

A SUBJETIVAÇÃO DO DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONSTITUCIONALISMO OU GUERRA IDEOLÓGICA

Fernando Alves Viali Filho¹

RESUMO: Busca-se nas estreitas palavras deste trabalho a atenção do leitor ao conflito social relacionado à defesa dos direitos e garantias constitucionais frente à discussões ideológicas, politicamente sustentadas. Constata-se que o corpo normativo pátrio descreve várias possibilidades de se ter uma sociedade justa, solidária e fraterna através dos direitos fundamentais. Ocorre que, não se vislumbra a prática desses direitos, que seriam, em tese, a fonte principal para solução de conflitos dessa natureza. Frente a tal paradoxo (plano normativo e plano real) enfrenta-se aqui a eleição da subjetivação do direito à dignidade humana, por sua vez fundamental, como canal principal para consecução dos objetivos do legislador constituinte. O leitor encontrará nesse trabalho, especialmente no tópico referente à subjetividade das garantias constitucionais, como parte integrante e concreta de qualquer sociedade que vise a igualdade, segurança, paz e harmonia entre seus pares. Busca-se apontar as alternativas e instrumentos constitucionais para a consagração da dignidade humana, servindo-lhe de precioso instrumento de prevenção de conflitos sociais. A metodologia foi uma pesquisa bibliográfica para fundamentação teórica e análise dos textos. É apresentando, portanto, a síntese da teoria constitucional no sentido de balizar as políticas públicas para efetiva aplicação da transformação humana, e, com isso, como importante instrumento viabilizador da efetiva dignidade humana.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Constitucional. Subjetivação de Direitos

ABSTRACT

In the narrow words of this work, the reader's attention is sought to the social conflict related to the defense of constitutional rights and guarantees in the face of ideological, politically sustained discussions. It appears that the national normative body describes several possibilities of having a fair, solidary and fraternal society through fundamental rights. It so happens that the practice of these rights is not envisaged, which would be, in theory, the main source for resolving conflicts of this nature. Faced with such a paradox (normative plan and real plan), we face here the election of the subjectivation of the right to human dignity, in turn fundamental, as the main channel for achieving the objectives of the constituent legislator. The reader will find in this work, especially in the topic referring to the subjectivity of constitutional guarantees, as an integral and concrete part of any society that aims at equality, security, peace and harmony among its peers. It seeks to point out alternatives and constitutional instruments for the consecration of human dignity, serving as a precise instrument for preventing social conflicts. The methodology was a bibliographic research for theoretical foundation and analysis of the texts. It presents, therefore, the synthesis of constitutional theory in the sense of guiding public policies for the effective application of human transformation, and, therefore, as an important instrument that enables effective human dignity.

Keywords: Human dignity. Constitutional. Subjectivation of Rights.

¹ Advogado. Professor universitário junto à Universidade Federal de Uberlândia-MG. Mestre em Direito Constitucional. Doutor em Educação. E-mail: vialifilho@ufu.br

INTRODUÇÃO

Tratar de direitos fundamentais nunca foi tão atual, os recentes e inevitáveis debates que circundam o tema direitos e garantias fundamentais e de outro lado os obstáculos enfrentados na concretização desses direitos, nos faz lançar os olhos para o passado distante, lembrar dos fatos que caracterizavam os períodos históricos como Idade Antiga (4.000 antes de Cristo até 476 depois de Cristo), Idade Média (476-1453) Idade Moderna (1.453-1800), Idade contemporânea (1800 até os dias atuais), atento à evolução da humanidade, seus costumes, suas crenças, seus valores, constatará, igualmente, a evolução dos direitos fundamentais, os quais serviram de pilares para formação e constituição do Estado Democrático de Direito (Lenza: 2007).

Verifica-se que são praticamente indissociáveis as teorias de constituição do Estado e de Direitos Humanos, eis que não seria tarefa simples desenvolver o campo do conhecimento sem que o entrelaçamento do referencial teórico aconteça (Carvalho:2008).

Justificando a linha de raciocínio que se pretende assumir para o estudo dos direitos fundamentais e sua relação com a dignidade da pessoa humana, com correspondência ao direito à educação dos egressos penais, destaca-se o ensinamento de Sarlet:

É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e a razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. (SARLET, 2004, p. 43).

A expressão direitos fundamentais é encontrada nos textos constitucionais para designar o direito das pessoas face Estado, justificando para designar uma relação entre a Constituição e os direitos dos individuais, com origem minimalista nas revoluções sociais do século XVIII, quando sustentada essa expressão tão somente aos direitos de liberdades individuais frente ao Estado absolutista (Carvalho: 2008).

Há ainda forte tendência em reservar a expressão - direitos fundamentais - para designar os direitos positivados a nível interno e direitos humanos para os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim

como as exigências básicas relacionadas à dignidade, à liberdade, à igualdade da pessoa, que não tenha alcançado um estatuto jurídico-positivo.

