

A dignidade da pessoa humana entre o pós-positivismo e o realismo jurídico clássico: fundamentação dogmática e fundamentação ontológica em diálogo

The dignity of the human person between post-positivism and classical legal realism: dogmatic and ontological foundations in dialogue

Gilmar da Silva Francelino¹

Gustavo Henrique Moreira do Valle²

Jardel Nilton Siqueira³

RESUMO

A dignidade da pessoa humana foi consagrada pelo inciso III do art. 1º da Constituição de 1988 como fundamento da República, mas sua invocação prática segue um padrão inquietante: serve para justificar teses opostas em temas como a criminalização da homofobia, o aborto, a eutanásia e o mínimo existencial. Daniel Sarmento chamou esse fenômeno de "pan-principialismo". O artigo parte dele para formular seu problema de pesquisa: existe um fundamento capaz de dar à dignidade um conteúdo material estável, que separe invocações legítimas de simples recursos retóricos? A resposta é construída em dois movimentos. No primeiro, reconstrói-se a via pós-positivista brasileira a partir de Fábio Konder Comparato, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos e Maria Celina Bodin de Moraes, apontando o que cada autor acrescenta à dogmática e onde

¹ Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu – USJT. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Legale. Doutorando e Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Atualmente é Tabelião de Notas e Protesto de Água Clara/MS.

² Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos/MG. Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD e em Direito Notarial e Registral pelo IBMEC. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos-MG. Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Exerceu os cargos de Procurador do Município de Belo Horizonte/MG e Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, tendo, ainda, titularizado o Registro de Imóveis da 2ª Zona de Erechim/RS. Atualmente, é o 1º Tabelião de Notas e Protesto de Sumaré/SP.

³ Técnico em Segurança Pública pela PMMG. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaí (FACTU). Especialista em Direito Penal e Processual Penal, com ênfase em Direito Penal Econômico pela UNIASSELVI. Especialista em Direito Civil, Notarial e Registral pela UNINTER. Mestre em Direito pela UniFG. Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Policial Militar da Reserva da PMMG. Atuou na advocacia privada e exerceu o cargo de Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental do DF e titulariza Registro Civil das Pessoas Naturais, Tabelionato de Notas e Protestos e Registro de Contratos Marítimos da Comarca de Itagibá/BA.

sua fundamentação permanece incompleta. No segundo, contrapõe-se a esse quadro a fundamentação ontológica do realismo jurídico clássico de Javier Hervada, para quem a dignidade é eminência ontológica da pessoa — substância individual de natureza racional, dotada de incomunicabilidade, liberdade e socialidade —, e não produto de ponderação principiológica. Trata-se de pesquisa qualitativa, bibliográfica e dedutiva. A conclusão é que as duas tradições não competem pelo mesmo espaço: o pós-positivismo fornece o instrumental dogmático para operacionalizar a dignidade no direito positivo; o realismo clássico dá a esse instrumental o lastro material que o protege da manipulação retórica.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Pós-positivismo. Realismo jurídico clássico. Ponderação. Fundamentação ontológica.

ABSTRACT

The dignity of the human person was enshrined as a foundation of the Republic by article 1, section III, of the 1988 Constitution, yet its practical use follows a troubling pattern: it justifies opposite conclusions on issues such as the criminalization of homophobia, abortion, euthanasia and the existential minimum. Daniel Sarmiento called this phenomenon "pan-principialism". The article takes it as a starting point to state its research problem: is there a foundation capable of giving dignity a stable material content, one that separates legitimate invocations from mere rhetorical devices? The answer unfolds in two movements. The first reconstructs the Brazilian post-positivist path through Fábio Konder Comparato, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmiento, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos and Maria Celina Bodin de Moraes, indicating what each author adds to the dogmatics and where the foundation remains incomplete. The second sets against this picture the ontological foundation of Javier Hervada's classical legal realism, for whom dignity is the ontological eminence of the person — an individual substance of rational nature, endowed with incommunicability, freedom and sociality — rather than a product of principled balancing. The research is qualitative, bibliographic and deductive. It concludes that the two traditions do not compete for the same ground: post-positivism supplies the dogmatic instruments to operationalize dignity within positive law, while classical realism gives those instruments the material anchor that shields them from rhetorical manipulation.

Keywords: Dignity of the human person. Post-positivism. Classical legal realism. Balancing. Ontological foundation.

1 INTRODUÇÃO

Em 2019, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a compatibilidade constitucional da criminalização da homofobia e da transfobia por analogia à legislação antirracismo, tendo a dignidade da pessoa humana como fundamento central da decisão. Os grupos religiosos que contestaram esse entendimento recorreram ao mesmo

princípio para sustentar a posição oposta, invocando-o como base da liberdade de consciência e de expressão religiosa. O padrão se repete em debates sobre aborto, sobre eutanásia e sobre o conteúdo do mínimo existencial devido pelo Estado: de um lado e de outro, a dignidade aparece como fundamento de conclusões inconciliáveis.

O problema não é apenas teórico. Se a dignidade é princípio constitucional dotado de força normativa, capaz de vincular decisões e invalidar normas, sua invocação em sentidos contraditórios deveria, em algum momento, comprometer sua própria autoridade. É essa tensão — entre a força normativa proclamada e o uso retórico observado na prática — que orienta este artigo, e que qualquer operador do direito enfrenta ao fundamentar decisões, pareceres ou petições.

