

DIGNIDADE HUMANA E TÓPICA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

André Kabke Bainy¹

Resumo: O pensamento de Theodor Viehweg correspondeu a um evidente avanço na teoria do direito e na metodologia jurídica, especialmente porque visou, a partir dos ensinamentos do giro linguístico, a atribuir cientificidade e sistematicidade à busca de valoração (justiça) às normas esculpidas no ordenamento jurídico, especialmente por meio da problematização das hipóteses e utilização dos *tópois* enquanto mecanismos interpretativos. Embora inúmeras outras teorias jurídicas tenham surgido desde então, se analisarmos alguns conceitos jurídicos de difícil definição – como o da dignidade humana – é impossível não se questionar acerca da (in)aplicabilidade da teoria de Viehweg na atualidade. Assim, o presente estudo pretende apresentar uma breve introdução à obra do pensador alemão, e, após algumas problematizações relacionadas à definição e dimensão de dignidade humana, refletir se é possível, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, utilizar-se o marco teórico difundido por aquele pensador na aplicação e teorização do conceito.

Palavras-Chave: Tópica; interpretação; constituição; dignidade humana.

Abstract: Theodor Viehweg's thinking corresponded to a clear advance in legal theory and legal methodology, especially because meant, from the teachings of linguistic turn, to attribute scientificity and systematicity to the search for valuation

¹ Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Advogado.

(justice) to the norms carved in the legal order, especially through the problematization of hypotheses and the use of *topoi* as interpretative mechanisms. Although numerous other legal theories have arisen since then, if we analyze some legal concepts of difficult definition – as the human dignity – it is impossible to do not question about the (in) applicability of Viehweg's theory today. Therefore, the present study aims to present a brief introduction to the work of the German thinker and, after some problematizations related to the definition and dimension of the human dignity concept, reflect if it is possible, in the context of contemporary constitutionalism, to use the theoretical framework disseminated by Viehweg in its application and theorization.

Keywords: Topics; interpretation; constitution; human dignity.

1 INTRODUÇÃO



ciência e teoria do direito sofrem, como se sabe, profundas modificações com o passar do tempo. Isso decorre da própria historicidade (fatores históricos como elemento de alteração do pensamento de dada época), mas, também, com o surgimento de novos marcos teóricos e filosóficos que acabam por ensejar a quebra de paradigmas até então dominantes.

Uma dessas modificações ocorridas no século passado se refere ao surgimento, no seio da teoria jurídica alemã, da chamada *tópica* jurídica, proposta por Theodor Viehweg, notadamente em sua obra “*Tópica e Jurisprudência*”. Em síntese, a partir da retomada dos ensinamentos de Aristóteles e Cícero, Viehweg propõe uma superação do positivismo clássico, para o fim de, através de uma nova metodologia, buscar-se a problematização da justiça e suas aporias na análise do fenômeno jurídico.

Para o método proposto pelo autor alemão, é

indispensável a existência de *tópois* que, em uma singela expressão, podem ser considerados como “lugares comuns” de significação.

Hodiernamente, sabe-se que uma das definições mais presentes do direito (especialmente direito constitucional, direito internacional e direitos humanos) é o conceito de dignidade humana. Tal conceito revela uma tormentosa tarefa de atribuição de significado, ainda mais se considerado o contexto deveras relativista que aparentemente vivemos. Ocorre que, não obstante a vagueza semântica da expressão, certo é que sua importância é irrefutável.

Nesse contexto, necessário se perquirir os aspectos teóricos que envolvem aquela definição de modo a se compreender a sua dimensão jurídica e mais: inferir se a mesma pode ser aplicada à lógica metodológica proposta por Viehweg.

Assim, o presente escrito tem por objetivo fazer uma breve introdução às ideias da chamada tópica jurídica e da retórica argumentativa – propagadas pelo pensamento de Viehweg – e, após, apresentar as dimensões e contornos jurídicos relacionados à ideia de dignidade da pessoa humana, questionando-se se é possível, ou não, considerar-se a dignidade humana como um *tópoi* (na concepção viehwegiana) para nortear a ciência do direito, ou, sendo negativa a resposta a essa indagação, se é possível utilizar-se a noção de dignidade da pessoa humana como padrão interpretativo que dialogue com os predicados da hermenêutica constitucional contemporânea.

2 A IDEIA DE “TÓPICA” NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Acima falou-se na importância que tem se dado à noção de “tópica” no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

Para que se compreenda o papel deste conceito em meio à interpretação jurídico-constitucional, antes, contudo, é necessário que se estabeleça uma conceituação mínima do que

significa de fato “tópica” na tradição jurídico-constitucional, e no que tal conceito pode se traduzir em termos metodológicos.

Por tal motivo, necessário se recorrer à tradição teórica da metodologia jurídica para buscarmos uma conceituação precisa a ser adotada doravante.

Nesse sentido, utilizaremos a obra de Theodor Viehweg como referencial teórico imediato no que tange à semântica do vocábulo “tópica” no Direito.

O autor alemão, utilizando-se das premissas filosóficas construídas por Aristóteles e Cícero, sintetiza a tópica como sendo “uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se desdobra numa contextura cultural que se distingue claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo” (VIEHWEG, 1979, p. 17).