Mesmo não encontrando referência concreta de que na antiguidade já surgira os direitos fundamentais, é inegável que no mundo antigo, tanto a filosofia quanto a religião trouxeram significativas contribuições às teorias atualmente desenvolvidas. A esse respeito SARLET assim se manifesta:

De irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, foi a influência das doutrinas jusnaturalistas, de modo especial a partir do século XVI. Já na idade Média, desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação de seu exercício (SARLET: 2004, p. 186)

Lembra Sarlet (2004) que o termo “direitos fundamentais” foi resultado inspirado na Lei Fundamental da Alemanha (1949) e na Constituição Portuguesa de 1976, passando a não mais restringir a denominação dos direitos descritos no texto constitucional.

Consequência disso, a sociedade atual exalta os interesses individuais e distância cada vez mais dos princípios básicos que sustentam os direitos humanos (cujas natureza se caracteriza por sua transindividualidade). Assim, deixa-se de lado a preocupação com os direitos sociais, especialmente em favor daqueles marginalizados pela sociedade capitalista dividida em classes que se antagonizam.

Deste modo, quando ignora-se a existência de pessoas que sequer alcançaram a condição humana, deixa-se de aplicar um dos direitos básicos da vida em sociedade, qual seja, o direito à dignidade da pessoa humana, um valor fundamental constitucional.

Para alcançar estes objetivos propostos inicialmente por estes principais pensadores da humanidade, foram reconhecidos vários direitos humanos, direitos essenciais e inerentes à dignidade, positivados na ordem internacional. Por serem universalmente aceitos são positivados na ordem interna dos Estados sob o título de direitos fundamentais.

Assim, os direitos humanos são importantes na medida em que viabilizam uma convivência harmônica, pacífica, justa e fraterna entre os indivíduos de uma coletividade. Ou seja, são essenciais à formação de um Estado Democrático de Direito. O governante que nega tais direitos abre possibilidades para conflitos como revoluções, revoltas e guerras. Sendo assim, o reconhecimento de tais direitos traz

limites e obrigações à atuação estatal, tornando-se instrumentos indispensáveis à proteção da dignidade humana.

O pensamento de Aristóteles (1999) culminou com o advento de inúmeras teorias que circundam a origem e formação teórica da ideia de Estado e é justamente a instituição do Estado, cuja história se entrelaça com o próprio surgimento dos direitos fundamentais, eis sua essência e razão de existir convergem-se na ideia de proteção do indivíduo inserido em uma coletividade politicamente organizada (Sarlet:2004).

Somente quando do surgimento da positivação do direito constitucional, com a consagração escrita dos direitos fundamentais, alcança-se a relevância da discussão sobre a origem dos direitos dessa natureza, sobretudo a discussão sobre as suas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, especificamente quando analisadas as transformações do Estado Liberal, Estado Social e Democrático (Sarlet: 2004).

As relações sociais que marcam a transformação social, conseqüentemente da atuação do Estado frente aos direitos do cidadão sempre tiveram relação direta com mudanças relacionadas ao processo de industrialização e seus reflexos, o impacto das revoluções tecnológicas e científicas, como já observara Hobbes (1979), ao discorrer sobre o estado de natureza sustentado por em que se caracteriza o individualismo com uma necessidade de abandonar as espécies de sociedade caóticas para dar lugar a uma forma racional e ordenada. Surge assim, o mundo de indivíduos dotados de direitos iguais, tendo o indivíduo papel fundamental para construção de uma sociedade justa.

Neste viés apresenta-se a evolução histórica dos direitos fundamentais, a consagração da dignidade humana como direito constitucional, para, ao final desvelar sobre a teoria da subjetivação dos direitos fundamentais, apontando lugar seguro para que se possa alcançar a efetivação desses direitos, sem que se tenha apenas reconhecido o debate ideológico.

1. Síntese da evolução histórica dos direitos fundamentais.

Em Sarlet (2004) extrai-se a síntese teórica sobre a evolução dimensional dos direitos fundamentais, sobre as quais pode apontar a seguinte escala dimensional:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são peculiares ao pensamento liberal burguês do século XVIII, de cunho individual, afirmando-se o direito individual frente ao Estado, com inspiração jusnaturalista, como o direito à vida, à liberdade e à igualdade perante a lei.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, em razão do impacto da industrialização, conseqüentemente, dos graves problemas sociais e econômicos correlatos, se caracterizam pela imposição ao Estado de praticar o bem estar social, conferindo o direito de prestações assistenciais, saúde, educação e trabalho, reconhecidos, deste modo, como direitos sociais.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, denominados direitos de fraternidade ou solidariedade, destinados à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como sendo direitos coletivos ou difusos, como direito à paz, desenvolvimento, meio ambiente, saúde pública, patrimônio histórico.

Como resultado da comunicação internacional e globalização das relações sociais, tem-se teoricamente caracterizado os chamados direitos de quarta dimensão, notadamente aqueles relacionados à relações internacionais, a salvaguarda da integridade humana internacionalmente considerada (Bonavides, 1997).

