ou mesmo dos chineses, haja vista a política controladora do governo central, que privilegia um inflado crescimento da economia às custas do sacrifício do ser humano trabalhador que atua em péssimas condições.

A tradição, segundo Giddens⁹, sofre com a globalização e com a quebra de conceitos e de costumes. Em contrapartida a esse processo, solidifica-se uma resistência muitas vezes fundamentalista que, todavia, não consegue esconder uma negligência humana em relação àqueles que ficam à margem da economia e dos “direitos” formalizados. Para esses, não há dignidade.

No entanto, é também no período de crise (transformação) que o homem consegue crescer e superar os obstáculos mais difíceis. Apesar de se conhecer que a modernidade tenha afastado do homem o sentimento mais puro de humanidade, dando lugar a outros conceitos “modernos”, podemos e devemos crer que o direito, tendo como ferramenta propulsora uma nova argumentação jurídica, deve cada vez mais se aproximar dos justos anseios, principalmente daqueles seres mais favorecidos.

⁸ Ver SANTOS, BOAVENTURA de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na transição pós-moderna*. São Paulo: Cortez, 1997.

⁹ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp. 1991.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido nos ordenamentos democráticos tem a incumbência determinante e específica de garantir, quanto mais quando dele mais se necessita, as condições dignas de vida humana. No que tange ao Brasil atual, nação jovem, potencialmente rica mas realisticamente pobre, de contrastes sociais inegáveis, a conclusão é a mesma e ainda mais evidente.

Constata-se, tal qual nos exemplos citados anteriormente, que o nosso democrático e dito moderno sistema jurídico não consegue fazer derramar a dose necessária de fluídos garantidores da dignidade da pessoa, mesmo estando em aparente atuação toda a engrenagem dos direitos fundamentais positivados. Ainda que o acesso à justiça esteja formalmente garantido, o acesso à justa composição, e não apenas aos mecanismos do Poder Judiciário, passa, necessariamente, pela aplicação isonômica do Direito (aplicar o Direito considerando todas as desigualdades, para propiciar uma verdadeira igualdade).

É inegável a umbilical ligação existente entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto não se desconhece que a violação daqueles importará, direta ou indiretamente, em ultraje do referido princípio maior. Há caminho já traçado, que deve ser percorrido para o alcance da dignidade humana na aplicação do direito positivado, por intermédio da fiel observância dos direitos fundamentais.

Para tal desiderato, ainda que o caso concreto não revele direta e específica ofensa a qualquer dos direitos fundamentais consagrados na Norma Maior, é certo concluir que a dignidade humana deve estar, como norma não escrita, na derradeira retaguarda da garantia contra qualquer ofensa que coloque o homem em situação de desamparo no aspecto das condições mínimas de sua digna sobrevivência e, principalmente, de valorização como pessoa humana.

Por outro lado, é certo que para se solidificar como norma-princípio-mor, poderá ainda ser invocada a dignidade da pessoa humana como fundamento

de restrição à aplicação de determinado direito fundamental, sobretudo quando entre si se choquem direitos dessa natureza.

É incorreto entender que esse papel restritivo à aplicação de determinado direito fundamental represente que o princípio da dignidade estaria atingido em sua essência, pois, do contrário, mesmo ao restringir um direito fundamental em detrimento de outro, estará o princípio da dignidade atuando na aplicabilidade efetiva daquele direito que, em seu bojo, e de acordo com o caso concreto, contiver o maior grau de preservação da dignidade da pessoa, em quaisquer dos aspectos que se avalie essa proteção.

Destaca-se, ainda, que mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana, e também para robustecer a aplicação de sua verdadeira essência, pode ser relativizado (como princípio, não como qualidade nata do ser humano), quando considerado individualmente, em situações em que estejam em confronto questões inerentes à dignidade da pessoa entre um indivíduo e uma determinada coletividade.

Dessa relação (conflito) entre os direitos individuais e os chamados coletivos, deve atuar como fator mediador e definidor da forma de aplicação da dignidade humana como meta final, o princípio da ponderação, de modo que se busque equilíbrio, de acordo com o caso concreto, alcançando a compatibilização explicitada na lição de Miguel Reale¹⁰ “o indivíduo deve ceder ao todo, até e enquanto não seja ferido o valor da pessoa, ou seja, a plenitude do homem enquanto homem. Toda vez que se quiser ultrapassar a esfera da ‘personalidade’ haverá arbítrio”.