Em termos metodológicos, o silogismo retórico, característico do raciocínio tópico – que culmina na retórica argumentativa – é diverso daquele buscado por meio do silogismo formal. Nesse sentido,

O silogismo retórico ou entimema seria a figura central no modo como se estrutura o raciocínio retórico. A sua diferença fundamental e relação ao silogismo formal, característica do raciocínio demonstrativo, não se encontra propriamente na estruturação que segue após eleitas as premissas. Reside, antes, na própria qualidade das premissas que inauguram o raciocínio retórico, as quais, assim como na dialética, são *endoxa* ou, por outra perspectiva, os *tópoi*. Por este motivo, as conclusões proeminentes do entimema, tido como o silogismo constitutivo dos raciocínios retóricos, não são necessárias, tampouco inatacáveis, como o são as do raciocínio apodíctico. As conclusões de um raciocínio retórico são tão somente as mais plausíveis, as que dispõe de maior aceitabilidade (...). A unidade da tópica, o *tópos*, pode ser aproximada ao conceito desenvolvido acima de *endoxa*. Conforme esclarece L. BORNSCHEUER, os *tópoi* e os *endoxa* designam aspectos diferentes da mesma coisa: o conceito de *tópos* remete ao caráter instrumental de todo ponto de vista argumentativo geralmente aplicável, enquanto que o conceito de *endoxa* refere-se ao momento de reconhecimento social geral de tais pontos de partida. Ambos os conceitos

possuiriam o status de premissas potenciais para o raciocínio dialético ou retórico. Em outros termos, estas premissas plausíveis e verossímeis recebem o nome de *endoxa* pela condição epistemológica de seus conteúdos. Por outro lado, recebem a denominação de *tópoi* ao se consolidarem na prática como instrumento recorrente da argumentação (PINHO, 2016, p. 7-8).

Ao se apropriarem dessa tradição aristotélica, os autores da chamada Escola de Mainz – dentre os quais, inclui-se Theodor Viehweg – assim o fazem também a partir da utilização da filosofia da linguagem, especialmente pós virada linguística levada a cabo pelo “segundo” Wittgenstein.

Isso porque, para eles, “a linguagem não é compreendida em seu sentido meramente instrumental ou expressivo” (PINHO, 2016, p.9). É justamente o contrário, ao não se reduzir a linguagem a um instrumento que expressa pensamentos e sentimentos, mas, sim, que corresponda justamente a aquilo que os constitua. Ou seja: “o ponto de convergência entre os filiados à Escola de Mainz, defensores da tópica jurídica, e Wittgenstein, reside no acordo quanto à natureza constitutiva da linguagem da realidade intersubjetiva” (PINHO, 2016, p. 9), destoando completamente dos postulados do positivismo jurídico, especialmente da ideia de discricionariedade, haja vista que “na argumentação de base tópica-retórica a atribuição de sentido não provém de um ato individual, tampouco é arbitrária a eleição do sentido que se imporá como mais plausível” (PINHO, 2016, p. 9).

A propósito da compreensão e atribuição de significados na argumentação de base retórica, Fabiana de Oliveira Pinho (2016, p.10) faz importante contextualização, ressaltando que “muitos dos sentidos que integram os argumentos em uma argumentação de base retórica são apenas compreendidos, não interpretados”, motivo pelo qual, a partir daí, pode-se afirmar que nem todas as premissas argumentativas de um determinado raciocínio discursivo/retórico carecem de explicitação. Com efeito, “não é necessária a explicitação de todo o significado

veiculado pelas premissas, já que, na qualidade de *endoxa* ou *tópoi*, estas premissas já são compreendidas pelos destinatários do discurso” (PINHO, 2016, p. 10), haja vista que referidos destinatários já compartilham socialmente a semântica daquelas fórmulas discursivas.

Prosseguindo a competente contextualização teórica, a autora apresenta a necessidade de se serem estabelecidas distinções entre compreender um termo e interpretá-lo, assim fazendo a partir da conceituação wittgensteiniana.

Compreender (“*verstehen*”) corresponde à captação do sentido das práticas por via das habilidades linguísticas desenvolvidas pelos falantes competentes da língua que compartilham um contexto comum, as quais são capazes de detectar os usos mais frequentes da linguagem. A interpretação, por sua vez, tem espaço tão somente quando houver alguma falha na compreensão do sentido do termo e concretiza-se pela substituição de uma expressão por outra. A distinção wittgensteiniana entre compreensão e interpretação é relevante para a nossa posição de que, em uma argumentação retórica, grande parte dos argumentos está apoiada apenas na atividade de compreensão pelos destinatários do discurso, na medida em que os sentidos empregados na constituição dos argumentos são os mesmos por eles compartilhados. Diante da insuficiência da compreensão, a interpretação faz-se necessária. Entretanto, a interpretação não é a regra na interação comunicativa, pelas razões expostas por WITTGENSTEIN por via do que denominou paradoxo da interpretação (PINHO, 2016, p. 10).

Viehweg lança mão de todo esse arcabouço teórico-filosófico para fazer suas proposições teóricas à seara do direito, a tópica jurídica, de forte contraste ao raciocínio lógico-formal, e que teria, nos dizeres de J. A. Garcia Amado, três elementos constitutivos principais: a tópica como pensamento problemático, e de exame e busca de premissas que opera por via dos *tópoi* (GARCIA AMADO apud. PINHO, 2016, p. 11).