Destaca-se a posição de Tavares (2020) ao diferenciar-se das teorias clássicas constitucionais, apresenta críticas às dimensões dos direitos fundamentais, apontando justamente a dificuldade ou impossibilidade de definições estáticas frente à constante mutação da realidade humana:

Apesar do inquestionável aproveitamento didático da classificação cronológica das dimensões de direitos, há alguns vícios implícitos a essa ideia, ou dela decorrentes, que merecem esclarecimento. Primeiro, a partição em dimensões numericamente sucessivas pode lançar uma visão equivocada de que a História desses direitos tenha sido marcada apenas por avanços, quando, na realidade, houve (e há, ainda, por toda a parte) retrocessos e fortes polêmicas em torno desses direitos, até porque constituem uma classe vaga e variável 963, uma “categoria materialmente aberta e mutável” 964. Em segundo lugar, deve-se registrar que essa tripartição dos direitos fez com que os de primeira dimensão pudessem ser considerados como imediatamente exigíveis e implementáveis, ao passo que os de segunda dimensão necessitariam, para tanto, de uma disponibilidade orçamentária (e política) de cada Estado que os contemplasse em seus textos constitucionais. Ocorre que mesmo os direitos de primeira dimensão exigem uma prestação positiva do Estado (apesar de caracterizarem-se, tecnicamente, como um “não intervir”). Assim, v. g., com o direito de propriedade e a própria liberdade de locomoção, que

estão a demandar um aparato policial (segurança pública, custeada pelo Estado) nas ruas. A preservação jurídica da propriedade privada exige, igualmente, um sistema de registros públicos que seja capaz de assegurar os títulos dominiais, que implica uma manutenção e, pois, uma despesa inevitável, ainda que seja para o Estado apenas manter uma fiscalização sobre eles (como ocorre no Brasil). São demandas por instituições estatais que estão e sempre estiveram, historicamente falando, à disposição das chamadas liberdades públicas (direitos negativos) (TAVARES: 2020, p. 224).

Extraí-se do referencial teórico sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais e suas dimensões, que sua origem tem assento na concepção jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (Sarlet, 2004), sendo certo que os direitos fundamentais nasceram justamente como direitos naturais inalienáveis do homem com expressão da condição humana, erigindo-se com direito garantido por cada Estado por meio da positivação da ordem jurídica de cada nação.

No item seguinte passa-se à descrição da evolução dos direitos humanos em razão dos instrumentos regulatórios internacionais, que figuram como marcos histórico para análise das modificações da realidade humana e, conseqüentemente, de suas dimensões.

2. A Universalização dos Direitos Fundamentais

A partir da Declaração Universal da ONU, verifica-se fase distinta e primordial para firmamento dos direitos fundamentais: a universalidade, especialmente em razão da internacionalização do direito que passaria a garantir o reconhecimento de todo cidadão humano, sem a limitação e privilégio apenas a cidadão de determinado Estado. Na visão de Sarlet (2004) o que se poderia caracterizar o surgimento de Estado constitucional Internacional.

Sedimentando esse entendimento, Paulo Bonavides (1997) sintetiza esse olhar ao destacar que:

Esta nova universalidade (simultaneamente abstrata e concreta), procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade. (BONAVIDES: 1997, p. 525).

Ao se analisar a evolução das dimensões dos direitos fundamentais, notadamente a internacionalização em favor de todo ser humano, independente da pátria de nascimento, respeitando – eminentemente – sua condição humana.

Prova disso, quando se verifica a atenção aos refugiados e apátridas, bem como à relação esportiva entre as diferenças de gênero humano que, o atual movimento do Comitê Olímpico Internacional – COI – com a implementação de agenda desde os jogos olímpicos do Rio de Janeiro em 2016, se extrai na visão de Rubio (2016), indícios reais sobre a universalização dos direitos fundamentais na tentativa de acompanhar a transformação da sociedade:

A implementação das recomendações da Agenda 20 + 20 do COI indica não apenas uma mudança de rumos para o Movimento Olímpico como também uma transformação no papel social do atleta, que deixa de ser apenas um executor de gestos habilidosos valiosos para o espetáculo esportivo e passa a ser uma figura central dentro do Movimento Olímpico. Essa alteração de postura do COI aponta para uma tentativa de resgate dos valores olímpicos, virtudes desejadas, mas perdidas ao longo do processo de transformação do Movimento Olímpico e irreconhecíveis para a sociedade atual (RUBIO:2016. p.27).

Entretanto, mesmo diante de exemplos de reconhecimento da universalização do direito fundamental, precisa é a questão levantada pelo autor frankfurtiano E. Denninger, citado por Sarlet (2004), quando questiona:

O que de novo efetivamente revelam os novos direitos fundamentais na era tecnológica? Talvez possamos que eles nos levam a reconhecer que as antigas dificuldades da humanidade com a problemática da justiça não lograram ser superadas pelo avanço tecnológico e científico.

Reconhece-se, portanto, que as novas dimensões dos direitos fundamentais, em verdade, nunca foram novas, eis que tais direitos sempre foram afetados à condição humana. Entretanto, o reconhecimento, o respeito e sua efetividade somente é alcançada por meio das lutas e debates sociais, até alcançar a sedimentação por parte das decisões proferidas por autoridades e instituições oficiais e finalmente ganhar status de lei positiva constitucional.