O problema de pesquisa pode ser assim formulado: existe um fundamento capaz de conferir à dignidade da pessoa humana um conteúdo material estável, apto a distinguir invocações legítimas de meros recursos retóricos, ou a dignidade está condenada a operar, no direito brasileiro, como significante vazio, disponível para qualquer argumentação suficientemente sofisticada? Defende-se aqui que a resposta pós-positivista, sendo tecnicamente sofisticada, não esgota essa pergunta, e que o realismo jurídico clássico oferece um complemento necessário — não uma alternativa excludente, mas um aprofundamento — à fundamentação da dignidade no direito constitucional contemporâneo.

Para sustentar essa hipótese, o artigo trabalha com dois blocos de referências teóricas. O primeiro reúne seis autores representativos do tratamento pós-positivista brasileiro da dignidade: Fábio Konder Comparato, com sua reconstrução histórica da afirmação dos direitos humanos; Ingo Wolfgang Sarlet, autor da dogmática constitucional mais rigorosa sobre o tema no direito brasileiro; Daniel Sarmento, com a análise crítica da multidimensionalidade do conceito; Luís Roberto Barroso, com a estrutura tripartite de construção jurisprudencial; Ana Paula de Barcellos, com a teoria da eficácia jurídica dos princípios constitucionais; e Maria Celina Bodin de Moraes, autora da ponte entre a dignidade constitucional e o direito civil. O segundo bloco é formado por uma única obra, de perspectiva filosófica distinta: as Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito, de Javier Hervada, representante do realismo jurídico clássico — tradição que precisa ser situada com cuidado antes que suas categorias entrem em diálogo com o debate contemporâneo, sob pena de distorção.

A pesquisa é qualitativa, bibliográfica e documental, de abordagem dedutiva: parte da constatação empírica de um problema — a invocação contraditória da dignidade — e, pela revisão crítica da literatura selecionada, testa a hipótese de que a fundamentação ontológica complementa, sem substituir, a fundamentação dogmática pós-positivista. Não se busca uma síntese forçada entre o pós-positivismo e o realismo clássico, como se fossem variantes de uma mesma teoria. Não são. Suas premissas epistemológicas e filosóficas divergem, e essa diferença não deve ser dissimulada em nome de uma concórdia artificial. Propõe-se, em vez disso, um diálogo rigoroso, capaz de indicar em que pontos cada tradição é mais precisa, onde existe complementaridade real e onde subsistem diferenças que não convém apagar.

O artigo se organiza em sete seções além desta introdução. A seção 2 examina a afirmação histórica da dignidade a partir de Comparato, da Antiguidade clássica ao constitucionalismo do pós-guerra. A seção 3 trata da dogmática constitucional de Sarlet. A seção 4 analisa as contribuições de Sarmento e Barroso sobre a multidimensionalidade do conceito e sua construção jurisprudencial. A seção 5 examina a eficácia concreta da dignidade em Barcellos e sua interface com o direito civil em Bodin de Moraes. A seção 6 apresenta a fundação ontológica de Hervada. A seção 7 identifica convergências e tensões entre as duas tradições e propõe uma leitura integradora, seguida das considerações finais.

2 A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE: DE COMPARATO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONCEITO

Antes da dogmática constitucional propriamente dita, cabe responder a uma pergunta anterior: de onde vem o conceito de dignidade da pessoa humana, e por que ganhou tamanho protagonismo nos ordenamentos jurídicos do século XX? Em “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Fábio Konder Comparato percorre um itinerário que vai da Grécia antiga à Declaração Universal de 1948 para mostrar que a ideia de um valor intrínseco ao ser humano — que o distingue dos demais seres e que não pode ser violado sem injustiça — não nasceu com o constitucionalismo contemporâneo.

Segundo o autor, a tradição estoica ocupa lugar de destaque nesse percurso. Cícero e os estoicos foram os primeiros, no mundo antigo, a articular a ideia de uma comunidade universal de seres humanos fundada na razão comum: cada pessoa participa do logos, e é essa participação que a torna digna de consideração independentemente de origem, status ou condição social — pensamento revolucionário numa Antiguidade organizada pela distinção

radical entre cidadãos e escravos, entre helenos e bárbaros. O cristianismo não inventou a dignidade universal a partir do nada; encontrou no estoicismo uma intuição que pôde desenvolver e aprofundar, afirmando o ser humano como criado à imagem e semelhança de Deus, portador de um valor que nenhuma lei humana tem poder de retirar.

O jusnaturalismo moderno laicizou essa intuição, e ela encontrou em Kant sua formulação filosófica mais influente: o ser humano é fim em si mesmo, e não pode ser tratado como mero meio para fins alheios. A distinção kantiana entre preço e dignidade é o eixo dessa formulação: toda coisa tem preço e pode ser substituída por um equivalente; o ser humano tem dignidade, valor que está acima de qualquer preço e que, por isso, não admite equivalente. A consequência é prática: se a dignidade não tem equivalente, ela escapa à lógica da troca, do mercado e da conveniência política; é incondicional por definição. A "fórmula da humanidade" — agir de modo que a humanidade, na pessoa de cada um e de qualquer outro, seja tratada sempre como fim e nunca meramente como meio — não é recomendação prudencial nem aspiração política, mas imperativo categórico, válido à parte de circunstâncias, interesses ou consequências. Kant fundava essa incondicionalidade na autonomia racional, na capacidade do sujeito de dar-se a si mesmo a lei moral; é essa resposta que o pós-positivismo absorve sem conseguir demonstrá-la inteiramente em termos próprios, como se verá adiante.