A partir do pensamento de Viehweg e do amadurecimento da tradição teórica da argumentação jurídica é que foi ganhando relevância junto à Teoria do Direito a noção de que a

tópica corresponde a um *locus* adequado à compreensão jurídica dos problemas enfrentados pelo Direito.

Daí porque a tópica, em linhas gerais, poderia ser considerada como:

arte de encontrar argumentos que estariam contidos nos tópoi ou lugares-comum. Estes, por sua vez, são flexíveis, provisórios e não dispostos hierarquicamente, cuja função precípua é servir a uma discussão por via do fornecimento de premissas que orientam o raciocínio³⁹. Entretanto, estas premissas precisam ser sustentadas pelo reconhecimento de terceiros ou, em outros termos, portar uma presunção de plausibilidade. Em verdade são estas as qualidades das premissas que tornarão aceitável a argumentação do interlocutor, uma vez que este tem à sua disposição um repertório amplo de tópoi que lhe fornece variadas possibilidades (PINHO, 2016, p. 11).

Nesse contexto, tem-se que a “viabilidade de se pensar a tópica como doutrina relevante a se compreender o fenômeno jurídico deriva do fato de que o direito, a todo o momento, vê-se diante de problemas que devem ser solucionados” (PINHO, 2016, p. 18), sendo que, justamente por conta desta problematidade na qual está imerso, o direito é um campo de conhecimento que demandaria o emprego de um modo de pensar aporético, “até porque, o direito, como mecanismo de regulação e orientação dos comportamentos, convive com uma aporia que lhe é fundamental, qual seja, dizer o que é justo, caso a caso” (PINHO, 2016, p. 18.).

Ainda na tentativa de se desvelar as pretensões teóricas de Viehweg, mostram-se oportunos os comentários feitos por Karl Larenz ao explicar que a tópica surgiu como uma resposta alternativa à ciência do direito de matriz positivista, predominante no século XIX, a qual “procurou inferir de modo lógico-dedutivo decisões de proposições jurídicas construídas por via conceptual, conceitos esses indeferidos de alguns conceitos de grau superior (axiomas) e ordenados em sistema” (LARENZ, 1997, p. 202).

Nesse contexto, a alternativa visada pela tópica teve por

fundamento a conclusão de que, por intermédio do método axiomático-dedutivo, não havia garantia de que as decisões fossem justas (SZYNWELSKI, 2008). Disso se extrai a (densa e problemática) síntese do método tópico, que pode ser considerado como

uma forma de encontrar decisões justas para os casos jurídicos, que eram tratados como problemas. Os problemas jurídicos deveriam ser examinados a partir de diversos ângulos, levando-se em conta diferentes pontos de vista, inclusive os do senso comum. A partir da consideração das várias opiniões sobre a questão, poder-se-ia chegar a um consenso sobre o que seria justo. Esses pontos de vista, na tópica de Viehweg, inserem-se no que ele denomina “tópicos”, ou lugares comuns (SZYNWELSKI, 2008, p. 68).

Introduzidas algumas das bases teóricas do pensamento de Viehweg, necessário, agora, adentrar na seara conceitual e jurídica da dignidade humana, para, ao fim, poder-se analisar se essa pode ser considerada como “tópica”, na forma proposta pelo pensador alemão.

3 DIMENSÕES, SEMÂNTICA, ORIGEM E AMPLITUDE DA DIGNIDADE HUMANA

Deixemos de lado, ao menos por ora, as reflexões teóricas acima introduzidas, e passemos a analisar as dimensões da dignidade humana – especialmente a sua dimensão jurídica.

Quando abordada pela dogmática jurídica, a dignidade humana costuma ser tratada como um conceito polissêmico e aberto, em constante processo de construção e desenvolvimento (RAMOS, 2014).

Por tal motivo, a doutrina internacionalista costuma se referir à dignidade humana não como um direito autônomo, mas, sim, como um princípio geral ou fundamental, correspondente à origem de todos os demais direitos humanos, inclusive sendo o substrato a lhes conferir o conteúdo ético, e viabilizando, deste modo, o florescimento daqueles em determinado sistema jurídico,

a partir da formação de uma unidade axiológica (RAMOS, 2014).

Isso se deve muito provavelmente à noção tomista de que a dignidade é uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, não se tratando de apenas um aspecto particular da existência, sendo o intelecto e a semelhança com Deus os elementos que geram a dignidade – qualidade inerente ao homem, como espécie.

A propósito disso, e em linha de raciocínio semelhante àquela levada a efeito por São Thomas de Aquino, o pensamento de Kant se mostra como pedra basilar da atual compreensão do que seja, efetivamente, a dignidade humana: a noção de que cada indivíduo consiste em um fim em si mesmo, com autonomia para agir de acordo com seu arbítrio, e não apenas um instrumento para o atingimento de determinado fim (KANT, 2003; RAMOS, 2014).

Noutras palavras, Kant constrói sua concepção de dignidade partindo de uma perspectiva de autonomia ética do ser humano e de sua natureza racional, fundamentando que “a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana” (SARLET, 2015, p. 39-40). Há, portanto, uma relação umbilical entre autonomia e dignidade no pensamento kantiano, visto que “a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética” (WEBER apud. SARLET, 2015, p. 40).

