

**FACULDADES DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

SONIA DO CARMO GROBÉRIO

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
CONCEPÇÃO E DIMENSÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

**VITÓRIA
2005**

SONIA DO CARMO GROBÉRIO

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
CONCEPÇÃO E DIMENSÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdades de Vitória como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor Francisco Vieira Lima Neto.

VITÓRIA

2005

SONIA DO CARMO GROBÉRIO

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
CONCEPÇÃO E DIMENSÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdades de Vitória como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE na área de concentração em Direitos Constitucionais Fundamentais.

Aprovada em 30 de setembro de 2005

COMISSÃO EXAMINADORA

FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO - ORIENTADOR

SILMARA JUNY DE A. CHINELATO E ALMEIDA - MEMBRO

ERLY EUZÉBIO DOS ANJOS - MEMBRO

À minha Mãe Minelina e aos meus irmãos Stephenson, Fernando, Luiz e Geraldo, pela paciência e incentivo.

Especialmente à memória de meu pai, um exemplo de coragem ao enfrentar as dificuldades da vida. Sempre me apoiou em tudo e, mesmo não estando mais entre nós, certamente está muito feliz e orgulhoso por esta conquista.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força e persistência que me foi concedida para que, nos momentos difíceis, seguisse em frente e vislumbrasse o encerramento desse trabalho com êxito, vencendo os obstáculos, tornando tudo possível.

A Rogério, pelo companheirismo, atenção e carinho. Apesar de algumas divergências de opinião, com certeza as correções minuciosas realizadas, bem como as sugestões, fizeram muita diferença na elaboração desse trabalho.

Aos meus amigos pela compreensão de minha ausência em muitos momentos. Meu carinho e gratidão por vocês certamente não cabem nessas palavras.

Aos meus colegas do Mestrado pela convivência saudosa e o incentivo durante o cumprimento dos créditos, bem como na fase de realização da pesquisa. Os questionamentos sobre o término da dissertação contribuíram para sua conclusão.

Aos professores do Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Vitória, pela dedicação e seriedade nos ensinamentos ministrados, os quais contribuíram muito para a escolha do tema.

Ao meu orientador, professor Francisco Vieira Lima Neto pelo incentivo, valiosa colaboração e apoio em todas as fases de realização deste trabalho, principalmente quanto às críticas e sugestões, o que permitiu a definição do caminho a seguir. Seu conhecimento sobre o tema e maneira de conduzir a orientação influenciou muito no desenvolvimento do texto, o que pode ser identificado em algumas abordagens.

“A exclusão em sua dimensão profunda não é carência de bens materiais, mas de dignidade humana. Portanto, a cultura do dar se estende também (e necessariamente) à dimensão econômica, mas atinge sobretudo, o nível do ser. Ela restitui a dignidade à pessoa excluída, através da participação, do exercício da cidadania, do acesso à democracia, do reconhecimento do seu valor como pessoa, como grupo, como cultura, na sua diversidade.”

Constanzo Donegana in **Eles, os excluídos, superando a
apartação social com a comunhão**. São Paulo: Cidade Nova,
1995, p. 83.

RESUMO

A dignidade da pessoa humana vem sendo considerada pelos doutrinadores como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e, apesar da constitucionalização do termo, existe muita discussão na doutrina e jurisprudência em torno do seu conteúdo e significado para a ordem jurídica. Objetiva-se abordar a concepção e a dimensão jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana, estabelecendo uma relação entre a doutrina e sua aplicabilidade nas decisões dos tribunais superiores brasileiros, considerando as seguintes hipóteses: o princípio da dignidade da pessoa humana não é invocado com o grau de normatividade que lhe foi conferido pela Constituição; os diversos conceitos existentes sobre o tema prejudicam o seu entendimento e acarretam o não reconhecimento da abrangência de sua proteção; a relação do princípio com os direitos fundamentais é intrínseca e, apesar de ser um bem jurídico autônomo, na prática, sua aplicabilidade torna-se subsidiária, sendo invocado apenas para a concretização dos direitos fundamentais; o princípio da dignidade da pessoa humana nem sempre tem primazia e pode ser mitigado; as decisões judiciais que se referem à dignidade da pessoa humana são muito diversificadas. A pesquisa bibliográfica foi realizada na doutrina e a pesquisa documental na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, através das decisões proferidas no período de 1996 a 2005, ambas relacionadas à dignidade da pessoa humana. Resultaram da pesquisa uma diversidade de conceitos e indefinição do termo dignidade da pessoa humana, destacando as excessivas valorações filosóficas de algumas concepções doutrinárias existentes. Foi evidenciada a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais e a existência da possibilidade de sua relativização através da análise dos casos concretos. As decisões judiciais são bastante variadas e a dignidade da pessoa humana, é invocada como princípio, subprincípio ou regra. Verifica-se ainda, nas decisões judiciais, que a dignidade da pessoa humana não é aplicada autonomamente, estando sempre vinculada aos direitos fundamentais, não sendo reconhecida a força normativa do princípio conferida pelo ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Dignidade da pessoa humana. Constitucionalização. Princípios. Regras. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The dignity of the human being has been considered by indoctrinators as an intrinsic and nondissociable quality of any and all human beings and, in spite of the constitutionalization of the term, there is much discussion in the doctrine and in the jurisprudence concerning its content and meaning for the judicial order. The aim of this paper is to discuss the judicial-constitutional conception and the dimension of the dignity of the human being, establishing a relationship between the doctrine and its applicability in the decisions of the Brazilian high courts, considering the hypotheses: The principle of the dignity of the human being is not invoked with the degree of normativity that it was granted by the constitution. The relationship of the principle with the fundamental rights is intrinsic and, in spite of being rather juridical autonomous, in practice its applicability becomes subsidiary, being invoked only for the concretization of the fundamental rights. The principle of the dignity of the human being seldom has priority and may be mitigated; The judicial decisions related to the dignity of the human being are very diversified. The bibliographic research was carried out in the doctrine and the documental research in the jurisprudence of the Supreme Court of Brazil and in the Superior Court of Justice by means of rulings or decisions issued in the period from 1996 to 2005, with reference to the dignity of the human being. From the research resulted a diversity of concepts and indefiniteness of the term dignity of the human being, standing out the excessive philosophical valuations of the existing doctrinal conceptions. It became evident that the dignity of the human being as an essential nucleus of the fundamental rights and the existence of the possibility of its relativization by means of the analysis of the concrete cases. The judicial decisions are rather varied and the dignity of the human being is invoked either as a principle, sub-principle or rule. It is also found in the judicial decisions that the dignity of the human being is not applied autonomously, always being linked to fundamental rights, and the normative force of the principle granted or conferred by the judicial order is not recognized.

Key words: Dignity of the human being. Constitutionalization. Principles. Rules. Fundamental Rights.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIN - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

Ag - Agravo

Agl - Agravo de Instrumento

AgReg - Agravo Regimental

AIDS - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

Art. - Artigo

BGB - Código Civil Alemão

CC - Código Civil

CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

CPM - Código Penal Militar

Des.- Desembargador

DJ - Diário da Justiça (Brasília)

DNA - Ácido Desoxirribonucléico

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

FCVS - Fundo de Compensação de Variações Salariais

FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

HC - Habeas Corpus

HIV - Vírus Imunodeficiência Humana (inglês)

Inc - Inciso

Min - Ministro

MS - Mandado de Segurança

ONU - Organização das Nações Unidas

RDA - Revista de Direito Administrativo

RE - Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

RIP - Revista de Interesse Público

RTDC - Revista Trimestral de Direito Civil

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	13
2 GÊNESE E DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	22
3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	34
3.1 FASES DO CONSTITUCIONALISMO E O CONCEITO IDEAL DE CONSTITUIÇÃO.....	35
3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO DE OUTROS POVOS.....	43
4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	49
4.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....	57
4.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FONTE.....	69
4.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO UNIDADE AXIOLÓGICA.....	71
4.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	73
5 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E CONCEPÇÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	80
5.1 CONCEPÇÃO INATA, CONCEPÇÃO PRESTACIONAL e PROMOCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	84
5.2 CONCEPÇÃO INSULAR DA PESSOA HUMANA E CONCEPÇÃO À LUZ DA NOVA ÉTICA.....	89

6 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	97
6.1 RELAÇÃO INTRÍNSECA E NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	100
6.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CONFLITO DE PROTEÇÃO....	106
6.1.1 Ponderação de Interesses	108
6.1.2 Caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana	112
7 APLICABILIDADE PRÁTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	116
7.1 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	119
7.2 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	130
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	141
9 REFERÊNCIAS.....	145

Dados de Catalogação – na – publicação (CIP)
(Biblioteca da Faculdades de Vitória , ES, Brasil)

Grobério, Sonia do Carmo,
Dignidade da pessoa humana: concepção e dimensão jurídico-
constitucional/ Sonia do Carmo Grobério. - 2005
153 f.