Foi o colapso do positivismo jurídico clássico que transformou esse conceito filosófico em norma jurídica vinculante. Ao identificar o direito com o direito posto pelo Estado e separar radicalmente direito e moral, o positivismo forneceu cobertura jurídica ao horror dos regimes totalitários do século XX. Comparato chama a atenção para um detalhe que a cronologia por si só não revela: os sistemas totalitários não eram primitivos, mas racionalmente organizados, tecnologicamente sofisticados e juridicamente estruturados. O nazismo e o stalinismo não ocorreram apesar da lei, mas por meio dela — perseguições, expropriações e violências sistemáticas foram, em larga medida, revestidas de juridicidade formal. Ao recusar qualquer parâmetro extralegal de avaliação do direito posto, o positivismo não apenas permitiu esse horror; contribuiu para ele.

O pós-guerra exigiu, assim, o resgate do fundamento ético da experiência jurídica. A Declaração Universal de 1948, a Lei Fundamental alemã de 1949 — que abre com a afirmação de que a dignidade da pessoa humana é intangível —, as Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978 e, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, que consagrou a

dignidade como fundamento da República no inciso III do art. 1º, expressam esse mesmo movimento de reação ao totalitarismo. Há nessa trajetória um paradoxo digno de registro: o positivismo afirmava que o direito é o que o Estado ordena, e com isso permitiu que os Estados ordenassem o horror; o pós-guerra respondeu com o retorno do fundamento ético — o mesmo conceito que o jusnaturalismo clássico vinha elaborando desde Aristóteles. A dignidade da pessoa humana não foi inventada pelo constitucionalismo do século XX: foi redescoberta.

Pico della Mirandola, no “Discurso sobre a Dignidade do Homem”, consolidou esse percurso ao afirmar a dignidade não como dado fixo, mas como tarefa: o ser humano é o único capaz de moldar a própria forma, de ascender ou de rebaixar-se pela livre escolha. Essa noção de dignidade como tarefa — e não apenas como dado — reaparece, sob outras roupagens, tanto nos autores pós-positivistas examinados nas seções seguintes quanto no próprio Hervada.

A reconstrução de Comparato deixa claro algo decisivo para este artigo: o conceito de dignidade nasceu e se desenvolveu, por séculos, dentro da tradição do direito natural. O realismo jurídico clássico de Hervada não representa por isso uma perspectiva anacrônica em relação ao debate contemporâneo; é, ao contrário, a fonte histórica de onde brotou o conceito que o constitucionalismo consagrou. Vale registrar desde já que essa tradição jamais tratou o direito natural como mera aspiração moral, mas como direito vigente, apto a reger efetivamente a vida em sociedade ao lado do direito positivo — e como parâmetro pelo qual se avalia a racionalidade das próprias normas postas.

3 A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE EM SARLET

Entre os autores dedicados à análise dogmática da dignidade na ordem constitucional brasileira, Ingo Wolfgang Sarlet oferece o tratamento mais rigoroso. Em “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, percorre as raízes histórico-filosóficas do conceito — do estoicismo ao pensamento cristão medieval, de Pico della Mirandola a Kant — e analisa com precisão o significado da constitucionalização da dignidade e seu modo de operar no sistema jurídico brasileiro.

A contribuição mais citada de Sarlet é sua definição do conceito jurídico de dignidade, compreendida como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais 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, 2006, p. 60).

Vale examinar cada elemento dessa definição. A dignidade como qualidade intrínseca significa que ela não é concedida pelo Estado, mas anterior ao ordenamento. Sua distintividade em relação a cada ser humano indica que ela é individual, e não abstrata: é a dignidade desta pessoa concreta e irrepetível, não de um tipo ideal de humanidade. O complexo de direitos e deveres que dela decorre tem dimensão simultaneamente negativa — proteção contra atos degradantes — e positiva — garantia do mínimo existencial. E a referência à participação ativa e co-responsável revela que a autonomia, a capacidade de conduzir a própria vida, é constitutiva da dignidade, não elemento a ela apenas acrescido.

Essa dupla dimensão tem consequência prática imediata. A dimensão negativa impõe ao Estado e a todos os sujeitos jurídicos uma obrigação de abstenção — não violar, não instrumentalizar, não degradar. A dimensão positiva impõe uma obrigação de ação — garantir as condições materiais e institucionais que tornam a vida digna possível. Quem não tem acesso à alimentação, à saúde básica ou à educação mínima não é simplesmente pobre: tem sua dignidade violada de modo estrutural. Sarlet formula essa distinção com clareza, e ela é indispensável para compreender o funcionamento da dignidade em processos judiciais sobre políticas públicas e direitos sociais.

Do ponto de vista normativo, Sarlet enquadra a dignidade simultaneamente como princípio e como valor fundamental. Como princípio, opera como "mandado de otimização" — na terminologia de Robert Alexy —, algo que deve ser realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Como valor, irradia sobre todo o ordenamento e orienta a interpretação de qualquer norma jurídica. Nesse ponto revela-se o enquadramento pós-positivista da obra: princípios não se aplicam por subsunção, mas por ponderação — o que já anuncia a questão que Sarmento levará adiante na seção 4, sobre o risco de a ponderação esvaziar progressivamente a força normativa da dignidade.