A partir dessa contextualização, Ingo Sarlet bem pondera que é “justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2015, p. 41).

De todas essas considerações teórico-filosóficas – que apontam para a existência de traços comuns e um conteúdo mínimo (aparentemente) incontestado - é possível se perceber a dificuldade de delimitação do conceito de dignidade da pessoa, “inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental” (SARLET, 2015, p. 48), sendo que, nas palavras de Michael Sachs, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, uma das principais dificuldades de conceituação residiria

no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente ou, como preferem outros, atribuída a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa (SARLET, 2015, p. 49).

Ingo Wolfgang Sarlet pondera que, “mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida” (SARLET, 2007, p. 364; SARLET, 2015, p. 49), mesmo que não seja viável o estabelecimento de um rol taxativo de violações da dignidade.

Dado o contexto no qual o debate da difícil conceituação da “dignidade humana” acaba por se inserir, invariavelmente passa-se a questionar se há espaço de juridicidade (densidade normativa) e jurisdicionalidade (possibilidade de alargamento e enxugamento na casuística processual-interpretativa) do conceito.

Sustentando um ponto de vista aparentemente minoritário, Habermas, citado por Ingo W. Sarlet, defenderia a tese de que a dignidade não seria um conceito juridicamente

apropriável, e que, portanto, não caberia ao juiz ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, haja vista ser essa uma prerrogativa reservada ao debate público (visão pragmática-procedimentalista da democracia) (SARLET, 2015, p. 52-53).

Talvez essa “pureza procedimental” proposta por Habermas tenha relação com o fato de que, diferentemente do que ocorre com o jurista, ao filósofo provavelmente é mais fácil obter o distanciamento no trato da matéria analisada (DENNINGER, 1989 apud. SARLET, 2015).

Por outro lado, para a jurisdição constitucional, quando suscitada a resolver determinada lide que verse sobre a dignidade humana em suas diversas dimensões, “não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2015, p. 53), haja vista que desta decorrerão, inevitavelmente, consequências jurídicas.

Sobre tal inafastabilidade jurisdicional (também) em relação à dignidade humana, José Afonso da Silva defende a ideia de que “a dignidade humana, concebida pela Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito e, pois, como valor supremo da democracia” (SILVA, 1998, p. 93), constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões (SILVA, 1998, p. 94).

Daí porque Mario Reis Marques conclui que, “dada a abrangência, indeterminação e potencial evolutivo que o caracterizam, ele perfila-se como a referência mais elevada deste sistema e o seu princípio mais universal” (MARQUES, 2010, p. 566), notadamente porque o princípio da dignidade da pessoa humana procura “assegurar as necessidades vitais das pessoas e preservar todas as facetas da vida humana da degradação, da instrumentalização e da submissão”, impondo-se como verdadeiro *prius* axiomático, como um pressuposto indestrutível, indefenível e até indizível do sistema jurídico” (MARQUES, 2010, p.

566).

Pois bem: a despeito de toda a problemática envolvendo a tormentosa conceituação e definição jurídica de dignidade humana, certo é que “a doutrina e a jurisprudência cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo” (SARLET, 2015, p. 50).

Assim, a partir desses elementos que denotam a dimensão jurídica da dignidade humana, necessário agora se perquirir a juridicidade e a densidade interpretativa do conceito ora comentado.

4 A DIGNIDADE HUMANA ENQUANTO PARÂMETRO INTERPRETATIVO. OU AINDA: SERIA A DIGNIDADE HUMANA UM TOPOS?

Como acima referido, a jurisprudência tem tentado estabelecer um contorno jurídico do conteúdo da dignidade humana – o qual tem apontado para a sua normatividade e sua utilização como parâmetro interpretativo.

Ocorre que, especialmente no âmbito jurisprudencial do STF, parece haver uma certa falta de sistematicidade metodológica², a partir da afirmação de haver um super princípio corporificado na forma da dignidade da pessoa humana

² Em linhas gerais, a crítica de Bernardo Gonçalves Fernandes – que vai além das pretensões do presente trabalho, motivo pelo qual a mesma não será aprofundada, mas, apenas, mencionada como elemento interessante à discussão – diz respeito, em última análise, à própria crítica à teoria da argumentação jurídica de Alexy, mas, principalmente, à sua importação pelos autores brasileiros. Destaca-se que referido autor segue uma matriz teórica mais vinculada à perspectiva habermasiana (pragmática-discursiva) do direito, para quem, o único meio para o qual pessoas não possam ser consideradas como objeto para interesses de terceiros não passa pela reafirmação de um determinado postulado moral (como pretendem a maioria dos constitucionalistas brasileiros e alemães), mas, sim, pela observância do princípio da democracia, que prega a necessidade de existência de procedimentos no curso da tomada de decisão estatal em todos os seus níveis, de forma a ventilar as discussões, permitindo a participação da sociedade, principalmente daquela interessada/atingida pelo objeto da discussão (FERNANDES, 2013, p. 362).