Orientador: Francisco Vieira Lima Neto.
Dissertação (mestrado) – Faculdades de Vitória – ES.

1. Direito Constitucional. 2. Dignidade da pessoa humana. 3. Direitos
fundamentais. I. Neto, Francisco Vieira Lima. II. Faculdades de Vitória.
III. Título.

CDU: 342

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“O fim é sempre a futura humanidade ‘libertada’.¹ Nesse objetivo ainda continua vivo, em sua última diluição e abstração, o velho ethos da dignidade humana. A superação definitiva de um ethos é um processo que dura séculos, porque está vivo na língua e suas valorações, nos ditames do direito e da moral, a que até hoje, com exceção da fina flor dos nazistas, só poucos foram capazes de subtrair-se inteiramente. Mas ainda está em jogo apenas uma sombra do velho ethos, que se dilui, por fim, na sua definitiva funcionalização pela idéia da ‘libertação’, convertendo-se no seu contrário”.²

O valor da pessoa humana possui gênese no pensamento clássico e na ideologia cristã e contribuiu muito para o significado atual da dignidade da pessoa humana.³ Na Declaração Universal dos direitos de 1948, considerada um marco do processo de reconstrução dos direitos humanos, foi acolhido o valor da primazia da pessoa humana, o que influenciou, posteriormente, na consideração do ser humano como centro e fim do direito. Essa tendência ocorreu de maneira ascendente na medida em que foi sendo incluída e positivada, no constitucionalismo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana.

A constitucionalização é recente e foi iniciada através do pensamento de Hannah Arendt⁴, que é extremamente representativo das razões históricas que culminaram na constitucionalização da dignidade da pessoa humana em vários países do mundo. Para a sua constitucionalização, não houve a construção de um projeto detalhado e muitas concepções foram definidas ao longo do curso da história e até hoje não foi plenamente entendida a expressão *dignidade da pessoa humana* de forma unânime.

¹ As expressões “libertada” e “libertação” são utilizadas no sentido do iluminismo político que significa a vitória sobre a injustiça. Ver KRIELE, Martin. **Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem**. São Paulo: Edições Loyola, 1983, p. 9.

² Ibid., p. 36.

³ Nesse sentido, ver: SARLET, Ingo, W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 30.

⁴ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, passim.

O primeiro registro da constitucionalização da dignidade da pessoa humana foi encontrado na Constituição da Alemanha de 1949, considerada um referencial para os demais países que, principalmente após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, fizeram-na constar em suas constituições.

A dignidade da pessoa humana foi tratada pela primeira vez na história das constituições brasileiras na Carta de 1988, e foi aposta na parte inaugural do texto, antecedendo os direitos fundamentais, como princípio. Dessa forma, o constituinte demonstrou claramente que a intenção foi conferir aos princípios a função de normas que embasam toda a ordem constitucional, sendo reconhecido como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

A dignidade vem sendo considerada pelos doutrinadores como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e é justamente por isso que o Estado e o Direito, pelo menos teoricamente, têm como objetivo freqüente a busca pelo seu respeito e proteção. Apesar disso, o tema é polêmico, devido à discussão em nível doutrinário e jurisprudencial em torno do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana para a ordem jurídica.

Como exemplo da diversidade de interpretação do termo *dignidade da pessoa humana*, temos que, às vezes ele é tratado como *princípio de valor absoluto*, como *critério de interpretação*, como *direito fundamental*, como *direito ao desenvolvimento da personalidade humana* ou ainda como *referência filosófica sem normatividade*.⁵ Registramos ainda que a doutrina e a jurisprudência, em alguns casos, agrupam dois ou mais desses sentidos da dignidade da pessoa humana e os aplicam de forma mista sem estabelecer critérios ou qualquer relação entre eles, o que pode muitas vezes acarretar em ambigüidades.

⁵ Sobre a diversidade de interpretação, ver: SANTOS, Fernando F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos, 1999, p. 32; NUNES, R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45; SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais constitucionais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38-43. BARCELLOS, A. P. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106-121, dentre outros.

Embora se tenha a consciência de que a proteção e promoção da dignidade são primordiais para a existência humana, com certeza o problema não reside apenas na questão da definição e entendimento do significado da dignidade da pessoa humana. Apenas uma compreensão do seu conteúdo e significado é insuficiente para se detectar a diversidade de sentidos na sua aplicabilidade prática. Dessa forma, é necessário ir além, realizando, paralelamente à abordagem do conceito e do significado da dignidade da pessoa humana, uma análise quanto à identificação de como o termo foi incluído no texto constitucional.

É necessário também verificar a dinâmica das práticas jurídicas sobre o tema, bem como o relacionamento da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. Nesse aspecto, é importante abordar a dignidade da pessoa humana em questões concretas de ponderação de interesses, analisando se existe a sua prevalência como valor absoluto ou se pode ser relativizada.

A relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais atualmente se limita ao entendimento do reconhecimento e da importância da vinculação existente entre eles. Passa despercebido que, muitas vezes, a concretização da dignidade da pessoa humana se dá através do direito fundamental reclamado. Verifica-se que, dotada de caráter universal, a dignidade da pessoa humana é tanto o fundamento quanto o fim dos direitos fundamentais, para os quais funciona como paradigma e por meio dos quais aflora concretamente, revelando assim uma relação *sui generis*⁶ entre ambos.

Em relação ao conflito de proteção e à ponderação de interesses, temos que a expressão “proteção pela dignidade” é utilizada quando se refere à função do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto dos limites dos direitos fundamentais. Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se destaca, pois o conteúdo em dignidade da pessoa humana fica identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou ainda, considera-se que o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições.

⁶ SARLET, Ingo.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais constitucionais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 106-107.

Além disso, é importante verificar quais direitos fundamentais possuem efetivamente um conteúdo em dignidade da pessoa humana. Mesmo se fosse admitido que todos os direitos fundamentais possuíssem pelo menos um conteúdo mínimo de dignidade, não se saberia ao certo qual seria exatamente este conteúdo e se ainda poderá coincidir com o núcleo essencial do direito fundamental.

Salienta-se que, para o princípio da dignidade da pessoa humana se concretizar, exige-se um trabalho de modelação para se adaptar ao caso concreto. A exigência desse trabalho se dá porque é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra, pois alguma coisa da dignidade de uma pessoa poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade de outra. Nesse caso, surge a ponderação de valores ou ponderação de interesses que é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos.

A dignidade da pessoa humana, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, entretanto, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Entretanto, isso não afasta a possibilidade de eventual relativização da dignidade, pois a realidade da vida nos oferece situações em que dificilmente não surgirá um conflito envolvendo a dignidade das pessoas.

Embora haja relevância no assunto, não existe ainda uma uniformidade na doutrina quanto ao caráter relativo ou absoluto da dignidade. E mesmo que seja reconhecida a possibilidade de alguma relativização da dignidade da pessoa humana, não pode ser desconsiderada a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, havendo necessidade de se definir o que seria esse núcleo.

Assim, o problema norteador da presente dissertação foi a constatação de que, apesar da constitucionalização da dignidade da pessoa humana, sua conceituação e entendimento são muito polêmicos e muito discutidos na doutrina e jurisprudência. Tem-se também que raramente a dignidade da pessoa humana é invocada nas decisões judiciais com o grau de normatividade que lhe foi conferido pelo

ordenamento jurídico e, além disso, nem sempre é observada sua importante relação com os direitos fundamentais.

Sendo a dignidade da pessoa humana norteadora dos direitos previstos na Constituição Brasileira, e visando contribuir para a reflexão sobre o tema, indagou-se:

- Qual a gênese e desenvolvimento desse termo?
- Como se deu a sua constitucionalização no direito de outros povos e no Brasil?
- Como tem sido conceituado pela doutrina e quais as concepções existentes?
- Como está vinculada a *dignidade da pessoa humana* aos direitos fundamentais?
- Nas questões que envolvem a ponderação de interesses, a *dignidade da pessoa humana* é considerada com primazia?
- Como tem sido a aplicabilidade da *dignidade da pessoa humana* na jurisprudência?

Finalmente, como último motivo para o interesse pelo tema, além de verificar que existem ainda poucos estudos sobre ele, soma-se o fato da autora dessa dissertação ter realizado a leitura do texto intitulado “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana” de autoria do Professor Antônio Junqueira de Azevedo.⁷

O referido texto despertou a atenção, pois o autor faz uma abordagem inovadora sobre o assunto, apresentando duas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à sua dignidade, que são: a concepção insular da pessoa e a concepção própria de uma nova ética, as quais serão abordadas ao longo do trabalho.

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v.9, p. 03-34, jan/mar.2002.

Em função da justificativa, dos interesses e dos problemas apresentados, foram definidos os demais elementos abaixo:

- **Objeto de análise**

Dignidade da pessoa humana – origem, constitucionalização, concepção e análise da relação entre a doutrina e a jurisprudência no ordenamento jurídico.