Há, na teoria alexyana dos princípios, uma tensão que Sarlet reconhece sem resolver plenamente. Se a dignidade é mandado de otimização, admite realização gradual e depende das condições do caso concreto; mas o próprio Sarlet afirma que ela possui um núcleo

absolutamente inviolável. A saída de Alexy — a regra da proporcionalidade como critério de ponderação — é tecnicamente sofisticada, mas não resolve a questão de fundo: quem define os parâmetros da proporcionalidade? Sem um fundamento ontológico claro, a ponderação pode encobrir escolhas valorativas não explicitadas, e a dignidade, tratada como princípio ponderável, fica disponível para qualquer argumentação suficientemente sofisticada. Sarmento aprofundará esse diagnóstico na seção seguinte, e a resposta de Hervada, na seção 6, o enfrentará de modo estrutural.

Sarlet destaca ainda duas funções centrais para a prática jurídica. A função hermenêutica faz da dignidade parâmetro de aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento — inclusive do direito privado: qualquer norma contratual, processual ou societária deve ser interpretada de modo a respeitar e promover a dignidade das partes. A função de norma fundante de direitos implícitos permite que a dignidade sirva de base ao reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, conferindo ao catálogo constitucional abertura material que ultrapassa o texto do art. 5º da Constituição.

A questão mais difícil que Sarlet enfrenta é saber se a dignidade pode ser relativizada. Sua resposta é matizada: como princípio, admite alguma relativização quando entra em colisão com outros princípios de igual estatura constitucional; mas possui núcleo essencial absolutamente inviolável, expressão de sua dimensão de valor intrínseco, que nenhum ato estatal pode atingir sem incorrer em inconstitucionalidade grave. O que Sarlet não resolve inteiramente é como delimitar esse núcleo sem recorrer a um fundamento ontológico que sua matriz teórica pós-positivista não fornece — e é precisamente nesse ponto que Hervada oferecerá resposta mais precisa do que qualquer critério metodológico disponível dentro do positivismo ou do pós-positivismo.

4 MULTIDIMENSIONALIDADE E CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL: SARMENTO E BARROSO

4.1 Sarmento: multidimensionalidade e o risco do “pan-principialismo”

Em “Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia”, Daniel Sarmento propõe a análise mais crítica e metodologicamente rigorosa entre os autores pós-positivistas examinados neste artigo. Para o autor, a dignidade é conceito necessariamente multidimensional, estruturado em quatro dimensões nucleares.

A autonomia é a capacidade de conduzir a própria vida segundo valores próprios e de responder pelas próprias escolhas; implica que o Estado não pode, em princípio, impor à pessoa determinado projeto de vida, ainda que o considere melhor, e funciona como limite ao paternalismo estatal e privado. O mínimo existencial abrange as condições materiais básicas indispensáveis a uma vida digna — saúde, educação, moradia, alimentação —, sem as quais a autonomia se reduz a abstração vazia, pois não há autodeterminação real para quem carece das condições materiais que a tornam possível. O reconhecimento protege contra a humilhação e a estigmatização, contra tratamentos que negam à pessoa sua condição de igual, de membro pleno da comunidade moral e jurídica — dimensão especialmente relevante para compreender violações de dignidade decorrentes de preconceito e discriminação, em que o dano não é apenas material, mas atinge a identidade da pessoa e sua condição de sujeito de direitos. A proteção contra a heteronomia, por fim, salvaguarda a pessoa de formas de dominação que lhe retiram o controle sobre a própria existência, como a exploração, a manipulação e a redução ao status de instrumento.

Sarmiento não se limita a mapear o conceito; é também seu crítico mais rigoroso. O autor denuncia o "pan-principialismo" — uso retórico e indiscriminado da dignidade para justificar conclusões contraditórias, fenômeno já identificado na introdução deste artigo. Quando a dignidade é invocada para tudo e em sentidos opostos, corre o risco de perder força normativa e tornar-se argumento disponível para qualquer causa. O diagnóstico é direto: se qualquer posição pode ser revestida de dignidade, a dignidade não vincula, e o direito perde a capacidade de distinguir o legítimo do ilegítimo.

A resposta que Sarmiento oferece a esse diagnóstico, dentro do próprio pós-positivismo, é metodológica: mais rigor nos critérios de ponderação, mais atenção às dimensões do conceito, mais transparência argumentativa. É esforço valioso e necessário, mas encontra limite claro: quando dois argumentos de dignidade estão igualmente bem fundamentados do ponto de vista metodológico — quando ambos respeitam as dimensões que o próprio autor identificou —, o que decide entre eles? A pergunta pelo fundamento ontológico retorna com força nesse ponto, e o realismo clássico de Hervada oferecerá resposta de outra ordem: um fundamento que não depende de convenção e que, por isso, dá critério material para distinguir invocações legítimas de meros recursos retóricos.

4.2 Barroso: a estrutura tripartite e a construção jurisprudencial

Em “A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo”, Luís Roberto Barroso analisa como os tribunais — no Brasil e no mundo — efetivamente constroem e aplicam o conceito. Sua contribuição mais original é uma estrutura analítica tripartite, que organiza o conteúdo da dignidade em três componentes funcionalmente distintos.

O valor intrínseco corresponde ao valor próprio que todo ser humano possui pelo simples fato de pertencer à espécie humana, independentemente de qualquer qualidade, condição ou mérito individual; proíbe qualquer forma de instrumentalização e equivale, no plano jurisprudencial, ao que Kant chamava de tratar a pessoa como fim em si mesma. A autonomia é a capacidade de autodeterminar os rumos da própria vida, de fazer escolhas existenciais e de responder por elas. O valor comunitário reconhece que a pessoa vive em relação com os outros, o que pode, em certos casos, justificar restrições legítimas à liberdade individual em nome de interesses coletivos ou da proteção de terceiros.