Neste sentido SILVA (1998) apresenta a seguinte conclusão, imputando à propriedade a responsabilidade pela mitigação dos direitos fundamentais:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já em cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em tempos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários (SILVA: 1998, p. 154).

Para (Silva: 1998) a desconsideração da pessoa humana foi motivada pela subordinação e domínio dos proprietários contra aqueles que não dispunham de meios materiais, originando assim a escravidão sistêmica com finalidade de produção e aquisição de bens.

E assim, como sustentado anteriormente, a constituição do Estado político somente seria possível com a função principal de garantir esse objetivo social de dominação guiado pela cega busca de produção de riqueza, originando a divisão de classes sociais, conseqüentemente, não valoração dos interesse individuais frente à pretensões políticas-estatais.

A evolução, portanto, das dimensões dos direitos fundamentais, é o resultado da evolução do intelecto humano que se eleva frente à dominação do patrimônio, alcançando a limitação do poder do proprietário frente aos interesses da sociedade.

Historicamente se destacam as leis romanas que garantiam o direito frente à ações injustas dos patrícios em Roma (Silva:1998), as discussões democráticas em Atenas, as garantias do Rei Afonso IX no século XI na salvaguarda dos direitos individuais, como segurança, domicílio, propriedade, destacando-se a Magna Carta Inglesa (1215-1225), dentre outras cartas inglesas, porém, no sentido moderno do termo, a positivação dos direitos fundamentais somente foi alcançada no século XVIII o as Revoluções americana e francesa.

Com a constituição do Estado liberal pelos francêss, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Constituinte francesa em 27.8.1789, originária das teorias e pensadores europeus – Locke, Rosseau e Montesquieu - e resultado do pensamento político, moral e social de todo século XVIII (Silva:1998) - caracteriza-se pela universalidade, intelectualismo e individualismo, proclamando assim, os princípios da liberdade, igualdade, propriedade e legalidade, os quais servem de alicerce para as atuais sociedade de Estado Democrático de Direito.

Na sequência dessa evolução se destaca o Manifesto Comunista de Marx e Engels, como documento historicamente mais importante de crítica ao regime liberal burguês (Silva: 1998), sendo que a partir desse manifesto sustentou-se as bases teóricas para constituição dos direitos fundamentais sociais, na Declaração de Direitos Sociais, inspirando a Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar, em 1919.

Sedimentando a universalidade dos direitos fundamentais, Silva (1998) silva apresenta a seguinte sequência dos fatos históricos que fundamentaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem:

É exemplo o projeto Declaração dos Direitos Internacionais do Homem, regido pelo Instituto de Direito Internacional (1928-1929). Um passo concreto foi dado quando os vinte e uma países da América se reuniram no México no início do ano de 1945, firmando-se a tese de que um dos primeiros objetivos das Nações Unidas deveria ser a redação de uma carta dos direitos do homem. Daí que a Carta das Nações Unidas (26.6.45) ficara impregnada da ideia do respeito aos direitos fundamentais do homem. Com esse propósito criou-se a ONU, e em sua assembleia no dia 10.12.1948 foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecendo-se solenemente a dignidade da pessoa humana, com base na liberdade, justiça e paz, o ideal democrático, progresso econômico, social e cultural, o direito de resistência à opressão, e a concepção comum e universal desses direitos. (SILVA: 1998, p. 163)

Extraí-se do conjunto de enunciados da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a consagração de três objetivos fundamentais como a certeza dos direitos, a segurança em relação aos instrumentos que possam fazer valer esses direitos, bem como a possibilidade de assegurar a efetividade em benefícios de todo cidadão do mundo, Dallari (1989).

Neste prisma, Rayo (2008) apresenta o esforço e obstáculos enfrentados pelos instrumentos internacionais, além de descrever a medidas governamentais na tentativa de conferir efetividades às garantias fundamentais universalmente positivas, destacando as consequências dos fatores econômicos sociais, demográficos e ambientais que dão origem as conflitos armados causando a pobreza, conseqüentemente a exploração do trabalho infantil, a exclusão social desigualdade e injustiça.

Os obstáculos internacionais para absoluta universalização dos direitos humanos encontram apoio na análise crítica apresentada por Tavares (2020), quando observa a diferente forma de tratamento dos direitos humanos entre ocidente e oriente, pontuando que:

A ideia central aparece no tom do apelo (linguístico) da universalidade, que permite a pessoas oprimidas [como minorias] tomarem consciência de sua condição de agentes dotados de uma espécie de “poder moral” para agir contra práticas indesejadas, tais como o casamento arranjado, o purdah (véu islâmico), mutilação genital, escravidão doméstica etc. Esse tipo de argumentação é de retórica atraente. Soa atraente, contudo, na medida em que aqueles que a ouvem, nasceram, vivem e, provavelmente, morrerão no mesmo ambiente: a civilização ocidental. Em outras palavras, o prisma com que se observa outra cultura está impregnado de valores ocidentais, o que