- **Tema**

Dignidade da pessoa humana

- **Objetivos**

- **Geral**

Estabelecer a relação da doutrina sobre a *dignidade da pessoa humana* e sua aplicabilidade nas decisões dos tribunais superiores brasileiros, bem como sua vinculação aos direitos fundamentais, buscando analisar sua concepção e dimensão jurídico-constitucional.

- **Específicos**

Pesquisar a gênese e o desenvolvimento do termo *dignidade da pessoa humana*;

Detectar, na doutrina, várias concepções do termo *dignidade da pessoa humana*;

Verificar como o termo foi constitucionalizado e como está previsto no Direito de outros povos e na Constituição Brasileira;

Verificar qual a relação entre a *dignidade da pessoa humana* e os direitos fundamentais.

Diagnosticar se a *dignidade da pessoa humana* possui valor absoluto ou pode ser relativizada;

Verificar como o termo vem sendo utilizado na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, após a Constituição Brasileira de 1988.

• Hipóteses

1ª – Apesar dos avanços das pesquisas sobre o tema e de sua relevância histórico-cultural, existem muitas divergências na ordem jurídica quanto ao conceito e concepções da *dignidade da pessoa humana*, o que prejudica o seu entendimento e acarreta o não reconhecimento da abrangência de sua proteção.

2ª – Além de ser um bem jurídico autônomo a *dignidade da pessoa humana* e os direitos fundamentais possuem intrínseca vinculação. Este liame é tão reconhecido que, na prática, sua aplicabilidade torna-se subsidiária, sendo invocado apenas para a concretização dos direitos fundamentais.

3ª – A *dignidade da pessoa humana* nem sempre tem primazia e pode ser mitigada ou relativizada nos casos de ponderação de interesses.

4ª – Quanto à aplicabilidade da *dignidade da pessoa humana*, verifica-se que, além de ainda não ter alcançado o grau de normatividade que lhe foi conferido no sistema constitucional, é invocado em decisões diversificadas.

• Metodologia

A pesquisa enquadra-se, principalmente, como exploratória, uma vez que visa buscar informações a partir do problema apresentado e dos objetivos definidos sobre o tema. Como pouco se conhece sobre o tema, partiu-se de uma pesquisa mais ampla, sendo que esta pode também servir de base para a formulação de novos problemas.

Quanto aos procedimentos técnicos de coleta e análise de dados, a pesquisa é classificada em bibliográfica e documental, bem como fundamenta-se em concepções adquiridas através das referências bibliográficas das disciplinas do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais, realizado na Faculdade de Direito de Vitória.

A pesquisa bibliográfica sustentou teoricamente os dados coletados em documentos e doutrina diversa sobre o tema. A pesquisa documental foi realizada em registros e documentos oriundos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que continham informações sobre as decisões judiciais que utilizaram a expressão “dignidade da pessoa humana”.

Para o alcance dos objetivos estabelecidos e a comprovação ou não das hipóteses levantadas, o desenvolvimento da presente dissertação foi estruturada em capítulos, na forma que segue.

O primeiro capítulo traz, em linhas gerais, as considerações iniciais sobre o tema, onde são apresentados os objetivos gerais e específicos, as hipóteses e a metodologia, bem como as justificativas para a escolha do tema.

No segundo capítulo, faz-se uma apresentação do surgimento e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana desde o Cristianismo até o período da II Guerra Mundial, cujos registros históricos mostram grande influência no entendimento e definição do termo.

No terceiro, o alvo da abordagem é a constitucionalização da *dignidade da pessoa humana* no Direito de outros povos. Nesse capítulo, é destacado o pioneirismo da Constituição Alemã, que serviu de referência para outros países, tais como Portugal, Espanha, França, Brasil.

No quarto capítulo, o enfoque é centrado na inclusão da *dignidade da pessoa humana* no constitucionalismo pátrio, onde se faz uma abordagem da posição conferida à dignidade da pessoa humana na Carta Magna, com enfoque para princípio constitucional fundamental, valor-fonte, unidade axiológica e a relação com o mínimo existencial.

No quinto capítulo, é feita uma abordagem sobre conceitos e concepções doutrinárias diversas da expressão “dignidade da pessoa humana”. Dentre as concepções existentes, optamos por dar enfoque à concepção inata, concepção promocional e prestacional, concepção insular, concepção à luz da nova ética.

No sexto capítulo, é apresentada a relação da *dignidade da pessoa humana* com os direitos fundamentais, considerando a dignidade como bem jurídico autônomo ou vinculado aos direitos fundamentais. Nessa abordagem, é verificada a ponderação de interesses na colisão de princípios e ainda a primazia e relativização da dignidade da pessoa humana.

Finalmente, no sétimo capítulo, são elencadas algumas questões fáticas sobre a *dignidade da pessoa humana*. Inicialmente, destacamos o termo nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, verificamos qual a modalidade de norma jurídica utilizada para *dignidade da pessoa humana* e, ainda, observamos se as decisões judiciais desses tribunais superiores são correlatas às concepções e conceitos existentes na doutrina.

2 GÊNESE E DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

“Finalmente, pareceu-me ter compreendido por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual, enfim, a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos mundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado”.⁸

Embora fazendo apenas uma abordagem genérica, inicialmente, antes de analisarmos mais detalhadamente a dimensão jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana, falaremos sobre a origem e o desenvolvimento da expressão, na tentativa de oferecer um entendimento quanto a seu conceito, bem como a justificativa de sua positivação.

O valor essencial do ser humano tornou-se um consenso teórico do mundo contemporâneo. Embora, muitas vezes, a expressão se restrinja ao discurso e possua diversas concepções, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem em si mesmo, é hoje um “axioma da civilização ocidental.”⁹ A utilização da expressão “dignidade da pessoa humana” juridicamente no mundo do direito só foi incorporada recentemente, passando a ser utilizada de forma quase unânime por diversos países. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana foi gradativo, como pode ser verificado em vários registros encontrados em nossa história, onde muitas civilizações utilizaram da expressão por consideração à pessoa humana.¹⁰

Coube ao pensamento cristão, fundado na fraternidade, provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos. Este pode ser considerado

⁸ MIRANDOLA, Giovanni P. D. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução Luiz Feracine. São Paulo: GRD, 1988, p. 49-51.

⁹ BARCELLOS, A. P. Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 221, p. 159, Jul. 2000.

¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v.9, p. 03, jan/mar. 2002.

o primeiro grande momento de criação da noção de dignidade humana. Encontramos, no Antigo e no Novo Testamento, referências de que todos os homens foram concebidos à imagem e semelhança de Deus (Gênesis 1, 26 -27)¹¹, sendo extraído desse ensinamento que o ser humano possui um valor intrínseco, não podendo ser “coisificado”.¹²

Nesse contexto, observa-se que Cristo-Deus-Homem, segundo as doutrinas religiosas cristãs, coloca sua missão evangelizadora como a de reabilitação e revalorização do homem, qualquer que seja ele, independente de nobreza, posses e qualidades. Como conseqüência desse pensamento, ocorre grande mudança na reflexão filosófica, pois ele representa uma igualdade inata entre todos os seres humanos e não somente entre os escolhidos, pois Deus não faz distinções, todos merecem respeito e consideração mútua.¹³

Embora não expresso no Livro Sagrado dos Cristãos o termo “dignidade”, a concepção de ser humano prevista nas escrituras contribuiu para a construção do conceito, bem como para sua inclusão na ordem jurídica de diversas nações. Assim a humanidade ocidental passou a identificar como expressão de respeito à dignidade, a igualdade entre todos os seres humanos e, conseqüentemente, apesar das inúmeras diferenças existentes entre eles, como igual universalmente.

Comentando sobre a origem da dignidade humana, ressalta Peces-Barba¹⁴ que o surgimento da idéia da dignidade humana ocorreu na Grécia e tem uma vinculação com as características do homem como um ser político, pois,

En Grécia surge, como el principio de una nueva estimación del hombre, que no se aleja mucho de la idea difundida por el Cristianismo sobre el valor infinito del alma individual humana, ni del ideal de la autonomía espiritual del individuo proclamado a partir del Renacimiento. [...] Y como hubiera sido posible la aspiración del individuo al más alto valor y su

¹¹ BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de Padre Matos Soares. Rio de Janeiro: Gamma Editorial.

¹² SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30.

¹³ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-8.

¹⁴ PECES-BARBA, Gregório M. Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y política). **Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”**, Universidad Carlos III, Madrid, nº 11, p.9, 1999.

reconocimiento por los tiempos modernos, sin el sentimiento griego de la dignidad humana? En efecto, en el origen está la dignidad humana, pero no de unos pocos elegidos, sino la de todos y esa idea está ya en su raíz, en la afirmación fundamental de la cultura griega de que la humanidad, el ser del hombre, se hallaba esencialmente vinculado a las características del hombre, considerado como un ser político.