(FERNANDES, 2013, p.359). Essa é a primeira marca do conceito que merece ser ressaltada no aspecto. Com efeito,

Originalmente construído a partir de uma leitura kantista, dotado de uma normatividade meta-jurídica, isto é moralizante, já que oriunda da fórmula do imperativo categórico, refere-se à proteção da pessoa – como sujeito de direitos – como fim em si mesma, e nunca como meio para realização de objetivos de terceiros. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é mais do que uma referência normativa à proteção da autonomia individual, pois não se confunde com a proteção às liberdades. Todavia, se seguirmos a coerência interna dessa linha de raciocínio, a dignidade da pessoa humana não poderia ser compreendida como princípio, haja vista sua notada superioridade sobre os demais princípios (direitos fundamentais) que sempre deveriam ceder espaço para sua aplicação. Dessa forma, tal norma que a assegura, não se encaixa na compreensão de princípio definida pela mesma teoria, deixando sérias dúvidas sobre sua natureza jurídica: para uns, coerentemente, dever-se-ia falar em uma regra da dignidade da pessoa humana, para outros, através de uma saída criativa – porém não menos falaciosa -, equipara-se a dignidade da pessoa humana a um axioma constitucional, que assim como na matemática, representa uma ideia (pressuposta) que faz-se verdadeira independentemente de demonstração. Mas, partindo das noções afirmadas pela teoria constitucional majoritária – ainda que pesem as críticas feitas, bem como as incoerências internas a essa teoria -, com fortes heranças germânicas e bases axiológicas, a dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF/88) é erigida à condição de meta-princípio (sic). Por isso mesmo esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros (FERNANDES, 2013, p. 359-360).

Trata-se, a toda evidência, de severa crítica feita à aplicação jurisprudencial acrítica do conceito de dignidade humana, que merece, no mínimo, alguma atenção, de modo a que sejam evitados abusos teóricos e usos despropositados do conceito.

Mas para além da relevante crítica formulada por

Bernardo Gonçalves Fernandes, e para além de toda a controvérsia a respeito da natureza teórico-jurídica da dignidade humana, certo é que a mesma possui função integradora, a partir daquilo que podemos chamar de “hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana que serviria de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais” (SARLET, 2005 apud. FERNANDES, 2013, p. 361), mas de todo o sistema jurídico pátrio.

Recolocando o problema em outras palavras, a partir das duas premissas teóricas acima expostas, verifica-se que talvez a grande questão teórica seja: de um lado há um consenso acerca da necessidade de aplicação da dignidade da pessoa humana; de outro, contudo, não há uma delimitação clara de como se daria sua concretização e densificação. Daí porque se questionar: “seria a dignidade um conceito tão amplo e aberto, de tal modo, que qualquer prática seria justificável com base nela?” (FERNANDES, 2013, p. 362).

Dessa reflexão, bem como da leitura e estudo de algumas das decisões dos tribunais brasileiros – especialmente por meio da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -, verifica-se que aquela corte ainda não desenvolveu um entendimento sistematizado do que seja, efetivamente, a dignidade humana.

Não obstante, é possível se extrair algumas semelhanças (traços teóricos) mínimas das diferentes decisões, das quais se inferem parâmetros mínimos de aferição (vetores ou “dimensões”), cuja finalidade é se atribuir força normativa adequada à dignidade humana, até para que se evite da mesma se tornar fraca.

Tais traços teóricos colhidos da jurisprudência podem ser enumerados pelos seguintes itens: (a) não instrumentalização do ser humano, sendo lhe reconhecido como valor inato; (b) autonomia existencial do ser humano, sendo cada pessoa livre para

fazer suas escolhas essenciais de vida e agir de acordo com tais escolhas, desde que não correspondam à práticas ilícitas; (c) direito ao mínimo existencial, aqui compreendido em relação às condições básicas para a vida; e (d) direito ao reconhecimento, compreendido como a necessidade de que as singularidades e individualidades sejam respeitadas (FERNANDES, 2013).

A bem da verdade, facilmente se percebe que os traços acima explicitados são tão fluídos e de difícil conceituação quanto o da própria dignidade. Mesmo assim, possuem grande valia por corresponderem a premissas teóricas que sempre estarão (ou ao menos deveriam estar) presentes como ponto de partida da discussão.

A juridicidade do conceito de dignidade humana está, portanto, vinculada à sua compreensão enquanto valor (fundamento no qual se justifica os direitos fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito), norma (fundamento no qual se ampara o dever do Estado e dos particulares em respeitarem a dignidade dos indivíduos) e princípio (enquanto norma de alta largueza semântica e baixa densidade normativa, capaz de suportar a função integradora e interpretativa, e aferível pela ponderação).

Conforme sustenta Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 103), o princípio da dignidade da pessoa humana detém uma dimensão objetiva da qual se extrai a sua função instrumental integradora e hermenêutica, apresentando-se como parâmetro para a aplicação, interpretação e integração do ordenamento pátrio, sendo que o princípio “acaba por operar como critério material no âmbito especialmente da hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma interpretação sistemática” (SARLET, 2015, p. 103).

A partir dessa constatação que a realidade dos tribunais brasileiros cada vez mais começa a se deparar com situações fácticas que demandam a análise “valendo-se dignidade da pessoa

como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para solução das controvérsias” (SARLET, 2015, p. 103).