torna dificultosa a compreensão de valores diversos. Com efeito, a mutilação genital soará primitiva, desumana e cruel. E, de fato, é praticamente impossível aceitá-la. Mas isso porque, conforme bem aponta SOUZA SANTOS, “compreender determinada cultura a partir dos topoi de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível” 1031 . É nesse sentido que HABERMAS faz a sua percuciente indagação: “será que os princípios do direito dos povos estão a tal ponto entrelaçados com os standards de uma racionalidade ocidental, de uma racionalidade que de certo modo impregna a cultura ocidental, que não podem ser tomados como base para uma avaliação imparcial das controvérsias interculturais? No esteio de seu pensamento, “Aumentar a consciência de incompletude cultural até ao seu máximo possível é uma das tarefas mais cruciais para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos” 1035 . Trata-se do primeiro passo. Uma vez presente esta compreensão, parte-se para aquilo que o pensador luso chama de Hermenêutica Diatópica, em que ambas as partes intentam um diálogo, uma composição entre seus valores antagônicos, em razão da falha que cada ideologia apresenta 1036 . A necessidade de um diálogo também é defendida por HABERMAS, o qual conclama pela realização de um diálogo discursivo 1037 , assim como por IGNATIEFF 1038 . Mas, para isso, conforme apontam SOUZA SANTOS 1039 e HABERMAS 1040 , cabe, primeiro, ao Ocidente, despojar-se de suas vestes de guardiões da verdade e, por fim, aceitar o diálogo, sem que se vejam no direito de ter a última palavra ou o voto de Minerva. (TAVARES: 2020, p. 232).

Impende destacar que a pacificação social não se traduz simplesmente no estado de ausência de guerra como ressalta Rayo (2008), na medida em que a inexistência de conflitos, não reflete a ausência da fome, das desigualdades e exclusões sociais.

Firma-se a posição de que paz não é apenas uma aspiração dos povos, mas real direito fundamental internacionalmente garantido, não simplesmente para garantir a inexistência do conflito armado mas, sobretudo, do equilíbrio e harmonia social.

Demonstrando a relação direta entre a evolução dos direitos fundamentais, a declaração dos direitos humanos, Rayo conclui:

Por fim, em consequência, a dignidade humana exige também o exercício para todos, do direito a uma educação de qualidade que favoreça o conhecimento e a compreensão mútua dos povos, a livre circulação das ideias e o acesso de todos ao progresso da ciência e tecnologia. (RAYO:2008, p.35)

Como se vê o direito à dignidade humana sofre limites, que são históricos, políticos, ideológicos, culturais, econômicos, sociais, limites de competência do sujeito ou dos sujeitos, limite de sanidade do sujeito; há limites que fazem parte da natureza da prática e há limites que estão implícitos na natureza finita dos sujeitos da prática.

3. A consagração Constitucional do Direito à Dignidade da pessoa humana

Na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998), os princípios fundamentais, os valores essenciais, as garantias constitucionais e a estruturação do Estado objetivando a paz, a vida, a ordem, a liberdade, a justiça, a harmonia, a prosperidade, o progresso, a dignidade da pessoa humana, entre outros, muitos direitos foram reconhecidos e assegurados.

Na referida Constituição Federal consta título específico reunindo as três primeiras gerações de direitos Dallari (1989) humanos, cada uma em capítulo próprio: Título II – Capítulos I a III, art. 5º), no início do texto constitucional.

Nas Constituições anteriores tais direitos inerentes às pessoas constavam no final das disposições. O objetivo deste deslocamento feito na Constituição foi o de transmitir uma mensagem: o ideal é que os direitos das pessoas precedam aos do Estado, prestigiando o direito natural e a referida premissa de “contrato social”, conforme sustentado anteriormente.

Um destes direitos humanos ganha lugar de destaque na relação de direitos e garantias individuais, o qual foi constitucionalizado objetivando fomentar sua incidência sobre todos os demais direitos, inclusive entre os direitos chamados fundamentais. Trata-se da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da República, prescrito no art. 1º, inciso III, da CF/1988 como um postulado central do ordenamento pátrio, um fundamento axiológico sobre o qual está construído o Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional orientador de todo o ordenamento em todos os âmbitos (civil, penal, administrativo, eleitoral, trabalhista e outros, orientando todas as atividades estatais, dos três poderes, do executivo, do legislativo e do judiciário (eficácia vertical dos direitos fundamentais), bem como de todas as atividades privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais, atuando os direitos e garantidas fundamentais como piso protetivo mínimo.

É importante diferenciar as espécies de eficácia dos direitos fundamentais, a fim de se apurar qual seria a aplicabilidade do direito à dignidade da pessoa humana em relação à sua eficácia, sendo que a verticalidade ou horizontalidade refere-se à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Marinoni (2004) assegura que a norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico.

Da conclusão de que a norma de direito fundamental deve ser sempre valorada, pode-se apontar que o Estado, além de impedido de agredir os direitos fundamentais, tem ainda a missão de fazê-los respeitar pelos particulares. Essa proteção poderá se dar, por exemplo, por meio de normas de proibição ou de imposição de condutas, visando sempre a criação de limites que zelarão pela efetiva aplicação dos direitos fundamentais (Viali Filho, 2004).