Com o surgimento do movimento iluminista¹⁵, a sua crença na razão humana foi responsável por deslocar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem. Essa crença faz sobressair o caráter único do ser humano, a racionalidade que o distingue dos demais seres. É através da racionalidade que o ser humano vai buscar sua liberdade, bem como construir o seu próprio destino. Apesar da idéia acerca da dignidade humana ter sido manifestada na declaração a favor de uma inalienável obrigação para com o homem, os iluministas mantiveram a tradição da cultura religiosa e política da época, quando se expressaram sobre o conceito da dignidade humana, como mostra Martin Kriele¹⁶

Para os iluministas do século XVIII, continuava a vibrar no conceito da dignidade do homem o resquício de uma lembrança religiosa, de uma idéia de que o homem é um ser eterno, indestrutível em sua condição espiritual, cuja vida aqui na terra possui um sentido que transcende tudo o que é terreno.

Quanto aos iluministas, acrescenta o referido autor que a noção dos direitos do homem já foi resumida por eles na expressão “dignidade humana”. Atualmente ainda é concebida dessa forma nas diferentes declarações e pactos acerca dos direitos humanos, sendo entendido que o eixo e o centro do iluminismo político¹⁷ foi

a dignidade humana, pois, esta é precisamente a razão por que em geral existe uma obrigação para com o homem. A palavra exprime que o homem

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

¹⁶ KRIELE, Martin. **Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem**. Tradução S.A. São Paulo: Edições Loyola, 1983, p. 53.

¹⁷ Iluminismo político segundo Martin Kriele trata da combinação entre o realismo e solidariedade, pois o princípio do iluminismo faz valer uma exigência intelectual e uma exigência moral. Intelectualmente, trata-se das condições concretas reais, sob as quais essa exigência pode ser realizada. Moralmente, a realização dessas condições supõe solidariedade e engajamento.

deve ser entendido também, mas não só, no sentido “naturalista” e que, por esse motivo, não pode ser objeto da atividade como as demais coisas da natureza. Ao contrário, sempre deve ser respeitado como sujeito. Do ponto de vista político, resultou dessa concepção a exigência da liberdade como condição da possibilidade de que cada homem pode desenvolver igualmente suas melhores faculdades. O princípio supremo do iluminismo político soava, pois, assim: *Todo homem tem direito igual à liberdade e à dignidade humana.*

O conceito da dignidade humana como é citado por Martin Kriele¹⁸, possui um tom singularmente sério, uma dimensão de profundidade que muitas vezes permanece incôscia, pois os iluministas, quando se referiam à dignidade, a trataram como sendo de “todo aquele que traz um rosto humano”. Comenta o autor que “Esta abstração é um corpo estranho e singular no mundo hodierno do pensamento marcado pela racionalidade, de certo modo, um bloco errático de outros contextos de pensamento”. Pode-se extrair dessa afirmação que o pensamento predominante é que o homem se distingue de forma específica do animal não só pela língua e pela inteligência técnica, mas pelas possibilidades de que os homens têm direito à liberdade.

Outro ponto sobre a evolução da dignidade da pessoa humana, ressaltado por Ana Paula de Barcellos¹⁹, é que o desenvolvimento teórico do humanismo acarretará na formação de um conjunto de conseqüências importantes para o desenvolvimento da idéia de dignidade humana, como a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder. Como conseqüência do reconhecimento do valor do ser humano, surgiu a afirmação dos direitos específicos do homem com a distinção entre a vida do homem e do Estado. Nesse sentido, como se expressa Miguel Reale²⁰, provocou a busca do equilíbrio entre a liberdade e a autoridade através do deslocamento do direito do plano do Estado para o plano do indivíduo.

Muitos autores versaram sobre o assunto, contribuindo para o surgimento de várias concepções sobre a dignidade, sendo que estas foram se complementando ao longo

¹⁸ KRIELE, Martin. **Libertação e Iluminismo político**: uma defesa da dignidade do homem. Tradução S.A. São Paulo: Edições Loyola, 1983, p. 52.

¹⁹ BARCELLOS, A.P. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

²⁰ REALE, M. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4.

da História. Dentre eles, destacamos os que mais influenciaram no processo de construção teórica do conceito e, conseqüentemente, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana no direito positivo, como se segue.

Na Idade Média, São Tomás de Aquino foi o primeiro filósofo a se referir ao termo em que sustentou a divindade da chamada “dignitas humana.”²¹ O filósofo não elaborou em seus pensamentos uma concepção própria de dignidade da pessoa humana, pois ele resgata o conceito de pessoa como toda “substância individual de natureza racional”, de Boécio, cujos escritos influenciaram o pensamento medieval, contribuindo sobremaneira para a elaboração do princípio da igualdade essencial do ser humano.²²

Já no Renascimento, período em que se conclamou o homem como um ser ativo e responsável pela transformação da sua própria realidade, surgiu o pensamento de Picco Della Mirandola²³, humanista italiano que defendia o homem como um ser dotado da prerrogativa necessária para construir e planejar sua própria existência de maneira livre e independente, sem a ingerência abusiva de outros indivíduos.

Destacamos também a contribuição de Francisco de Vitória²⁴, que, ainda no século XVI e contra o colonialismo espanhol, defendeu a liberdade e o respeito aos povos indígenas, com base no pensamento estóico e cristão e com base na tese de que esses povos da América, assim como todos os outros povos, já possuíam um direito original em razão de sua natureza humana.

No século XVII e XVIII, destaca-se, dentre outros, o idealismo alemão de Immanuel Kant²⁵, citado pela maioria dos doutrinadores²⁶ como a melhor expressão do

²¹ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 111.

²² COMPARATO, F. K. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18-19.

²³ MIRANDOLA, Giovanni P. D. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução Luiz Feracine. São Paulo: GRD, 1988, passim.

²⁴ LOPES, J. R, de L. **O Direito na História**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 31.

²⁵ KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: **Os Pensadores – Kant (II)**. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.134-35 e 141.

²⁶ Nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos princípios constitucionais**; SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. SANTOS, Fernando F. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004; dentre outros.

conceito lógico-filosófico de dignidade humana, sendo entendido, inclusive, que a noção contemporânea de dignidade de pessoa humana acatada nos sistemas jurídicos ocidentais é proveniente do pensamento desse filósofo.

Dentre a produção intelectual de Kant²⁷, destacamos a relacionada à questão da moral, do agir humano, cujo interesse é provar a existência da lei moral. Assim, para o autor, na ação moral, o que move a vontade é o dever, é o respeito à lei que é definida como “o princípio objetivo, válido para todo o ser racional, princípio segundo o qual ele deve agir, quer dizer um imperativo”. Nesse sentido, o homem, enquanto ser racional, obedece a leis e tem consciência dessas leis, logo, tem vontade, que não é perfeita, pois está sujeita seja à razão seja à inclinação das sensibilidades. Em função deste conflito na sua determinação, a vontade deve ser constrangida e a lei se apresenta como obrigação, como dever.

Houve a preocupação de Kant²⁸ em demonstrar como os princípios morais, ditados pela razão, devem ser valorizados para que possam assumir o papel de leis universais. Valorizou, ao mesmo tempo, a vida humana e evidenciou que o ser humano deve ser considerado como fim em si mesmo e jamais como instrumento de submissão a outrem, sob pena de seus princípios morais não serem considerados leis universais, pois,

[...] o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se da seguinte forma: age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza. [...] Uma pessoa que, por uma série de adversidades, chegou ao desespero e sente desapego à vida, mas está ainda bastante em posse da razão para indagar a si mesma se não será talvez contrário ao dever para consigo atentar contra a própria vida. Procuremos, agora, saber se a máxima de sua ação se poderia tornar em lei universal da natureza. A sua máxima, contudo, é a seguinte: por amor de mim mesmo admito um princípio, o de poder abreviar a minha vida, caso esta, prolongando-se, me ameace mais com desgraças do que me prometa alegrias. Trata-se agora de saber se tal princípio do amor de si mesmo pode

²⁷ KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: **Os Pensadores** – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.103 -162.

²⁸ *Ibid.*, p. 134.

se tornar lei universal da natureza. Mas logo, se vê que uma natureza cuja lei fosse destruir a vida em virtude do mesmo sentimento cuja determinação é suscitar sua conservação se contradiria a si mesma e não existiria como natureza.

O filósofo busca também fazer uma relação da idéia de lei moral universal e do ser humano como fim em si mesmo, enunciando, assim, o imperativo prático que decorre dessa relação que se traduz em: "age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio". Assim, a filosofia kantiana concebia o homem como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão. Segundo o filósofo, o princípio inicial de toda a ética é o de que "o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante".

Encontramos, também em Kant²⁹, que a previsão de conservação da vida humana é fundamental, pois o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo, pois

Segundo o conceito do dever necessário para consigo mesmo, o homem que anda pensando em se suicidar indagará a si mesmo se a sua ação pode estar de acordo com a idéia da humanidade como fim em si mesma. Se, para fugir a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como de um simples meio para conservar até ao fim da vida uma situação tolerável. Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Não posso, pois, dispor do homem em minha pessoa para o mutilar, degradar ou matar .