A grande virtude dessa estrutura é sua operacionalidade: funciona na prática judicial, ao permitir que o julgador identifique, em cada caso concreto, qual dos três componentes está em jogo, quais outros valores constitucionais concorrem com ele e como construir um raciocínio fundamentado e transparente. Barroso demonstra que essa construção tem funcionado e que a jurisprudência constitucional brasileira e comparada dela se serve bem.

Merece atenção a tensão entre autonomia e valor comunitário, central em muitos dos casos mais complexos do direito constitucional contemporâneo — da regulação de condutas privadas que afetam terceiros à definição dos limites do paternalismo estatal. O valor comunitário pode justificar restrições à autonomia, mas pode também, se mal aplicado, servir de justificativa para a supressão de liberdades individuais. A estrutura tripartite dá ao intérprete um mapa, não uma bússola automática: o julgamento sobre quando o valor comunitário prevalece sobre a autonomia exige fundamentação material sobre o que é efetivamente compatível com a dignidade da pessoa humana — fundamentação que, como se verá, o realismo clássico oferece.

A eficácia prática dessa estrutura não responde, porém, à questão filosófica mais funda: o que, na natureza do ser humano, fundamenta esse valor intrínseco que os tribunais

reconhecem? Barroso pressupõe o fundamento sem explicitá-lo, como faz a maioria dos autores pós-positivistas. Hervada o explicita.

5 EFICÁCIA CONCRETA E A INTERFACE COM O DIREITO CIVIL: BARCELLOS E BODIN DE MORAES

5.1 Barcellos: do símbolo ao parâmetro de controle normativo

Em “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, Ana Paula de Barcellos parte de constatação que qualquer jurista prático reconhece: proclamar a dignidade como princípio constitucional não basta. Para ser juridicamente relevante, ela precisa de eficácia real — capacidade de condicionar e, quando necessário, invalidar normas e atos que a violem. A questão central da autora é, portanto, de efetividade: o que a dignidade garante de forma definitiva, não sujeita a ponderação?

Sua contribuição central é a identificação de um "núcleo da dignidade" — conjunto de prestações concretas que a dignidade exige de forma definitiva, não sujeitas à reserva do possível e não passíveis de cedência diante de outros princípios. Esse núcleo abrange as condições materiais mínimas para uma existência digna — alimentação, saúde básica, moradia e educação fundamental —, o acesso à justiça e a liberdade e igualdade de tratamento elementares. Fora do núcleo, a dignidade opera como princípio e admite ponderação; dentro dele, opera como regra, vinculando de forma definitiva.

A distinção entre núcleo e periferia está entre as contribuições mais valiosas para a prática jurídica, por oferecer ao intérprete critério operacional para saber quando a dignidade é argumento ponderável e quando é limite intransponível. Barcellos avança, nesse sentido, em relação ao problema identificado por Sarmento: não se limita a denunciar o esvaziamento retórico da dignidade, mas propõe uma estrutura que limita operacionalmente o campo da ponderação. O núcleo por ela identificado corresponde ao que é indispensável para que a pessoa exista como pessoa — não apenas como organismo biológico, mas como ser capaz de exercer sua capacidade racional e de conduzir a própria vida. A formulação está mais próxima do direito natural do que pode parecer à primeira vista.

Uma pergunta, porém, permanece aberta: por que essas prestações — e não outras — constituem o núcleo inviolável? A resposta de Barcellos é pragmática: o que a jurisprudência consolidou, o que o senso comum jurídico reconhece. É resposta funcional e tecnicamente sofisticada, mas ancora o núcleo no consenso interpretativo, que pode mudar. A resposta do

realismo clássico de Hervada é mais robusta: as prestações que compõem o núcleo são invioláveis porque são as condições necessárias para que o ser humano realize sua natureza racional, sua liberdade e seus fins naturais. Fundada na ontologia, a resposta é mais difícil de contornar retoricamente do que uma resposta ancorada no consenso jurisprudencial, e por isso mais apta a garantir a estabilidade normativa da dignidade ao longo do tempo.

5.2 Bodin de Moraes: os quatro pilares e a ponte com o direito civil

No ensaio “O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo”, Maria Celina Bodin de Moraes conecta a dignidade ao direito civil, em especial aos direitos da personalidade e à responsabilidade civil extracontratual. A conexão é relevante: mostra que a dignidade não é apenas questão de direito constitucional e de direitos humanos, mas permeia todo o ordenamento jurídico privado, fundamentando a reparação dos danos à personalidade, a proteção contra a discriminação nas relações privadas e os limites da autonomia contratual.

Para a autora, a dignidade possui um "substrato axiológico" composto por quatro pilares: a igualdade, que veda discriminações arbitrárias e impõe tratamento igual entre iguais; a liberdade, entendida como autodeterminação nas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica, que protege corpo e mente contra intervenções não consentidas e contra tratamentos degradantes; e a solidariedade, que funda deveres de respeito e consideração mútuos — substrato ético da responsabilidade civil por danos à pessoa.