Já a eficácia horizontal, conhecida como eficácia privada analisa os direitos fundamentais nas relações entre particulares. O efeito dos direitos fundamentais no âmbito privado é diverso e, sob certo aspecto, menos enérgico do que aquele verificado nas relações com o Poder Público. Sob este aspecto Carvalho assevera:

Todas as normas constitucionais são dotadas de juridicidade. A Constituição não contém conselhos, exortações, regras morais, ou seja, normas de caráter não jurídico. Deveras, por serem jurídicas, todas as normas da Constituição surtem efeitos jurídicos, o que varia é o seu grau de eficácia (CARVALHO 2008, p. 688).

Na tentativa de apresentar a evolução das referidas teorias correspondentes à eficácia, mais que isso o moderno e atual entendimento sobre os efeitos práticos dos princípios-normas constitucionais, Silva (1999) assim resume a teoria da eficácia dos direitos fundamentais, caracterizados como princípios constitucionais:

A partir da consolidação da ideia de que todo direito fundamental é restringível, colocou-se em xeque a tradicional distinção das normas constitucionais, quanto à sua eficácia, em normas de eficácia plena, contida e limitada. Impondo-se a exigência argumentativa às restrições e a proteção dos direitos fundamentais, concluindo como postura mais adequada aquela que se disponha a um desenvolvimento e uma proteção aos direitos fundamentais, a partir de um diálogo constitucional fundado nas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade (SILVA: 2009, p. 147).

A questão que se coloca neste momento é justamente a adequação da dignidade da pessoa humana às diversas classificações da norma constitucional, na medida em se afere a real aplicação do referido dispositivo constitucional.

Levando-se em consideração que a dignidade da pessoa humana se insere no fundamento do Estado Democrático de Direito, portanto, no princípio jurídico constitucional, tem-se em vista que:

Princípio jurídico é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO :1997, p. 332).

A conclusão do autor é precisa, na medida em que contribui para continuidade do desenvolvimento do presente trabalho em relação à aplicação concreta (eficácia) do direito fundamental consistente na dignidade da pessoa humana.

O referido mandamento nuclear, ou seja, a lógica simples de uma sociedade racional é que o princípio fundamental, no caso a dignidade da pessoa humana, necessariamente tem que ser aplicado a todo complexo normativo que regule a sociedade.

Além dos dispositivos constitucionais já apresentados, outros dispositivos constitucionais podem ser citados conferindo o destaque à proteção da dignidade humana, são eles:

O art. 6º da CF/1988 apresenta um rol de direitos sociais que formam um parâmetro de aplicação do princípio da dignidade, de forma que se forem cumpridos, a dignidade estará presente (BRASIL, 1998).

Igualmente o art. 170 da Constituição, inserido no Título que trata da Ordem Econômica e Financeira, dispõe dentre os princípios gerais da atividade econômica, que cabe à República Federativa do Brasil “assegurar a todos uma existência digna”. Como consta da CF/1988 até mesmo a realização das atividades econômicas e financeiras, públicas e privadas, devem observar o princípio da dignidade, corroborando com o fundamento fixado no art. 1º, inciso III.

Mesmo com a notória inserção e consagração teórica constitucional de proteção do referido direito fundamental, não é essa a realidade espelhada na prática no país. Essa evidência leva-se a acreditar que a sociedade em favor da qual fora

constituída essa proteção pela lei maior, ainda, não conhece o verdadeiro significado desse direito. Diante desse fato, indaga-se: Qual a real definição de “dignidade da pessoa humana”? Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como:

Uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET :2004, p. 236).

Por isso, a dignidade da pessoa humana é caracterizada como princípio fundamental incidente a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de personalidade jurídica ao titular que normalmente ocorre em razão do nascimento com vida.

A dignidade da pessoa humana é assim entendida como elo unificador de todos os direitos fundamentais em relação aos quais todos os direitos humanos e do homem se reportam, em maior ou menor grau, apesar de poder ser relativizado, na medida em que nenhum direito ou princípio se apresenta de forma absoluta.

Na verdade, o referido princípio trata de uma cláusula aberta, uma fórmula lógica abstrata cujo conteúdo será preenchido concretamente a partir de certas circunstâncias de tempo, lugar e desenvolvimento sócio-histórico-cultural em cada coletividade.

A dignidade da pessoa humana possui uma identificação externa, como um direito natural, um direito humano, um direito fundamental e um princípio da hermenêutica. É um valor que orienta os demais princípios, direitos, deveres e atos, tornando-se assim a pedra angular de todos os direitos naturais, do Homem, humanos, fundamentais.

A dignidade da pessoa humana relaciona-se diretamente com o conceito de mínimo existencial abordado por diversos autores (CARVALHO, 2008; SILVA, 1999), ou seja, a privação a certos bens ou direitos é considerada intolerável na medida em que se avilta a existência do ser. Cite-se, por exemplo, o mais básico direito de acesso à água potável, a alimentos ou a higiene básica.

Analisando a evolução social da organização das sociedades ao longo da história, concorda-se que as coletividades humanas se modificam constantemente.

Assim, um fato antes tolerável, no futuro, pode tornar-se intolerável por uma coletividade.