Continua Kant afirmando que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.³⁰ Essa pessoa humana seria dotada de um valor intrínseco, um valor próprio da sua essência. Esse valor intrínseco seria superior a qualquer preço e, por isso,

²⁹ KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: **Os Pensadores** – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135.

³⁰ *Ibid.*, p. 141.

não poderia ser apreçado ou substituído por coisa equivalente, já que, como mencionado anteriormente, o ser humano seria um fim e não um meio passível de utilização e manipulação. A conceituação de dignidade no pensamento de Kant surge como a qualidade daquilo que não tem preço e a sua atribuição ao ser humano, justamente porque o ser humano não é instrumento, senão um fim em si mesmo, quando se expressa dizendo que

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

Acrescentando mais detalhes ao conceito de dignidade humana, Kant faz uma equiparação da dignidade à autonomia de sua atitude racional para eleger os princípios morais que possam servir como leis universais ao expressar: “A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”. Assim, do pensamento kantiano, podemos extrair que, dentre suas concepções teóricas, procurou demonstrar que a dignidade da pessoa humana se origina da soma da autonomia do ente racional para a formulação de princípios morais universais, com o embasamento de que o ser humano não tem preço, pois deve existir enquanto fim em si mesmo e jamais como instrumento para a satisfação dos interesses de outrem.

Sobre a concepção Kantiana, Fábio Konder Comparato³¹ se pronuncia dizendo que a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, ao contrário das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, por sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser

³¹ COMPARATO, F. K. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. E ainda afirma o autor que a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo é sempre na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação.³² Nesse sentido, pode-se dizer que o ser humano está suscetível às mudanças e são acrescentadas à sua personalidade características que se alteram com o tempo.

Outra manifestação significativa a respeito do pensamento de Imanuel Kant foi apresentada por Antônio Junqueira Azevedo³³ ao explicar sobre as concepções da pessoa humana. O autor revela que não há nenhuma razão para grandes nomes da filosofia, como Kant, reduzirem os animais a “coisas”, quando escreve que

todos os objetos de nossas inclinações têm somente um valor condicional, porque, se as inclinações e as necessidades que delas derivam não existissem, esses objetos seriam sem valor. Mas as próprias inclinações ou as fontes de nossas necessidades tampouco têm um valor absoluto e tampouco merecem serem desejadas por si mesmas que todos os seres racionais devem querer se livrar inteiramente delas. Assim, o valor de todos os objetos, que nós podemos conseguir por nossas ações, é sempre condicional. Os seres cuja existência não depende de nossa vontade, mas, da natureza, têm somente, se são seres privados de razão, um valor relativo, o de meios, e eis por que são chamados de coisas, enquanto, ao contrário, dá-se o nome de pessoas aos seres racionais, porque sua própria natureza os fez como fins em si, isto é, algo que não pode ser empregado como meio, e que, em conseqüência, restringem na mesma proporção a liberdade de cada um (e, por sua vez, lhe é um objeto de respeito).

Para essa afirmativa, Antonio Junqueira de Azevedo³⁴ se fundamenta na etologia, que trata do estudo do comportamento dos animais na natureza. O autor afirma que existe a comprovação de que os animais, como burros, cavalos, cachorros, macacos, pensam e querem. Esse comportamento é observado quando se vê

³² COMPARATO, F. K. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

³³ AZEVEDO, A. J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 9, p.11, Jan/Mar, 2002.

³⁴ *Ibid.*, p. 4.

com que persistência os burros se esforçam para fazer o que desejam! [...] Os cachorros, por sua vez, como seus donos sabem, têm consciência do que é proibido e do que é permitido; envergonham-se quando erram e orgulham-se quando acertam. São impressionantes, por fim, os relatos de solidariedade, amizade e colaboração entre os macacos antropóides.³⁵

Como embasamento, o autor invoca ainda o Código Civil Alemão, o “BGB”, que, seguindo o Código Civil Austríaco, alterou seu texto, em 1990, passando o título “Coisas” da Parte Geral para “Coisas. Animais”. E atualmente o parágrafo 90 do referido Código dispõe: “Os animais não são coisas. Os animais são tutelados por lei específica. Se nada estiver previsto, aplicam-se as disposições válidas para coisas”. Além disso, no parágrafo 251.2 está previsto que, em caso de dano ao animal, o juiz não pode recusar a tutela específica, ainda que os custos da cura sejam maiores que o valor econômico hipotético do animal.

Pelo exposto, observamos que a concepção Kantiana não está infensa a críticas, pois, além dos questionamentos apresentados, é preciso verificar o período histórico em que viveu o filósofo, o que certamente influenciou o seu modo de pensar, visto que, na época, buscava-se a proteção do ser humano contra os excessos das monarquias absolutistas. As idéias de liberdade e de valor do ser humano individualmente considerado se adaptavam à noção de autonomia racional da pessoa, tendo como consequência a criação de conceitos jurídicos que satisfaziam às necessidades individuais de cada pessoa. Assim, a utilização dos ensinamentos teóricos para a fundamentação da noção de dignidade da pessoa humana atualmente deve ser feita levando-se em consideração essas observações.

Apesar dos entendimentos e questionamentos apresentados sobre o pensamento de Kant, para Ana Paula Barcellos³⁶, independente dos vários retrocessos históricos, a concepção kantiana de homem continua a valer atualmente como “axioma no mundo

³⁵ Nesse ponto, o autor argumenta dizendo que não se pode confundir vontade que é a capacidade interna de decisão e liberdade natural. Assim se expressa porque a vontade dos animais não é livre, pois é determinada pela natureza e suas circunstâncias. E o autor complementa indagando se o homem não estaria nessa mesma situação.

³⁶ BARCELLOS, A. P. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107.

ocidental, ainda que a ela se tenham agregado novas preocupações, como a tutela coletiva dos interesses individuais e a existência de condições materiais indispensáveis para o exercício da liberdade”.

Acrescentamos que, mesmo com todo arcabouço filosófico, moral e jurídico, visando à proteção do homem, e o crescente reconhecimento da dignidade da pessoa humana, existem registros históricos desde a antigüidade que demonstram que, de fato, o ser humano nem sempre foi considerado e sua existência foi preservada em relação aos outros interesses.

Nesse sentido, são verificadas ofensas ao ser humano nas perseguições no período da inquisição e dominação de povos, dentre outros. Somado a esses fatos, o inconformismo que o mundo viveu no período da II Grande Guerra, com a prática de crimes políticos bárbaros ocorridos sob a justificativa de defesa do Estado, bem como o conseqüente desrespeito aviltante ao ser humano, é que contribuiu para que a dignidade da pessoa humana fosse trazida para o mundo do direito e positivada nas diversas constituições mundiais.

Nesse sentido, destaca Peces-Barba³⁷ que

la importancia de la dignidad humana es decisiva para el Derecho y en más de una de sus ramas se encuentran razones parciales que justifican esa importancia. En los argumentos que utilizan los juristas de esos diversos campos aparece en ocasiones referencia a la dignidad humana. El derecho internacional impluyó la reflexión a partir de los horrores totalitários que desembocaron en la segunda guerra mundial, con el holocausto provocado por los nazis y los facistas, y en las matanzas colectivas propiciadas por el stalinismo. Es quizás la respuesta más matizada y más discreta frente a los excesos de algunos iusnaturalismos, que descalificaron la construcción positivista y le atribuyeron la responsabilidad de lo acaecido por debilitar las referencias morales en el Derecho.

³⁷ PECES-BARBA, Gregório Martinez. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**, Madrid: Editorial Dykinson, 2002, p. 11.

Complementa Ana Paula de Barcellos³⁸ que a reação à barbárie do nazismo e do fascismo, em geral, no pós-guerra, levou não só à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal dos organismos internacionais, mas também despertou a preocupação com a realização efetiva e generalizada dessa dignidade essencial.

Na esteira do seu desenvolvimento, a proteção da dignidade da pessoa humana seguiu do âmbito do pensamento filosófico, em que alcançou consciência coletiva, como foi demonstrado, seguindo, no mesmo sentido, para o âmbito jurídico. Com efeito, o processo de constitucionalização da dignidade da pessoa humana ocorreu de forma gradativa, nos diversos países que a introduziram em seus textos constitucionais. Dentre esses, destaca-se o pioneirismo da Alemanha, a qual foi seguida por Espanha, Portugal, França, assim como Brasil e outros mais, como será tratado adiante.

³⁸ BARCELLOS, A. P. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 162.