Nesse cenário de crescimento dos conflitos, notadamente daqueles de ordem social, fomentado pela cruel desigualdade e conseqüente desprezo ao ser humano enquanto pessoa, nasceu o denominado pós-positivismo, imbuído na proposta de uma nova hermenêutica constitucional fundada nos direitos fundamentais, os quais estão edificados sobre o pilar da dignidade da pessoa humana.

¹⁰ *apud* Edilsom Pereira de Farias. *Colisão de Direitos*. p. 48.

A prática-hermenêutica constitucional, impregnada do atributo dignidade do ser humano, encontra importante apoio nos ensinamentos do filósofo Ronald Dworkin¹¹, desenvolvidos pelo filósofo alemão Robert Alexy, na divisão que fez este último dos sistemas jurídicos por sua composição formada para as normas e para os procedimentos. No tocante ao primeiro (sistema de normas), afirma o mestre alemão a existência de uma diferença qualitativa e conceitual entre princípios e regras.¹²

Assim, segundo Alexy, as regras se definem como normas com exigência de cumprimento integral ou descumprimento total. Sua validade exige o cumprimento integral de seu conteúdo fático e jurídico, ao passo que os princípios são normas de ordenação amplas, ou mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus ou níveis, segundo sejam aplicados por inteiro ou em partes, através do princípio da ponderação e, defende-se aqui, através de uma argumentação jurídica abastecida pelas mais fortes doses de dignidade da pessoa humana.

A norma é o gênero, da qual o princípio e a regra são espécies. Desse modo, abre-se a possibilidade de solução dos conflitos antes referidos, analisando-se cada caso concreto, entre direitos fundamentais eventualmente fundados em maior ou menor proporção no princípio da dignidade da pessoa humana, através de uma sistemática de prioridades, de concessões recíprocas, que eleja, segundo o caso apresentado, aquela que se apresente como a melhor solução, ou seja, aquela que em menor grau afronte a dignidade do ser humano, ou em maior parcela o preserve.

Nesse norte, o princípio transporá os limites da singela e abstrata reflexão para ingressar na prática, produzindo efeitos que serão sentidos pelos verdadeiros destinatários de todo o esforço teórico de construção de um sistema jurídico: o ser humano. Esse esforço de guindar a importância do princípio como ferramenta indispensável à práxis jurídica, o fará desfrutar do conceito aceito e difundido por Alexy de norma jurídica, que não apresenta

¹¹ DWORKIN, Ronald *Los Derechos em Serio*. 4. ed. Barçela: Ariel, 1999.

¹² Sobre o assunto ver ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

distinção entre princípios e regras, sabendo-se que em sua teoria jurídica alerta para a necessidade de distinção entre normas, princípios e diretrizes políticas.

3. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO ATIVIDADE NO PROCESSO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

Antes que se caminhe sobre o atual sistema jurídico denominado como de pós-moderno, e em especial sobre a possibilidade de se alcançar, nesse sistema, através da argumentação jurídica, um novo patamar de efetividade da dignidade humana, necessário se faz destacar alguns pontos importantes dos principais movimentos jurídicos que antecederam a referida etapa.

Nesse sentido, é sabido que o jusnaturalismo começou a se formar em meados do século XVI, e teve importante influência na filosofia do Direito. A crença no direito natural, ou seja, na existência de valores a serem seguidos que não tinham como fonte uma norma produzida pelo homem e tendo como fonte o Estado, abasteceu a ideologia da burguesia e foi uma das molas propulsoras das revoluções liberais do século XIX.

Empós, formado o Estado Moderno, ganharam espaço os textos constitucionais escritos em movimento codificado, ao mesmo tempo em que o jusnaturalismo experimentou o seu declínio, passando para papel secundário da história a partir do final do século XIX.