Destaca-se como exemplo a escravidão, que em época anterior era um instrumento necessário e tolerável. Porém, em tempos atuais torna-se uma violação à dignidade da pessoa humana tendo em vista ser uma situação absolutamente intolerável.

Do mesmo modo, a homossexualidade foi uma opção considerada intolerável nas coletividades em geral. Entretanto, atualmente vários povos passaram a rediscutir o repúdio a esta prática. Países, como o Brasil, legalizaram casamentos gays com base no princípio da dignidade da pessoa humana, no discurso de tolerância às diferenças.

Por fim, registra-se a relação do direito à dignidade humana constitucionalmente garantido, bem como o direito à sua efetividade, porém, não há nenhum registro de garantia de espaço público para o exercício dessa liberdade, restando apenas as urnas eleitorais como garantidora da liberdade democrática.

Assim, colocamos em debate a crise da dignidade, o brado da liberdade e da democracia nos dias atuais frente ao efetivo exercício desse direito, bem como o papel do Poder Judiciário como garantidor e responsável pelo mundo ideal, sobretudo quanto à formatação do mundo em que objetivamos construir, seja política, civil, e moralmente.

Após apresentar a fundamentação filosófica da definição, extrai-se a conclusão de que o diferencial entre homem e o animal é justamente o trabalho e a educação, como característica única do ser humano.

4. O Direito à Dignidade Humana como Direito Subjetivo

Primeiramente, é relevante lembrar a dicotomia direito objetivo e direito subjetivo: o primeiro indica a norma, dissociada de circunstâncias afeitas à realidade fenomênica e que, com maior ou menor grau de abstração, disciplina determinada situação jurídica; quanto ao direito subjetivo, este veicula a faculdade, conferida ao seu titular, de agir em conformidade com a situação jurídica abstratamente prevista na norma e de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico.

Assim, quer seja considerado na individualidade de um dos componentes do grupamento, quer seja visto como direito coletivo, o direito à educação, a depender

da ótica em que seja analisado, será passível de enquadramento na categoria de direito subjetivo, pois é integrante do denominado mínimo existencial. É justamente com olhos voltados a essa constatação que deve ser interpretado o art. 208, § 1º, da Constituição da República: "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo".

Nesse sentido é a argumentação desenvolvida por Barroso (1999) que, na hipótese de não ser possível o reconhecimento de um direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito, considerável será a condenação do poder público numa demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, como por exemplo, a construção de uma escola, ou até mesmo a matrícula em escolas particulares, além da exigência de ressarcimento indenizatório, que no entanto, como reconhece o autor, não ilidiria a falta de estudo e conseqüente ausência da educação e cultura do cidadão brasileiro.

A Constituição de 1988, ao consagrar a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, também entrega ao Estado e ao cidadão – de forma implícita – a tarefa de educar (dever) e ser educado (direito) em direitos humanos e cidadania. Somente com a colaboração de todos os partícipes da sociedade e do Estado, é que os direitos humanos fundamentais alcançarão a sua plena efetividade. O exercício de cada um na construção desta nova concepção de cidadania é fundamental para o êxito dos objetivos desejados pela Declaração Universal de 1948 e pela Carta Constitucional brasileira.

A educação em direitos humanos deve se dar de forma tal que os princípios éticos fundamentais que o cercam, sejam tão naturais como o próprio ar que respira. A consolidação da cidadania, em sua forma plena, deve ser o fator principal da criação de uma cultura em direitos humanos. A Declaração Universal de 1948, a esse propósito, deixa bem claro o seguinte: "A instrução [leia-se: educação] será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento e do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais" (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, 1948).

A educação promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

E foi seguindo esta trilha traçada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que a Carta brasileira de 1988 estatuiu a responsabilidade estatal

na oferta da educação. Assim o fazendo, conjugou a Constituição, de forma expressa, os "direitos humanos", a "cidadania" e a "educação", significando que não há direitos humanos sem o exercício pleno da cidadania, e que não há cidadania sem uma adequada educação para o seu exercício.

Dessa forma, somente com a interação destes três fatores – direitos humanos, cidadania e educação – é que se poderá falar em um Estado Democrático assegurado do exercício dos direitos e liberdades fundamentais decorrentes da condição de ser humano, conforme sustentado no capítulo primeiro desta tese.

Delineados os contornos básicos do direito à educação e sua previsão constitucional, tem-se firmado o reconhecimento de que cada cidadão brasileiro é possuidor do direito subjetivo à educação, com a faculdade de utilização dos mecanismos de acesso à justiça sempre que seja constatado o descumprimento do dever jurídico que recai sobre o Estado, quer seja com o seu não oferecimento ou mesmo com a sua oferta irregular.

Dentre os instrumentos processuais contemplados no texto constitucional, merecem ser lembrados, em caráter meramente enunciativo, o mandado de segurança, individual e coletivo, o mandado de injunção e a ação civil pública, os quais serão manejados pelos respectivos legitimados em conformidade com as leis de regência.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal em mandados de segurança impetrados pelo Ministério Público, reconhecendo a legitimidade ativa extraordinária do órgão ministerial para impetrar mandado de segurança em caso de defesa de direito indisponível do menor.