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

“O constitucionalismo reflete o profundo debate sobre todos os aspectos da vida política, social e econômica que domina as relações na atualidade. Mais que respostas, este é um final de século de muitas e tormentosas indagações. O Direito não foge a essa contingência. Mas a sua função impõe a oferta de alternativas, mesmo que depois de experimentadas algumas precisem ser superadas e outras aperfeiçoadas. Nada mais que o processo histórico da experiência humana, o qual prova, comprova ou reprovava, aprova ou desaprova e recomeça com uma outra proposta. O Direito Constitucional vê-se às voltas com a sua função de positivar sistemas os quais confirmam segurança num mundo onde a insegurança não está nos sistemas, mas no próprio homem, incerto quanto ao que quer e, principalmente, como quer para si cada coisa”.³⁹

Para melhor entendimento de como se processou o movimento de constitucionalização da expressão “dignidade da pessoa humana”, o que implicou mudanças em torno da realização prática das Constituições de modo geral, inicialmente faremos uma abordagem sobre constitucionalismo, bem como sobre o conceito de Constituição encontrado na doutrina.

O termo constitucionalismo é bastante recente no ordenamento jurídico, embora sua concepção seja antiga, pois, de acordo com Uadi Lammêgo Bulos⁴⁰, “Encontramos na República de Platão a idéia de um Estado constitucional. Platão entende o primado da lei como a garantia dos governados. E é na Constituição que se exterioriza a idéia de constitucionalismo”. E, ainda para o referido autor, existem dois significados diferentes para o termo constitucionalismo. O primeiro deles é o sentido amplo, que se relaciona ao fato de todo Estado possuir uma constituição em qualquer época, independentemente do regime político adotado. O outro significado é no sentido restrito, em que a técnica jurídica de tutela de liberdades, surgida nos fins do século XVIII, possibilitou aos cidadãos exercerem os seus direitos e garantias fundamentais, com base em constituições escritas, sem que o Estado pudesse reprimi-los. Constatamos referência nesse sentido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, “Toda sociedade na qual a garantia dos

³⁹ ROCHA, Carmem Lúcia. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal)**, Brasília, n. 3, p. 45, Dez. 1997.

⁴⁰ BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 7.

direitos não é assegurada (sic) nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição".⁴¹

3.1 FASES DO CONSTITUCIONALISMO E O CONCEITO IDEAL DE CONSTITUIÇÃO

O constitucionalismo passou por várias etapas, sendo estas caracterizadas pelo momento político à época. Essas etapas, segundo Uadi Lamêgo Bulos⁴², se identificam através do constitucionalismo primitivo, antigo, da Idade Média, do constitucionalismo moderno e do vivenciado atualmente, que é o constitucionalismo contemporâneo, sobre os quais daremos uma breve noção.

No constitucionalismo primitivo, existia a idéia de constitucionalismo e não a expressão em si. A idéia era expressa através de uma Constituição, pois o entendimento é de que as entidades políticas sempre tiveram e têm uma Constituição. Apresentava-se de maneira mais singela sob formas de organizações consuetudinárias, em que os chefes de família ou os líderes dos clãs traçavam as normas que norteavam a vida em comunidade. Em seguida, temos o constitucionalismo antigo, no qual já se identificam contornos mais específicos, pois o termo Constituição, embora ainda não escrita, era utilizado em sentido estrito, para designar qualquer lei feita pelo imperador, através de acordos de vontade.

Na Idade Média, a idéia de constitucionalismo vai estar unida às questões de limitação do poder arbitrário. Surgem aqui as concepções jusnaturalistas, elevando o direito natural à categoria de norma superior. O advento da Magna Carta, instrumento que antecedeu as declarações de direitos fundamentais, data dessa época e representa o exemplo mais marcante da busca pela limitação do poder, refletindo as necessidades sociais do seu tempo.

No século XVIII, surgiu o constitucionalismo moderno defendendo também a idéia de limitação dos poderes do Estado. Além disso, surgiu a proteção dos direitos

⁴¹FRANÇA. Declaração (1789). **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. França, 1789.

⁴²BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva 2005, p. 9.

individuais do cidadão, com a valorização da existência de leis constitucionais superiores ao restante do ordenamento jurídico, através de constituições escritas. O constitucionalismo moderno promove uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.⁴³ Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a ser abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.

Alguns princípios previstos na Constituição já eram previstos de longa data, como a liberdade e a igualdade, independente da evolução de seus significados. Outros, considerados clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.⁴⁴

Verificou-se também, no período do constitucionalismo moderno, a existência do princípio da força normativa da Constituição⁴⁵, que foi mais aprimorado no constitucionalismo contemporâneo. O novo constitucionalismo surge, assim, visando impor a juridicidade democrática impregnada de valores éticos. É o constitucionalismo da ética da solidariedade de uma sociedade pluralista⁴⁶, aquele que

é libertador e igualizador, promovendo uma arquitetura jurídica que una pessoas e povos para resguardar a individualidade sem individualismos e a identidade dos povos sem segregação e isolacionismo de grupos. O constitucionalismo contemporâneo expõe-se à abertura e ao intercâmbio e complementariedade com outros ramos do conhecimento, como sejam, a política, a economia, a bioética, dentre outros.

⁴³ BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 326.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 326.

⁴⁵ BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 16.

⁴⁶ ROCHA, C. L. A. Constituição, soberania e Mercosul. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 42, jul/set. 1998.

A nova fase do constitucionalismo torna-se, assim, um grande desafio, pois alguns doutrinadores entendem que a fase do constitucionalismo contemporâneo, vivenciada atualmente, é marcada pelos documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, como é verificado na Constituição brasileira de 1988, consagrando uma espécie de totalitarismo constitucional.⁴⁷ Essa ampliação do conteúdo das constituições, com a previsão da organização do poder político, além das normas econômicas e sociais, resultou na desvalorização das mesmas.

A Constituição Alemã de Weimar foi precursora dessa tendência, em que foi seguida pela Constituição brasileira. Desde então, nada escaparia à órbita constitucional, formando a cultura do constitucionalismo exacerbado, seguindo a máxima: “Coloca-se na Constituição, para depois cumprir.”⁴⁸ Apesar disso, a concepção de Constituição para muitos, atualmente, é de que ela é uma referência para a sociedade de um modo geral, sendo uma fonte de esperança para a realização de diversas aspirações e, às vezes, por isso é endeusada por muitas pessoas. Como aduz Ana Paula de Barcellos, “a Constituição vem tomando a forma de um repositório geral de esperanças, muitas vezes até excessivamente idealizado em suas potencialidades”.

Para Uadi Lamêgo Bulos⁴⁹, existirá uma outra fase do constitucionalismo, em que

a constituição do futuro proporcionará o ponto de equilíbrio entre as concepções hauridas do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo. Em nome do sentimento de equidade, buscar-se-á a conscientização de todos perante os bens da vida, algo muito maior do que a tutela dos interesses individuais e metaindividuais.

O movimento de constitucionalização, ou inclusão na Constituição, da dignidade da pessoa humana em diversos países, como ressalta Ana Paula Barcellos⁵⁰, foi associado à mudança na concepção da praticidade das constituições no tocante às normas nelas previstas. Assim, surge um novo discurso a respeito das constituições,

⁴⁷ BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva 2005, p. 17.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁰ BARCELLOS, A. P. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 162-163, Jul. 2000.

que é o discurso normativo. As normas constitucionais passam a ser consideradas normas jurídicas dirigidas a toda a sociedade, em especial ao poder judiciário e aos indivíduos, com força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. É a força normativa da Constituição, como nos ensina Konrad Hesse⁵¹, ao explicar sobre o significado próprio da Constituição jurídica: “Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo das forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”.

A noção de Constituição, na doutrina, entretanto, se traduz em uma pluralidade de acepções, sem ser adotado um conceito único, pois existem diversos sentidos para o seu entendimento. Assim, registramos a seguir alguns desses conceitos, lembrando que o termo Constituição, no constitucionalismo antigo, possuía um significado menos amplo que o atual, mas também no sentido de tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais.

No início do século XIX, a partir do triunfo do movimento constitucional, surge o denominado conceito ideal de Constituição. Como nos ensina Canotilho⁵², este conceito ideal

identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes; (a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser escrita (documento escrito).

Dalmo de Abreu Dallari⁵³, por sua vez, nos ensina que a Constituição deve prever direitos, prerrogativas, garantias, competências, dispondo ainda sobre as funções

⁵¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 12.

⁵² CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 65

⁵³ DALLARI, D. de A. **Constituição e constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 21-22.

executiva, legislativa e judiciária, estabelecendo as diretrizes e os limites para o exercício do poder, que se identifica como

a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo.