Em meio ao processo hermenêutico que objetiva à compreensão e resolução das controvérsias sob análise, certo é que se torna indispensável, ao menos em certa medida, a realização de um indissociável processo de hierarquização – sendo que aqui a dignidade é colocada frente a frente com outros princípios, bens ou valores jurídicos, sendo normalmente (senão sempre) tida como o princípio de maior hierarquia da nossa ordem jurídica (SARLET, 2015, p. 110-111).

Acerca dessa (inescapável) hierarquização de bens, Ingo W. Sarlet (2015, p. 111) bem pondera que:

Precisamente no âmbito dessa “função hermenêutica” do princípio da dignidade humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de dum dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo – aqui também afinados com o pensamento de Juarez Freitas – de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente ‘o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida’. Com isso, todavia, não estão evidentemente resolvidos todos os problemas e desafios, já que o recurso à dignidade da pessoa humana, para não resultar até mesmo em arbítrio (ou decisionismo como preferem alguns), não apenas pressupõe a compreensão do seu respectivo conteúdo (âmbito de proteção) e respectivas dimensões, como não dispensa o recurso a uma metodologia adequada e técnicas (critérios) de interpretação que assegurem a devida fundamentação e correspondente controlabilidade da decisão (SARLET, 2015, p. 111).

O desafio metodológico é atribuir à dignidade humana a normatividade que ela merece, sem, contudo, por meio dela (enquanto aporia meramente axiológica) fazer valer qualquer justificativa na tomada de decisão, assim zelando pela cientificidade do próprio direito. Noutras palavras, o problema não estaria em lançar mão do princípio da dignidade da pessoa humana para justificar ou fundamentar a decisão, extraindo dela as necessárias e legítimas consequências, “mas, sim, o modo pelo qual se

leva a efeito tal manejo nos casos concretos levados às barras dos tribunais” (SARLET, 2015, p. 111-112).

Sem que se pretenda incorrer em digressões teóricas tautológicas, buscar a exata compreensão do alcance e densidade do princípio da dignidade da pessoa humana parece ser algo urgente no cenário do direito contemporâneo, de características pós-positivistas e neoconstitucionalistas, o qual tem transformado o juiz em protagonista (ativista), inclusive reduzindo o caráter heterolimitador do Direito (ÁVILA, 2009).

Com efeito, se os princípios constitucionais – como o princípio da dignidade da pessoa humana - sempre devem ser levados em conta na tomada de determinada decisão, dada a sua abrangência, eles sempre poderão cumprir essa finalidade e, por consequência, parte substancial da normatividade do Direito é perdida.

Ademais, sendo os princípios aplicados, acriticamente, pela ponderação, e uma vez que não sejam “previamente conhecidos os critérios intersubjetivamente controláveis para a sua execução, reconhecíveis antes da adoção da conduta, somente depois do processo de ponderação é que se saberá o que *antes* deveria ter sido feito” (ÁVILA, 2009, p. 10).

Uma resposta preliminar – mas absolutamente acertada – ao problema é definida por Cristina Queiroz, ao afirmar que “faz parte da moderna teoria da interpretação determinar os fundamentos racionais da sentença decisória para que a partir desta a decisão possa ser controlável” (QUEIROZ, 2000, 341). Isso porque, a partir dessa noção, do juiz passa a ser exigível uma “vinculação à razoabilidade. O núcleo da decisão, o seu conteúdo normativo, não se encontra na conclusão (...) mas na opinião que conduziu esta” (QUEIROZ, 2000, p. 341).

A dignidade da pessoa humana não pode ser invocada para justificar qualquer situação, sob pena de banalizar o próprio instituto jurídico, bem como sob pena de cair em evidente contradição teórico-metodológica, ao ser usada por meio de uma

abordagem consequencialista do direito aplicável ao caso concreto.

Concatenando-se as informações, tem-se por conclusão parcial que: (i) a dignidade da pessoa humana corresponde a um conceito de larga e difícil delimitação e compreensão, seja por conta de sua construção histórica e filosófica, fortemente vinculada à noção existencial do ser humano; (ii) a sua dimensão jurídica é irrefutável, sendo que a doutrina e – principalmente – a jurisprudência têm contribuído para a aferição de critérios/elementos mínimos para a aferição e delimitação da dignidade da pessoa humana na análise dos casos concretos; (iii) o contexto neoconstitucionalista que estamos inseridos pode vir a dar azo à um ativismo injustificável do magistrado, que, numa abordagem consequencialista do caso, pode vir a lançar mão de fundamentação da “dignidade humana” para justificar qualquer decisão que pretenda proferir – mesmo que viole regras e outros princípios também consagrados no ordenamento jurídico.

A questão que talvez mereça reflexão teórica é no sentido de que, se por um lado é incontroversa a dificuldade conceitual da dimensão jurídica da dignidade humana, e que isso pode levar problemas interpretativos, por outro lado, qual(is) seria(m) a(s) melhor(es) respostas teórico-metodológicas propostas pela teoria do direito para a resolução do empasse.

E é nesse cenário que o pensamento de Viehweg, mesmo tendo sido escrito num período bem anterior a que se começasse a se falar em “Neoconstitucionalismo” e termos afins, parece ganhar ares de atualidade.

Isso porque, conforme brevemente descrito no item 2, a tópica jurídica passa a encarar o direito sob uma nova perspectiva, criando um novo método de interpretação constitucional, cujo ponto de partida é o próprio problema – caso concreto submetido à apreciação – e a solução é decorrente dele.