A relevância desse quadro para a prática civil é imediata. A dignidade como fundamento dos direitos da personalidade significa que o Código Civil — especialmente nos arts. 11 a 21 — não pode ser lido sem referência à Constituição: os direitos ao nome, à imagem, à honra e à vida privada não são concessões do legislador ordinário, mas expressões concretas da dignidade constitucionalmente garantida. Daí decorrem consequências para a extensão e a interpretação desses direitos, que não podem ser restringidos por convenção contratual abaixo do nível exigido pela dignidade, cabendo ao intérprete aplicá-los com a consciência de que opera, em última instância, com fundamento anterior ao próprio Código.

Ao identificar esse substrato axiológico, Bodin de Moraes aponta — mais do que talvez perceba a partir de sua própria matriz teórica — para o mesmo solo que Hervada analisa ontologicamente: a igualdade como igualdade no ser; a liberdade como incomunicabilidade e autodeterminação; a integridade como respeito à substância individual

da pessoa; a solidariedade como expressão da socialidade, da relação com o outro na alteridade, sem confusão ou fusão. A correspondência não é fortuita: ilustra o argumento central deste artigo, segundo o qual os quadros dogmáticos do pós-positivismo brasileiro mapeiam, com instrumentos próprios, uma estrutura que o realismo clássico já havia descrito em termos ontológicos.

6 A FUNDAÇÃO ONTOLÓGICA DA DIGNIDADE EM HERVADA

6.1 Situando o realismo jurídico clássico

Javier Hervada foi professor titular de Filosofia do Direito da Universidade de Navarra e é um dos maiores representantes do realismo jurídico clássico, tradição enraizada em Aristóteles, nos juristas romanos e em Santo Tomás de Aquino.

Situar sua doutrina com precisão não é cautela prévia, mas parte da própria análise. O realismo jurídico clássico não é variante das teorias modernas do direito natural — nem o racionalismo de Grócio e Pufendorf, nem o contratualismo de Locke e Rousseau, nem o deontologismo de Kant: são tradições filosóficas de pressupostos distintos. O que o define não é apenas afirmar que há um direito natural, mas a maneira como o concebe: como direito vigente, em sentido técnico e próprio, apto a reger efetivamente a vida em sociedade ao lado do direito positivo. Para essa tradição, o direito natural não é aspiração moral nem horizonte regulativo, mas direito, na mesma acepção em que o é o direito positivo — e, mais do que isso, é o parâmetro pelo qual se avalia a racionalidade do próprio direito positivo. Uma norma posta que contrarie a natureza das coisas e da pessoa humana é, para essa tradição, não apenas injusta, mas juridicamente defeituosa, porque o direito positivo não cria a dignidade da pessoa: apenas a reconhece ou a viola. Compreender esse marco não é obstáculo ao diálogo com o pós-positivismo; é o que o torna rigoroso e intelectualmente honesto.

Há, na epistemologia jurídica de Hervada, um ponto de partida que precede as categorias substantivas. Para o realismo clássico, o direito não é primariamente norma, nem sistema de valores, nem ordem de sanções: é a própria coisa justa — o objeto devido a alguém em razão de sua natureza ou de título estabelecido pela convenção humana. Herdada da tradição romana e desenvolvida por São Tomás, essa definição é tecnicamente precisa: o *ius*, o direito, é a *res iusta*, a coisa mesma que é devida. A norma é posterior ao direito: enuncia-o, não o constitui. Essa inversão em relação ao positivismo tem consequências profundas — o intérprete que opera no realismo clássico não pergunta apenas "o que a norma diz?", mas "o

que é devido a esta pessoa em razão do que ela é?", pergunta que exige resposta sobre a natureza da pessoa que nenhuma norma pode substituir.

6.2 A pessoa como substância individual de natureza racional

Para Hervada, tudo começa pela noção de pessoa. Retomando Boécio, define-a como "substância individual de natureza racional" (HERVADA, 2008). Cada termo dessa definição é preciso. Substância indica que a pessoa tem consistência ontológica própria, existe por si mesma, não é acidente nem propriedade de outra coisa. Individual indica que se trata de ser concreto, singular, irrepetível, e não de abstração ou tipo ideal. E de natureza racional aponta para a dimensão espiritual e racional que situa o ser humano em "outra ordem do ser" — não apenas superior, mas qualitativamente diferente dos seres meramente corpóreos.

Hervada sublinha um ponto que merece ênfase: entre o animal e o homem não há diferença de grau dentro da mesma ordem de ser, mas diferença de ordem — um salto qualitativo, um abismo ontológico. A consequência para a dignidade é direta: se a diferença fosse apenas de grau, a dignidade humana seria, em última análise, questão de convenção, maior ou menor conforme avaliações coletivas; sendo diferença de ordem do ser, a dignidade não é convencional — é exigida pela própria realidade do que o ser humano é, independentemente de qualquer lei positiva. É essa constatação que responde, a partir de um plano que o pós-positivismo não alcança, à pergunta formulada na introdução deste artigo: por que a dignidade é incondicional.

Esse ponto ganha importância particular no contexto atual, em que discussões sobre inteligência artificial, sobre modificação genética e sobre o estatuto jurídico de entidades não humanas avançadas colocam em questão os critérios de atribuição de direitos. A resposta hervadiana é clara: o critério não é a sofisticação funcional, nem a capacidade de produzir comportamentos similares aos humanos, mas critério ontológico — pertencer à ordem do ser própria da pessoa humana. Nenhum parâmetro funcional pode substituí-lo sem que a proteção da dignidade humana se torne, em última instância, negociável.