Na verdade, o conceito de Constituição é um conceito em crise, não existindo ainda um consenso para o seu entendimento, o que se justifica pelo fato de serem “organismos vivos”, “verdadeiros documentos abertos no tempo”, em “íntimo vínculo dialético com o meio circundante, com as forças presentes na sociedade, a exemplo das crenças, anseios populares, da economia, dentre outros”.⁵⁴

Através do pensamento de Hannah Arendt⁵⁵, podem ser verificadas as principais razões históricas que desencadearam a constitucionalização da dignidade da pessoa humana. No decorrer de sua obra, percebemos a atenção da autora para com a dignidade da pessoa humana, principalmente quando faz uma análise das experiências nazistas e stalinistas nos estudos sobre totalitarismo. Registra-se também a verificação da referida autora de que, na Segunda Guerra, as próprias vítimas perderam em boa medida a compreensão do valor inerente à vida humana, daí a prática comum pela qual os próprios líderes das comunidades judaicas negociavam a libertação dos judeus mais importantes ou cultos, em troca de judeus “comuns”, como se aqueles valessem mais que estes.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, ao verificar a política de supressão da nacionalidade alemã a grupos minoritários, aplicada pelo Estado nazista, Hannah Arendt se expressa mostrando que a privação da nacionalidade fazia das vítimas pessoas excluídas de toda a proteção jurídica do mundo, como citado por Fábio Konder Comparato⁵⁶:

⁵⁴ BULOS, U. L. **Constituição federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.

⁵⁵ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras 1999, passim.

⁵⁶ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 36-66.

Ao contrário do que se supunha no século XVIII, os direitos humanos não são protegidos independentemente da nacionalidade ou cidadania. O asilado político deixa um quadro de proteção nacional para encontrar outro. Mas aquele que foi despojado de sua nacionalidade, sem ser opositor político, pode não encontrar nenhum Estado disposto a recebê-lo: ele simplesmente deixa de ser considerado pessoa humana.

A contribuição da autora Hannah Arendt é de suma importância e representativa do momento histórico antecedente à constitucionalização da dignidade da pessoa humana como princípio em diversas Constituições mundiais. O constitucionalismo significativamente se sobressai com o advento das Cartas da segunda metade do século XVIII, sob influência das Revoluções Burguesas, do Contratualismo e do Iluminismo, apesar de serem encontradas na história algumas manifestações axiológico-constitucionais destinadas à finalidade de organização da estrutura do poder e algumas até de defesa da liberdade individual.

O valor moral da dignidade da pessoa humana foi consagrado como valor constitucional na Declaração de Direitos de Virgínia, que precedeu a Constituição americana de 1787, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que resultou da Revolução Francesa. Registramos que ambos os documentos se fundamentavam nas doutrinas de Locke, Montesquieu e Rousseau, influenciadas pela noção humanista de reserva da integridade e da potencialidade do indivíduo.⁵⁷

Com o passar do tempo, a figura da Constituição preservou o provimento à dignidade humana e englobou gradativamente outros valores e outros desideratos mais amplos do que aqueles iniciais, assumindo a função de garantia dos interesses sociais e de limitação do poder econômico até adquirir, nos tempos atuais, um caráter programático e democrático voltado para a concretização dos valores por ela enunciados. Assim, com algumas exceções, principalmente após sua consagração na Declaração Universal da ONU de 1948, é que o princípio da dignidade da pessoa humana foi incluído como valor jurídico universal e expressamente reconhecido na maioria das Constituições, e entendida como o atributo imanente ao ser humano

⁵⁷ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 36-66.

para exercício da liberdade e de direitos como garantia de uma existência plena e saudável.

Como ressalta Flávia Piovesan⁵⁸, a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea dos direitos humanos,

acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo o ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção.

A partir da Declaração Universal de 1948, todos os tratados internacionais, incorporaram o valor da dignidade humana. Essa incorporação, com primazia da pessoa, fundada na dignidade humana, representa uma resposta à crise do positivismo jurídico, que se traduz na idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, visto apenas pela ótica formal.⁵⁹ Nesse contexto, ressalta-se, como citado anteriormente, o julgamento de Eichmann em Jerusalém⁶⁰, um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações.

Ao comentar a Declaração Universal da ONU de 1948, Fábio Konder Comparato⁶¹ conclui que

O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente em considerar e tratar o outro [...] como um ser inferior, sob o pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal devem ser protegidas e estimuladas.

⁵⁸ PIOVESAN, F. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 188.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 192.

⁶⁰ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, passim.

⁶¹ COMPARATO, F. K. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 229.

O autor acrescenta que esse argumento pode ser sustentado e aprofundado como o fez Hannah Arendt, na sua reflexão sobre a trágica experiência dos totalitarismos no século XX, em que afirma que a privação de todas as qualidades concretas do ser humano, isto é, de tudo aquilo que forma a sua identidade nacional e cultural, o torna uma frágil e ridícula abstração. A dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito.

No âmbito do Direito Constitucional Ocidental, surge também a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana, sendo considerada uma marca das Constituições Europeias do pós-guerra. Observa Flávia Piovesan⁶² que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade da pessoa humana demarcaram a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. Como exemplo, podemos verificar a previsão inédita, na Constituição brasileira de 1988, dos princípios fundamentais, incluindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressaltamos que, embora seja importante o reconhecimento expresso do princípio para a afirmação do ideal de valorização do ser humano, esse recente movimento de posituação na ordem constitucional não é pioneiro na criação da obrigatoriedade da proteção da dignidade, já que essa necessidade já era patente, mesmo que implicitamente, nos movimentos anteriores, principalmente a partir daquele constitucionalismo do século XVIII.

Corroborando com essa afirmativa, temos, segundo José Afonso da Silva⁶³, que o constitucionalismo apenas consagrou juridicamente essa noção, mas não a criou de fato, já que “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, [...] ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência

⁶² PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana**. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 189.

⁶³ SILVA, J. A da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, p. 91, 1988.

especulativa, tal como a própria pessoa humana”. Apesar de ser possível a dedução dos textos constitucionais mais antigos que tutelavam as liberdades fundamentais, a expressa posituação do ideal da dignidade da pessoa humana é bastante recente.

O movimento de constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana inicialmente ocorreu na Constituição da Alemanha, seguida por diversos outros países, como México, Itália, Portugal e, mais recentemente, Brasil, como será explanado a seguir.

3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO DE OUTROS POVOS

A expressão “dignidade da pessoa humana” nem sempre foi utilizada nas constituições com o significado que possui atualmente. A primeira referência à expressão foi encontrada na Constituição do México de 1917, que foi apontada como a pioneira ao mencioná-lo como valor que orientaria o sistema educacional do país.

Na Constituição Italiana, datada de 1947, já encontramos o termo utilizado de forma diferente, com enfoque para a igualdade de dignidade no sentido social, pois foi feita a previsão no Artigo 3º, 1ª parte, estabelecendo que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais”.⁶⁴

Embora haja os registros mencionados, temos que a Constituição da Alemanha de 1949 foi a primeira a considerar a dignidade da pessoa humana como direito fundamental através de uma formulação principiológica. No seu Artigo 1º, foi expressamente previsto que: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e

⁶⁴ AZEVEDO, A. J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 4. Jan/Mar 2002.

protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”.⁶⁵ Essa previsão foi uma resposta ao período de atrocidades vivenciado na história da Alemanha, no Estado Nazista.

Após sua publicação, a Constituição da Alemanha transformou-se em modelo para diversas constituições do mundo, que reconheceram também expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana em seus textos constitucionais. A maioria dessas constituições, principalmente dos países da União Européia, incluíram a dignidade da pessoa humana, pelas mesmas razões históricas, ou seja, após períodos autoritários e de ditadura. Como ressalta Willis Santiago Guerra Filho⁶⁶,

a doutrina de limitação imanente da restrição de direitos fundamentais, pelo respeito à dignidade da pessoa humana é de origem alemã, remetendo ao imperativo categórico da ética kantiana, com sua determinação de que a boa conduta seja universalizável, donde decorre, entre outras, a proibição de que, nas relações humanas, os sujeitos sejam tratados como objetos, como meios para a consecução de certos fins, sejam eles quais forem.

Após essas referências, visando a um melhor desenvolvimento do tema, cumpre-nos comentar em linhas gerais a inclusão da dignidade da pessoa humana nas constituições da Alemanha, da Espanha e de Portugal. O comentário será breve, porque, para se compreender o direito constitucional de determinada nação, é necessário além de estudar o texto da Constituição, entender toda a cultura, a filosofia, a política e a doutrina do País, o que não é objeto de estudo da presente pesquisa. Essas Constituições possuem promulgação cronológica, bem como justificativas históricas semelhantes para a inclusão expressa da dignidade da pessoa humana e foram destacadas em atenção às influências que exerceram sobre a Constituição do Brasil.

⁶⁵ SILVA, J. A da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, p. 91, 1988.

⁶⁶ GUERRA FILHO, W.S. Notas em torno do princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, J. (Org.). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v.1, p. 219-292.

Como já referenciado, a Constituição da Alemanha foi a primeira a constar, expressamente, a dignidade da pessoa humana em seu texto. Essa previsão, comprovadamente, teve inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, sem desconsiderar o respeito aos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, propugnados pelos revolucionários franceses através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.⁶⁷ Destacamos que a motivação também para essa positivação constitucional tem fundamento nos registros históricos em que o Estado Nazista desconsiderava a dignidade da pessoa humana através da prática de inúmeros crimes com justificativa de que estavam defendendo o Estado.