Nesse cenário, a tópica jurídica parece responder, em termos teóricos, de maneira satisfatória a falta de cientificidade do

direito pátrio analisado pelos tribunais. Com efeito,

Uma visão mais retórica (e tópica) do Direito pode levar ao questionamento do próprio paradigma lógico-formal de sua “cientificidade”, que tem a sua origem nas ciências naturais e continua influenciando fortemente as ciências humanas e sociais aplicadas. Na verdade, é difícil acreditar em uma “ciência do Direito” enquanto há cada vez mais decisões divergentes e até contraditórias tomadas pelos tribunais (até pelo STF e STJ), que, muitas vezes, julgam casos (quase) idênticos de forma diferente, com base nos mesmos textos legais. Em geral, a atuação diária dos operadores do Direito no Brasil é caracterizada pela falta de padrões hermenêuticos mais apurados e pela ausência de uma dogmática sofisticada que guie os intérpretes/aplicadores dos textos legais nos casos concretos (KRELL e KRELL, 2016, p. 245).

Ainda, a adoção da tópica jurídica como método capaz de lidar com as indeterminações conceituais da dignidade humana e suas aporias se apresenta como sólida e necessária, na medida em que a sua consideração como *tópoi* parece resolver o problema do desencaixe metodológico do conceito. Nesse sentido,

A relevância de tomar a dignidade humana em primeiro plano como tópos e não como ora princípio, ora regra, ora conceito indeterminado reside nas implicações com relação ao seu papel na construção do discurso jurídico. A assunção da dignidade humana como tópos implica também a aceitação de um modelo de argumentação jurídica orientado pelo problema, a partir do qual o tópos da dignidade humana poderá fornecer argumentos e meios persuasivos para o diálogo que se destina à obtenção da resposta mais plausível ao caso sob análise e se desenvolve no âmbito da racionalidade prática. No processo argumentativo, o tópos da dignidade humana é invocado pelas partes para que, a partir dele, elas possam construir argumentos – no âmbito da categoria retórica do *logos* – e se valer do seu conteúdo moral – no âmbito da categoria retórica do *ethos* – ou do seu impacto emocional – pelo uso da categoria do *pathos* como meios persuasivos (PINHO, 2016, p. 19).

O uso de um sentido de dignidade humana se dá a partir de uma construção cultural e histórica, seja qual for a aplicação

do *tópos* do vocábulo, sendo certo que o seu uso – fruto de fatores históricos – contribui para a consolidação, expansão e/ou modificação do uso do conceito (PINHO, 2016). Nesse sentido,

a característica “habitualidade” (Habitualität) constitutiva do *tópos* destaca a sua faceta como um padrão de consciência internalizado pela sociedade, que se manifesta no seu hábito linguístico e comportamental. Esta característica refere-se ainda ao modo como a auto compreensão de uma sociedade se determina por via de suas tradições e convenções. O *tópos*, assim, reúne em si, na forma e no conteúdo, os hábitos consolidados de uma certa sociedade. Com relação à dignidade humana, esta característica do *tópos* é bastante evidente desde o fim da Segunda Grande Guerra Mundial. A partir de então, o eixo da auto compreensão da sociedade internacional foi deslocado do Estado para a dignidade de seus cidadãos a ponto de pautar o discurso e o comportamento dos indivíduos, das instituições e dos atores internacionais. A “potencialidade” (Potentialität), por sua vez, destaca a qualidade do *tópos* como ponto de vista que pode ser usado nas mais diversas discussões concretas orientadas pelo problema e que permite diferentes maneiras de construção de argumentos. Assim, o atributo da potencialidade enfatiza a possibilidade de em uma discussão os participantes empregarem o mesmo *tópos* para a elaboração de argumentos conforme a perspectiva adotada por cada um deles. Não há no *tópos* uma limitação a priori para o seu emprego como fonte de argumentos em um debate. Pelo contrário, o *tópos* é dotado de um potencial de criação de argumentos que não pode ser mensurado de antemão (PINHO, 2016, p. 20-21).

Aprofundando a explanação acerca da característica “potencialidade” presente na dignidade humana, a autora afirma que mesmo em temas controversos é possível se perceber a sua presença nos diferentes discursos judiciais. Nesse sentido, “em um mesmo debate é possível que, invocando-se este mesmo *tópos*, construam-se argumentos que são completamente antagônicos entre si. E esses, a princípio, são plausíveis” (PINHO, 2016, p. 21).

O último atributo apresentado pela autora acerca do conceito de dignidade humana é o atributo da intencionalidade, também marcado por ser uma característica estruturante do *topos*,

responsável por ressaltar que sua função não é gerar quaisquer espécies de efeitos indistintos, mas, sim, tão somente “efeitos precisos em um debate dialético-retórico orientado pelo problema. Assim, esta característica pressupõe as duas acima mencionadas – habitualidade e potencialidade – mas dá um passo além” (PINHO, 2016, p. 21). Com efeito,

O *tópos* não consiste apenas em um padrão consolidado através da tradição e convenções sociais e linguísticas, tampouco em um ponto de vista aplicável a qualquer discussão. A estas duas qualidades do *tópos* soma-se o fato de que o *tópos* aponta para um determinado horizonte de compreensão construído pelo modo em que a sociedade pensa e se comporta (PINHO, 2016, p. 21).