6.3 Incomunicabilidade, liberdade e socialidade

Da natureza racional decorrem três características decisivas da pessoa. A incomunicabilidade expressa que a pessoa é tão inteiramente outra — tão dotada de consistência ontológica própria — que não pode ser considerada simplesmente parte de um todo, nem reduzida a instrumento de fins alheios; nela está o fundamento ontológico do que

Kant formulou na "fórmula do objeto": a pessoa não pode ser instrumentalizada não porque uma norma o proíba, mas porque sua natureza ontológica o impede. A incomunicabilidade é, talvez, o fundamento jurídico-filosófico mais sólido que se pode oferecer para a proibição de tortura, de escravidão, de exploração humana e de qualquer forma de tratamento que reduza a pessoa a instrumento.

A liberdade decorre de a pessoa ser incomunicável: seus atos são produto de decisão interior, e não de forças que a dominam externamente; ela é senhora de seus atos, sujeito de direitos e deveres, responsável por suas escolhas. Não é meramente ausência de coerção externa, mas dimensão positiva do ser da pessoa, fundada na racionalidade — é porque a pessoa é racional que delibera, escolhe e decide, e é porque delibera, escolhe e decide que é sujeito de imputação moral e jurídica, capaz de responder por seus atos perante os outros e perante si mesma.

A socialidade, por fim, não significa isolamento na incomunicabilidade: a pessoa se relaciona com os outros, sempre na alteridade, sempre como "outro", sem confusão ou fusão. Essa dimensão social é o fundamento ontológico dos deveres de respeito e consideração mútuos que todos os autores pós-positivistas examinados nas seções anteriores identificam como parte do conteúdo da dignidade. A socialidade hervadiana vai além do que os contratualistas chamam de "natureza social do homem": não é escolha nem conveniência, mas exigência do próprio ser da pessoa, que existe em relação constitutiva com outros sem que essa relação dissolva sua individualidade.

6.4 Dignidade como eminência ontológica e normatividade objetiva

Com essas bases, Hervada define a dignidade como "a eminência ou excelência do ser humano mediante uma intensa participação no mais alto grau do ser, que o constitui como um ser dotado de debitade e exigibilidade em relação a si mesmo e em relação aos demais homens" (HERVADA, 2008). A dignidade é eminência — superioridade no ser, diferença de ordem ontológica. Debitade e exigibilidade significam que ela gera deveres nos outros e direitos para a pessoa, não por convenção, não por decisão política, mas pela estrutura ontológica da realidade.

A noção de debitade merece ser desdobrada. Para Hervada, o direito — *ius* — é o que é devido, o *debitum*. A dignidade da pessoa humana constitui deveres não porque alguém assim decidiu, mas porque a estrutura da realidade assim exige. Quem viola a dignidade de

outra pessoa — quem a instrumentaliza, quem a humilha, quem a priva das condições necessárias à sua existência como ser racional e livre — comete injustiça objetiva, à parte de qualquer norma positiva que a proíba ou que a permita. Essa objetividade do injusto é o que o positivismo não pode garantir, e que o colapso do positivismo clássico no século XX tornou historicamente visível.

A consequência mais importante para a prática é que a natureza humana se constitui em "regra de comportamento" objetiva: o conforme à natureza humana é digno; o desconforme é indigno — não porque uma lei o diga, mas porque a realidade do ser humano o exige. Essa formulação responde com precisão ao problema do “pan-principialismo” diagnosticado por Sarmento: uma invocação da dignidade é legítima quando fundada na incomunicabilidade, na liberdade ou na socialidade da pessoa, e ilegítima quando não está, independentemente da sofisticação argumentativa com que seja revestida.

Dessa fundamentação, Hervada deriva três grupos de direitos naturais: os fundados no ser do homem — vida, saúde, integridade física e mental; os fundados na liberdade — autodeterminação, imunidade de coação, liberdade de consciência; e os fundados nos fins naturais — direito ao casamento e à família, ao trabalho, à educação. O diálogo com os autores pós-positivistas examinados neste artigo torna-se aqui evidente: o mínimo existencial de Barroso e de Barcellos, os quatro pilares de Bodin de Moraes, as quatro dimensões de Sarmento têm correspondência direta na estrutura ontológica da pessoa que Hervada mapeia. A diferença não está nos resultados, mas no fundamento: o pós-positivismo identifica o que a dignidade exige; o realismo clássico demonstra por que ela exige — e por que esse "por quê" não pode ser reduzido a escolha político-constitucional.

7 CONVERGÊNCIAS, TENSÕES E PROPOSTA INTEGRADORA

7.1 Convergências e tensões

As duas perspectivas examinadas neste artigo convergem em três pontos. A dignidade é inerente à condição humana e anterior a qualquer positivação: Comparato a rastreia historicamente, Sarlet a define como "qualidade intrínseca", Barroso a ancora no "valor intrínseco", Bodin de Moraes identifica um "substrato axiológico", Hervada a demonstra como eminência ontológica. A dignidade gera efeitos jurídicos reais — deveres e direitos, limites ao Estado e aos particulares. E a instrumentalização da pessoa é proibida, o que

Hervada fundamenta ontologicamente pela incomunicabilidade e que todos os demais autores afirmam em seus próprios termos.