De outro lado, é sabido que o positivismo filosófico nasceu de uma absoluta crença na força da ciência como fonte de resolução de todas as necessidades humanas. Assim é que essa crença acarretou o surgimento, no campo do Direito, do positivismo, que cultivava a objetividade científica, a realidade vista e "palpável" com desprezo à análise filosófica. Defendia a completa separação do Direito da moral, e dos valores transcendentais (conhecimento da realidade com base em juízos de fato, não de valor). Desse modo, só era reconhecido como Direito aquele emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa.

A resistência de outros movimentos filosóficos e a constatação de que os regimes autoritários na Europa ascenderam ao poder sob o manto da aparente legalidade, porque fruto de ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, foram alguns dos fatores que motivaram o início do declínio do positivismo.

Assim, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo criaram campo propício para uma rediscussão acerca do Direito, sua função social e sua mais humana interpretação. Esse novo movimento recebeu a denominação de pós-positivismo, fundado em valores, princípios e regras de uma nova visão constitucional que elegeu direitos fundamentais edificados sobre a base da dignidade humana.

Na verdade, operou-se nessa nova etapa, uma reaproximação do Direito e da Ética, e é justamente por esse caminho que pode e deve trilhar a argumentação jurídica, como atividade-meio de alcance de um direito legitimado, positivado, mas jamais antagônico à moral, à ética humana e afastado do conceito comum de justiça.

Sem que se adentre profundamente aos aspectos formuladores da constituição filosófica da teoria da argumentação jurídica, propõe-se no presente estudo a aplicação da teoria da argumentação como ferramenta de aproximação, por meio da aplicabilidade na atividade dos operadores do Direito, daquele conceito de justiça vinculado à ética e à moral, portanto, mais legitimada e aproximada do público destinatário.

Alexy¹³ salienta que a argumentação jurídica é caracterizada por seu relacionamento com a lei válida:

No contexto da discussão jurídica nem todas as questões estão abertas ao debate. Essa discussão ocorre com certas limitações. A extensão e os tipos de limitações são muito diferentes nas diferentes formas. A mais livre e menos limitada é a discussão do tipo científico jurídico. Os limites são maiores no contexto de um processo. Aqui os papéis são desigualmente distribuídos, a participação do acusado não é voluntária, e a obrigação de dizer a verdade é limitada. O processo de argumentação tem limite de tempo e é regulado pelas leis processuais. As partes são instruídas a se guiar pelos próprios interesses.

¹³ *Ibidem*, p. 212.

Com frequência, talvez mesmo seja comum, elas não se preocupam com chegar a um resultado justo ou correto, mas antes a um resultado que seja vantajoso para si mesmas. As outras formas ficam entre esses extremos no que se refere à extensão dos vários limites.

A atividade lógica argumentativa é característica marcante da ciência jurídica. Assim, a linguagem, como fenômeno humano mediador das relações sociais é essencial na compreensão, análise e aplicação do direito. Como ensina Atienza¹⁴, o direito não pode se restringir à argumentação, todavia, esta pode contribuir de maneira decisiva para a construção de uma melhor teoria e prática jurídica. A perspectiva argumentativa possibilita uma compreensão mais ampla do ordenamento jurídico como um todo, e representa uma valiosa ferramenta ao operador do direito preocupado com um Direito próximo de seu fim ideal.

Considerando que a argumentação é parte inseparável de uma decisão judicial, por meio dessa atividade, com um ou outro tipo de justificativa a solução do caso concreto será obtida. Essa escolha, ou em razão dessa escolha, abre-se o horizonte para uma nova opção, exatamente aquela do direito associado à moral, à ética e, portanto, que enfatize a dignidade do ser humano como objetivo inalienável.

Ainda segundo a ensinança de Atienza, é sabido que os critérios que permitem identificar o Direito válido constituem o conteúdo do que, tradicionalmente, se chama regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento não inclui unicamente critérios que atendem a origem, a autoridade, suas fontes, mas também outros critérios de conteúdo que possam ser incorporados. Ocorre que nos sistemas jurídicos constitucionais, uma norma não é válida simplesmente porque foi promulgada por um órgão competente, pois, como já dito, a visão meramente positivista (simplista) do Direito já é etapa superada, como ensina o prof. Osvaldo Ferreira de Melo¹⁵:

A validade das normas jurídicas é questão que vai além do que pretende o normativismo lógico, pois tem este o entendimento de que a norma será válida

¹⁴ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertinom, São Paulo: Landy Editora, 2002.