Ou seja: é a prática social que constrói o arcabouço valorativo dos diversos argumentos – até mesmo antagônicos – gerados pela dignidade humana.

O quarto atributo do *topos* – a saber, a característica da “simbolicidade” – evidencia a capacidade, a depender da situação em que é empregado e do agente empregador, “tomar a forma mais apropriada para os usuários de determinado setor da sociedade” (PINHO, 2016, p.22), mormente porque cada grupo concretiza o *tópos* de um modo particular, não havendo que se cogitar de um conjunto único usado indistintamente por todos os grupos sociais.

Exemplificando o argumento em relação ao próprio conceito ora debatido – dignidade humana – é certo que embora os filósofos também se atenham ao estudo e teorização do conceito, a toda evidência o seu emprego na seara filosófica é distinto daquele praticado no âmbito jurídico, especialmente no âmbito da *práxis* dos tribunais. Ou seja, “o que se altera, de acordo com estes diferentes ambientes e atores, são as especificidades de tratamento por cada um dos grupos e o destaque com mais ou menos ênfase a um ou outro aspecto do *tópos*” (PINHO, 2016, p. 22)

As quatro características que demarcam um *tópos* (habitualidade, potencialidade, intencionalidade e simbolicidade)

traduzem um caráter ao mesmo tempo estático – haja vista que é resultante de práticas sociais, localizadas historicamente, que são essenciais à significação e compreensão do conceito – e dinâmico – haja vista que os *tópos* “representa uma fonte inesgotável de argumentos que, no embate argumentativo, pode, inclusive, ser a causa de modificação de seus significados até então consolidados” (PINHO, 2016, p. 22).

5 CONCLUSÃO

Este breve ensaio pretendeu fazer uma breve introdução ao pensamento de Theodor Viehweg e sua tópica jurídica, tentando traçar paralelos de contemporaneidade à teoria lançada pelo pensador alemão.

Ainda, pretendeu sintetizar as discussões teóricas que envolvem as dimensões da dignidade da pessoa humana, especialmente no que tange à sua dimensão jurídica (e consequente e aplicabilidade enquanto norma e/ou parâmetro interpretativo).

Dadas as tormentosas dificuldades semânticas e valorativas que o vocábulo expõe, e somando-se a isso as incertezas e possíveis exageros cometidos pelos juízes atuantes num contexto de ativismo e fragilidade metodológica estimulados pelo Neoconstitucionalismo, a tópica jurídica se apresenta como a teoria ideal para lidar com o problema da juridicidade da dignidade humana.

Isso porque ela inverte a lógica dedutiva (ainda hoje) dominante - de se passarem das premissas à conclusão, como forma de resolução de dado problema –, estabelecendo-se, destarte, um critério que ao mesmo tempo seja apto a lidar de maneira satisfatória com a justiça do caso concreto, mas que também seja metodologicamente sólido para realizar uma abordagem cujo ponto de partida sejam os próprios *tópoi*, estabelecidos por meio do consenso (“lugar comum”).

Daí porque a descrição analítica da dignidade da pessoa

humana enquanto *tópoi* é convincente para justificar a possibilidade de sê-la assim considerada, bem como para justificar a utilização da tópica jurídica enquanto método que melhor trabalha com o arquétipo conceitual de tamanha vagueza e imprecisão semântica, com o intuito de colher do mesmo a máxima juridicidade (normatividade) possível e, assim, promover os direitos fundamentais que se fundamentam justamente naquela noção de dignidade humana.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”: *entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 06 jul. 2018.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- KRELL, Andreas Joachim e KRELL, Olga Jubert Gouveia. *A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade*. In.: Revista Quaestio Iuris, vol. 09, nº 01, Rio de Janeiro, 2016, p. 244-271. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18744/15782>. Acesso em.: 26 jul.2018, às 17h28min.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.
- MARQUES, Mário Reis. *A dignidade humana*

- como prius axiomático*. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 541-566.
- PINHO, Fabiana Oliveira. *Tópica e Argumentação Jurídica: considerações sobre a dignidade humana como tópos*. In: I CONGRESO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO, 2016, Alicante. I CONGRESO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO, 2016. Disponível em: < [http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/T%C3%93PICA%20E%20ARGUMENTA%C3%87%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA_CONSIDERACOES%20SOBRE%20A%20DIGNIDADE%20HUMANA%20COMO%20TOPOS%20\(Fabiana%20Pinho\).pdf](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/T%C3%93PICA%20E%20ARGUMENTA%C3%87%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA_CONSIDERACOES%20SOBRE%20A%20DIGNIDADE%20HUMANA%20COMO%20TOPOS%20(Fabiana%20Pinho).pdf) >. Acesso em 23 jul. 2018, às 17h34min.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da Construção Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 09 – jan/jun. 2007, p. 361-388. Disponível em: < <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137> >. Acesso em 26. Jul 2018, às 22h47min.
- SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em 25 jul. 2018,

às 19h45min.

- SZYNWELSKI, Cristiane. *Tópica Jurídica: solução ou problema?* In.: Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 67-73, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1026/1191>. Acesso em 25 jul. 2018.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.