Há, porém, tensões que não podem ser dissimuladas. A mais profunda é de natureza jurídico-filosófica: o pós-positivismo opera com o direito positivo como horizonte, ainda que admita sua abertura a princípios morais; o realismo clássico sustenta que o direito natural é igualmente direito vigente e parâmetro de racionalidade do direito positivo. Essa diferença é constitutiva das duas tradições e não pode ser apagada. A segunda tensão é metodológica: o pós-positivismo trabalha com a lógica da ponderação, e é por isso que a dignidade pode ser invocada em sentidos opostos, como demonstrado na introdução. Hervada ancora a dignidade em algo que, por ser ontológico, não se pondera: a ordem do ser da pessoa humana é ou não é. Quem busca esse fundamento dispõe de critério material mais firme, ao perguntar se o ato respeita ou viola a incomunicabilidade, a liberdade ou a socialidade desta pessoa concreta — pergunta que não admite resposta de conveniência.

7.2 A proposta integradora e suas aplicações

As duas perspectivas se complementam em planos diferentes. O pós-positivismo oferece as ferramentas dogmáticas e hermenêuticas para operacionalizar a dignidade dentro do sistema jurídico positivo — contribuição indispensável para a prática. O realismo clássico oferece o fundamento ontológico que dá a essas ferramentas consistência filosófica e resistência à manipulação retórica. Servir-se de ambas, com rigor e com consciência dos pressupostos de cada uma, é o caminho que este artigo propõe.

Dessa proposta decorre uma aplicação direta para o operador do direito. Diante de um ato ou de uma norma que invoca a dignidade como fundamento, a pergunta hervadiana é concreta: este ato respeita ou viola a incomunicabilidade desta pessoa, sua condição de ser irreduzível a instrumento? Respeita ou viola sua liberdade, sua condição de sujeito que decide e não apenas sofre decisões alheias? Respeita ou viola sua socialidade, a rede de relações em que ela existe como "outro" que merece consideração? São perguntas mais exigentes do que a simples invocação do princípio, porque pedem que o intérprete fundamente materialmente, e não apenas formalmente, sua decisão. São também mais honestas, porque obrigam a explicitar o que está em jogo, tornando transparente o raciocínio valorativo que, na argumentação pós-positivista, pode permanecer implícito sob a retórica da ponderação.

Sobre o mínimo existencial, essa leitura integradora acrescenta algo ao pós-positivismo: as prestações que compõem o seu núcleo não são generosidade do constituinte, mas condições necessárias para que o ser humano realize sua natureza racional, sua liberdade e seus fins naturais. O Estado não pode negar esse núcleo apenas porque o Supremo Tribunal Federal assim entende, mas porque a natureza humana assim exige. A diferença de fundamento não é apenas acadêmica: repercute sobre a resistência do núcleo à revisão constitucional, sobre os limites do poder de emenda e sobre o alcance das cláusulas pétreas.

Sobre a ponderação, a complementaridade é especialmente valiosa nos casos de colisão entre dimensões da dignidade. Quando autonomia e mínimo existencial colidem — quando alguém, no exercício de sua liberdade, toma decisões que comprometem suas próprias condições de vida —, a leitura hervadiana oferece critério que a estrutura ponderativa, isoladamente, não garante: a liberdade não pode ser exercida de modo a destruir a própria condição ontológica que a torna possível. A incomunicabilidade e a liberdade não se opõem, são dimensões da mesma pessoa; e quem se contradiz em seu ser não está exercendo plenamente sua liberdade — está negando, em ato, o que é em ser.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo percorreu um itinerário que vai da afirmação histórica da dignidade em Comparato, pela dogmática rigorosa de Sarlet, pela análise crítica de Sarmento, pela construção jurisprudencial de Barroso, pela operacionalidade de Barcellos e pela síntese civil-constitucional de Bodin de Moraes, até a fundação ontológica de Hervada, com a qual esses seis autores foram diretamente confrontados.

A dignidade tem história, dimensões múltiplas e fundamentos filosóficos que importam para a prática jurídica: não é argumento disponível para qualquer causa, e, tratada como tal, perde sua força normativa. O diálogo entre o pós-positivismo e o realismo jurídico clássico é possível, fecundo e intelectualmente honesto, mas exige que cada tradição seja reconhecida em seus próprios termos, sem que uma se dissolva na outra — confirmando-se a hipótese de que a fundamentação ontológica complementa, sem substituir, a fundamentação dogmática pós-positivista. E a dignidade é tarefa, não apenas direito: a pergunta que Hervada deixa ao intérprete não é abstrata, mas concreta, pessoal e imediatamente aplicável a qualquer situação em que se decida sobre outra pessoa.

O estudo da dignidade da pessoa humana é, em última análise, exercício de autoconhecimento jurídico. Cada tradição examinada neste artigo ilumina uma faceta diferente do mesmo problema: como o direito pode estar a serviço do ser humano, e não o ser humano a serviço do direito. O pós-positivismo ensina que os instrumentos dogmáticos precisam ser constantemente aperfeiçoados, que a fundamentação deve ser transparente, que as dimensões do conceito devem ser respeitadas. O realismo clássico ensina que, por baixo de todos esses instrumentos, há uma realidade — a realidade da pessoa humana — que nenhum sistema jurídico criou e que nenhum sistema jurídico pode suprimir sem incorrer em injustiça objetiva. Levar a sério essa complementaridade foi a contribuição que este artigo pretendeu oferecer.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e Mandado de Injunção nº 4.733/DF*. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 13 jun. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução de Sérgio Sales Pereira Melo e Elza Maria Gasparotto. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.