¹⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor/CMCJ – Univali, 1998.p. 56.

se obedecer aos ritos que a legitimem e também estiver em harmonia com disposição normativa superior que a autorize.

É sabido, ainda seguindo Atienza¹⁶, que são inúmeras as teorias que visam uma argumentação jurídica válida. Entretanto, em diversas situações não se encontra facilmente uma solução correta, mas sim um conjunto de saídas razoáveis, já que não se pode ignorar as diversas possibilidades interpretativas para um mesmo fato.

Nota-se que para o renomado doutrinador espanhol, uma determinada decisão não se confunde com argumentação, eis que essa denota a razão para se chegar à decisão. Por sua vez, as razões dividem-se em explicativas, que pretendem responder por qual causa e finalidade se tomou determinada decisão e, também, justificativas, cujo objetivo é tornar a decisão favorável ou correta. Nesse sentido, a modificação de uma sentença não significa o oferecimento de uma explicação, mas sim de uma justificação à decisão propriamente dita.

Atienza, oferecendo diversos parâmetros a serem observados, entende o direito como argumentação, fundamentando a importância da discussão como instrumento extremamente útil para que opere em plenitude, em especial porque o desenvolvimento da argumentação no decorrer dos tempos esteve ligado à evolução da ciência jurídica e da democracia. Por tal parâmetro, não é difícil compreender que a argumentação jurídica pode e deve servir como instrumento de transformação positiva do Direito.

Defende Atienza¹⁷ a tipologia e a relação mútua entre os aspectos formal, material e pragmático como ferramentas a serem utilizadas na teoria da argumentação jurídica, asseverando que cada aspecto está relacionado com algum valor básico do sistema jurídico. Atualmente, os estudos estão mais

¹⁶ ATIENZA. Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel SA, 2006.

¹⁷ “Finalmente, el Derecho es, en mi opinión, un claro ejemplo de empresa racional en la que las três concepciones o dimensiones aparecen combinadas de manera que, en el razonamiento jurídico, no se puede darse de este fenómeno es que cada una de esas três concepciones está íntimamente conectada com algún valor valor básico de los sistemas jurídicos: la certeza, com la concepción forma (basta com recordar la idea weberiana de la racionalidad formal del Derecho moderno que, según lo visto, podría considerarse ahora como unilateral, reduccionista); la verdad y la justicia com la concepción material; y la aceptabilidad y el consenso, com la concepción pragmática. El ideal de la motivación judicial podría expresarse, por ello, diciendo que se trata de poner las buenas razones en la forma adecuada para que sea posible la persuasión.” (ATIENZA, 2006, p. 97).

voltados para os aspectos práticos da argumentação, nos quais constitui uma ação ou interação lingüística que ocorre em certas situações, cujo enfoque está na observação do processo argumentativo e do comportamento dos sujeitos que deles participam.

Estabelecidas tais premissas, defende-se aqui a argumentação jurídica como ferramenta de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, através de uma nova interpretação normativa compatível com as alarmantes necessidades sociais do mundo globalizado. Essa renovada atuação por parte dos operadores do direito, somada a uma também diferente (e mais humana) percepção da manifestação do cotidiano, permitirá que a norma cumpra sua função social. Um direito voltado para as exigências da realidade da vida social, inclusive com seus valores culturais, fará com que o objetivo do legislador seja alcançado e a vida das pessoas cresça em qualidade.

Não se duvida que se o sistema jurídico não consegue atender a contento as necessidades dos cidadãos atrelados a determinada jurisdição, não atinge seu fim. Portanto, as teses argumentativas devem ser utilizadas conforme a hipótese e para o caso concreto, no sentido de se buscar a essência da dignidade humana nas situações factas que surgem nos conflitos.

Por isso, defende-se a utilização cada vez mais freqüente do já antes falado princípio da ponderação como controle da argumentação, a qual deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos preservando o caráter jurídico e possibilitando a universalização de critérios adotados nas decisões.¹⁸

Na verdade, é evidente a importância em se buscar uma interpretação constitucional considerando o legado principiológico e a teoria da argumentação, sempre de forma ponderada, para que se possa transformar em realidade as garantias, em tese, previstas e asseguradas. Essa influência no pensamento jurídico e filosófico atua de maneira positiva na eficácia dos princípios fundamentais dentro da realidade social.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>.