Verifica-se, oportunamente, que consagrado o direito pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, impõe-se ao Poder Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso implique obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária, sem que isso represente ofensa ao princípio da harmonia dos poderes igualmente prevista na Constituição Federal.

Em casos tais, não seria aceitável a tese de que o julgamento favorável de uma pretensão dessa natureza importaria em mácula ao princípio da divisão das funções estatais. A divisão em funções garante a sua especialização e a independência em seu exercício, o que evita os conhecidos e inevitáveis males da concentração do poder.

A atuação do Judiciário não importará em qualquer ingerência externa na atividade desenvolvida, mas, tão somente, velará para que esta mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência.

Evidenciada, portanto, a natureza subjetiva do direito à dignidade humana, conhecendo-se, portanto, que a absoluta constitucionalização está longe de ser caracterizada como mero debate ou guerra ideológica.

Considerações Finais

A fundamentalidade do direito à educação é imanente à sua condição de elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e à concreção da própria cidadania.

Os direitos sociais - quer sejam enquadrados como mera variante dos direitos e garantias individuais, quer sejam considerados como projeções do princípio da dignidade humana - são "*cláusulas pétreas*", erigindo-se como limites materiais ao exercício do poder reformador.

Em decorrência da tendência à universalidade dos direitos fundamentais, têm sido intensificadas, a partir da Segunda Guerra Mundial, as iniciativas para se conferir um colorido normativo ao seu reconhecimento.

Nessa perspectiva, o direito à educação tem sido constantemente previsto nos inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais, os quais buscam estabelecer a pauta mínima de direitos consagradores da dignidade da pessoa humana.

A paulatina contemplação do direito à educação no cenário mundial e pátrio, com a conseqüente busca da sedimentação de sua universalidade, permitiu a integração da educação fundamental ao denominado mínimo existencial, que indica o conteúdo mínimo e inderrogável dos direitos fundamentais.

Além dessa perspectiva historicista, a Constituição de 1988, em seu art. 208, §1º, tornou incontroversa a imediata exigibilidade desse direito junto ao Poder Público, erguendo-o à condição de direito subjetivo público. Tratando-se de norma de eficácia

plena e aplicabilidade imediata, a não oferta do ensino fundamental ou a sua oferta irregular autoriza a imediata aplicação junto ao Poder Judiciário.

Ressalvada a total inexistência de recursos, o que depende de prova por parte do Poder Público, sendo insuficiente a mera alegação, será plenamente possível a emissão de provimento jurisdicional com o fim de determinar o contingenciamento ou a realocação de dotações orçamentárias para o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação fundamental.

Por todo exposto, com a subjetivação do direito fundamental à educação, poder-se-á sonhar com a eficácia dos direitos prestacionais do Estado, o que teria como frutos indivíduos potencialmente dignos, conscientes e literalmente educados, criando instrumentos para minimizar, assim, a grande maioria dos conflitos sociais.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. Holocausto brasileiro / Daniela Arbex. – 1. ed. – São Paulo: Geração Editorial, 2013.

ARISTÓTELES. Constituição de Atenas. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 13.ed. Editora Ediouro: Rio de Janeiro, 1999.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

BRASIL, Congresso Nacional Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília-DF. Presidente da República. Publicada em 11 de janeiro de 2002.

BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e Aplicação da Constituição.3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. Teoria do Estado e Constituição, Direito Constitucional Positivo. 14 ed, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2008.

CARVALHO, Orlando Magalhães. Resumos de teoria geral do estado. Belo Horizonte: Os amigos do Livro, 1942.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Edihermes Marques. Direitos Humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. Noções de direito romano. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 12.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 208.

LEVI, Primo. É isto um homem? Tradução: Luigi Dei Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

_____. Os afogados e os sobreviventes. Tradução Luiz Sergio Henrique. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado: atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. – 35. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, in Revista de Direito Social nº 7/137, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 14 abril 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 março de 2022.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 11ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RUBIO, K. Agenda 20+20 e o fim de um ciclo para o Movimento Olímpico Internacional. Revista USP, [S. l.], n. 108, p. 21-28, 2016. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i108p21-28. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/118234>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos Fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16 ed, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Walesson Gomes. Educação Social e Sistema Prisional: o lazer entrelaçado à prática religiosa de jovens encarcerados em uma unidade prisional da APAC. Universidade do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

TEIXEIRA, Anísio S. Educação é um direito. Rio de Janeiro. Editora UFRJ, 1996.

VIALI FILHO, Fernando Alves. In: COELHO, Edihermes Marques. Direitos Fundamentais. Reflexões Críticas: teoria e efetividade. Uberlândia: IPEDI, 2005.

_____, A eficácia dos direitos fundamentais à educação como prevenção dos conflitos sociais. In Revista de Direito. Cidadania e Justiça- Ano 07, nº14 – julho /Dezembro de 2004.

_____, O Pensamento Educacional como Instrumento Viabilizador de Reintegração Social do Egresso Penal. Mais Ponta (1). 9-117, 2021. Recuperado de <https://revisas.facmais.edu.br/ojs/index.php/maisponta/article/view/18>.