Na sociedade contemporânea já não basta a mera positivação de direitos, sendo necessária uma legitimação democrática do conceito amplo de justiça. Existe um déficit de decisões justas (é interessante incluir no artigo um ou mais conceitos de justiça, escritos por filósofos e/ou estudiosos do direito), legislações aplicadas conforme a necessidade do cotidiano sócio-econômico e cultural da população, linguagem clara e interpretação sensata da lei positivada.

Daí a importância da argumentação jurídica na valorização do fundamento da dignidade da pessoa humana, como modelo de cidadania, sociedade e racionalidade. A utilização da dignidade como premissa da argumentação jurídica torna o procedimento da interpretação constitucional racional e controlável.

Portanto, é necessário difundir entre os operadores a importância do uso cada vez mais comum de ferramentas argumentativas que propiciam o alcance do direito pretendido pelos mais injustiçados, os mais afetados pelo mundo globalizado e centralizador de poder e riqueza. Assim, mesmo não ignorando que em diversos casos predomina-se a verdade formal, como no direito civil, por exemplo, certo também é que não podem existir limites ao campo de análise que o interpretador tem à sua disposição, quando observado o ordenamento jurídico como um todo, propiciando um modelo sempre aberto à auto-revisão.

Utilizar a norma na aplicação dos casos concretos não é atividade fácil, exige muita reflexão a partir de pesquisas bibliográficas, que fogem do mero senso comum, desenvolvimento do raciocínio lógico-jurídico, e análise do meio econômico-financeiro, ético, moral e social contemporâneo que se tem, em contraposição com o que se quer ter. Afinal, espera-se de quem argumenta a apresentação de razões que justifiquem sua tese, independente de procederem ou não da lógica num sentido estrito, mas em grande parte dos conhecimentos e das crenças compartilhadas pelo público alvo.

CONCLUSÃO

Finalmente, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, por isso conclui-se que é o Estado quem existe em função das pessoas e não ao contrário, principalmente após o longo e complicado período de instabilidade constitucional e democrática que a antecedeu.

Verifica-se uma opção notoriamente socializante no Texto Constitucional atual, que estabelece os dispositivos de organização e limitação do poder político, além de assegurar a garantia da Democracia e da cidadania, pela enunciação dos direitos fundamentais, pela promoção da justiça social, pelo controle do poder econômico e, sobretudo, pela preservação da dignidade da pessoa humana.

Ao longo desse trabalho, ressaltou-se que os apontamentos lançados visam a aplicabilidade da argumentação jurídica como instrumento de difusão da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, através dos direitos fundamentais-constitucionais, dentro do ordenamento jurídico pátrio.

É lamentável a situação de indignidade do ser humano na sociedade atual, onde não são efetivados, de forma plena, os direitos fundamentais previamente garantidos pela norma maior. E em meio ao desequilíbrio social, econômico e financeiro vivenciado, necessária se mostra uma aplicação concreta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Essa real aplicação é um meio de efetivação da justiça. A valoração da dignidade é conduta obrigatória, uma ação extremamente afirmativa e um bálsamo para a sociedade que condena o ordenamento jurídico vigente e encara diariamente um Poder Judiciário que não consegue atender satisfatoriamente as demandas que lhe são dirigidas. A nova argumentação jurídica ora defendida tem papel vivo e significativo nesse propósito.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2002.

_____. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Editorial Ariel SA, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**.

Artigo científico disponível no endereço eletrônico: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_hist_dirbras.pdf>.Data de acesso: 05/03/2007.

SANTOS, BOAVENTURA de Souza. **Pela mão de Alice**. O social e o político na transição pós-moderna. São Paulo: Cortez, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em Serio**. 4. ed. Barcela: Ariel, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo. Editora Abril Cultural. Coleção Os Pensadores.

KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo, Abril Cultural, 1983.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. Ed. Coimbra: Armênio Amado.

SILVA, Carlos Roberto da. A argumentação jurídica como ferramenta de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor/CMCJ – Univali, 1998.

NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 6 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.