Informa-nos Ernesto Benda⁶⁸ que o Artigo 1.1 da Lei Fundamental de 1949 impunha, além da perspectiva do indivíduo não ser arbitrariamente tratado, um respeito cada vez maior pela sua sobrevivência. E ainda de acordo com o autor, observa-se uma opção clara pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana, em razão do destaque conferido aos direitos fundamentais. Acrescenta que a Constituição alemã trata de um ordenamento comprometido com valores, reconhecendo a proteção da dignidade da pessoa humana como fim supremo de todo o Direito.

Na doutrina alemã, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado pela maioria como um direito fundamental ou ainda como uma garantia de desenvolvimento da personalidade. As posições são diferentes, mas observa-se a grande importância conferida ao valor incluso no princípio da dignidade da pessoa humana, cujo entendimento é que se trata de valor-fonte do sistema constitucional.⁶⁹

A Constituição da Alemanha transformou-se em modelo para diversas constituições do mundo, que reconheceram também expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana em seus textos constitucionais. Como exemplo, temos a Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu Artigo 1º, que trata dos princípios

⁶⁷ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 36-66.

⁶⁸ BENDA, Ernest; Dignidade humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, E; MAIOHOFER, Werner; HESSE, Konrad (APRES). **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.p. 61 e ss.

⁶⁹ MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 37.

fundamentais, estabeleceu: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”⁷⁰

O entendimento dos doutrinadores é de que a inclusão da dignidade da pessoa humana na Constituição lusitana compreende uma dimensão jusnaturalista para uns e antropológica para outros, como registrado por Fernando Ferreira dos Santos.⁷¹ A dimensão jusnaturalista é pressuposta quando se verifica que a intenção do constituinte foi a de subordinar o catálogo dos direitos fundamentais a um princípio de valor que transcende a vontade política dos Estados. E a pessoa, assim, consistiria em fundamento e fim da sociedade e do Estado, posto que o princípio da dignidade humana é que confere unidade de sentido, valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. Acrescentamos que a dimensão referida tem também como embasamento, partindo do entendimento de pessoa previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o princípio da dignidade incluso na Constituição portuguesa foi no sentido de considerar cada uma das pessoas individual e concretamente, desde a concepção.

Já o pressuposto antropológico da dignidade da pessoa humana, defendido pelos doutrinadores, aponta que o princípio da dignidade da pessoa humana implica reconhecer a autonomia ética do homem, singular e concretamente considerado, sendo este portador de um destino único realizado livremente. Ainda corroborando essa idéia, temos J.J. Gomes Canotilho⁷² sustentando que o próprio Estado de direito repousa numa base antropológica. Dessa forma, temos que a dignidade da pessoa humana como base da República implica reconhecer o indivíduo como limite e fundamento do domínio político desta, ou seja, a pessoa, além de ser servida pela República, também poderá colaborar, na medida em que assuma a condição de cidadão.

⁷⁰ SANTOS, F. F. dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 62.

⁷¹ SANTOS, F. F. dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 63-65. O autor se refere às posições dos autores Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade em contraposição a J.J.Canotilho expondo a concepção deles quanto à inclusão da dignidade da pessoa humana na Constituição Portuguesa.

⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 173.

Da mesma forma, a Constituição da Espanha expressa, em seu Artigo 10, nº 1, que *“la dignidad dela persona, los derechos inviolables que lê son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a ley y a los derechos de los demás son fundamento del ordem político y de la paz social”*.⁷³ Entre os doutrinadores espanhóis, o entendimento é de que o sistema constitucional do país constitui um sistema de valores, pois, no texto constitucional, vem expressos os valores que, a partir do Artigo 1º, se espraiam por todo o ordenamento, como se segue: “A Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”.⁷⁴ Podemos dizer que os valores aqui citados são dimensionados pelo Artigo 10, nº 1, que incluiu a dignidade da pessoa, citado anteriormente.

Na França, embora o princípio da dignidade da pessoa humana não esteja previsto expressamente na Constituição, foi reconhecido como uma criação jurisprudencial pelo Conselho Constitucional e também pelo Conselho de Estado, com embasamento na oficialização de um direito antigo e não na concretização de um novo direito.

Seguindo a tendência, vários outros países incluíram em suas constituições a dignidade da pessoa humana, por exemplo: Constituição da República da Croácia, de 22 de dezembro de 1990 (Art. 25); Preâmbulo da Constituição da Bulgária, de 12 de julho de 1991; Constituição da Romênia, de 08 de dezembro de 1991 (Art. 1º); Lei Constitucional da República da Letônia, de 10 de dezembro de 1991 (Art. 1º); Constituição da República Eslovena, de 23 de dezembro de 1991 (Art. 21); Constituição da República da Estônia, de 28 de junho de 1992 (Art. 10); Constituição da República da Lituânia, de 25 de outubro de 1992 (Art. 21); Constituição da República eslovaca, de 1º de setembro de 1992 (Art. 12); Preâmbulo da Constituição

⁷³ ESPANHA. Constituição (1978). **Constituição [da] Espanha**. Madrid: Palácio de Las Cortes. 1978. Disponível em: < www.direito.adv.br/constitu.htm >. Acesso em: 25 mar.2005

⁷⁴ SANTOS, F. F. dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 55.

da República Tcheca, de 16 de dezembro de 1992; Constituição da Federação da Rússia, de 12 de dezembro de 1993 (Art. 21).⁷⁵

O constitucionalismo brasileiro, a partir de 1934, com forte influência germânica e das demais constituições da União Européia, não ficou alheio ao tema e, se espelhando em diversos dispositivos que foram transpostos ou utilizados como fonte, fez a primeira previsão expressa da dignidade da pessoa humana⁷⁶, embora com enfoque diferente da Constituição brasileira atual, assunto que será tratado posteriormente.

A seguir, faremos uma abordagem com enfoque para identificação da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira, observando o destaque para o termo, e ainda se foi incluída como princípio, subprincípio ou norma, para, posteriormente, apontar as conseqüências de maior relevo que resultam do seu reconhecimento em nossa Lei Maior e ainda a questão da sua normatividade na doutrina pátria.

⁷⁵ SANTOS, F. F. dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 56.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Artigo 115, *caput*. Brasília: Senado Federal, 1934.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

“Ao utilizar a expressão genérica dignidade da pessoa humana a Constituição recorre exatamente ao consenso social para preenchê-la de significado; e ao concretizá-la por meio de um conjunto de outras normas, mais específicas, o constituinte reflete, ainda que de modo pontual, o consenso vigente em seu tempo”.⁷⁷

Em virtude da afirmação da normatividade nas constituições, surge progressivamente a ampliação de seus papéis, culminando no reconhecimento do poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais, objetivos públicos com o efeito de determinar o comportamento futuro do Estado que se organiza independentemente do grupo que esteja no poder em cada momento⁷⁸. Nesse sentido, destacamos, como exemplo de tomada de decisão política e estabelecimento de prioridades, o caso da dignidade da pessoa humana, que foi incluso como princípio fundamental do Estado Brasileiro da Constituição de 1988.

No Brasil, a trajetória histórica das constituições foi bastante tumultuada e a realidade política esteve sempre envolta por períodos ditatoriais, o que influenciou sobremaneira para que o ideal de proteção da dignidade da pessoa humana somente fosse reconhecido na ordem positiva com o advento da Constituição de 1988, embora tenha sido utilizado o termo dignidade em constituições anteriores.

Antes da Constituição brasileira atual, embora em outro contexto, encontramos referência ao tema dignidade da pessoa na Carta de 1934, em que temos, no Artigo 115, “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna.”⁷⁹ Nas Constituições que se seguiram, a previsão constitucional de referência

⁷⁷ BARCELLOS, A. P. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 198.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Artigo 115, *caput*. Brasília: Senado Federal, 1934.

à dignidade reapareceu na Constituição de 1946, com a garantia do trabalho humano como meio de possibilitar a existência digna.⁸⁰

Na Constituição de 1967 é que encontramos menção à dignidade humana, onde foi estabelecido que a ordem econômica tinha como finalidade realizar a justiça social, com base em alguns princípios, dentre eles o da valorização do trabalho como condição da dignidade da pessoa humana.⁸¹ A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, apesar de ter modificado o *caput* do artigo sobre a ordem econômica, manteve inalterado o princípio da valorização do trabalho como condição da dignidade humana.⁸² Podemos perceber, pela redação, que o princípio incluso nessa legislação não tem o mesmo significado da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição brasileira atual.

Embora houvesse a existência desses registros de dignidade da pessoa na Lei Maior do país à época, o caráter autoritário dos textos sempre foi ressaltado. Como, por exemplo, temos a previsão no preâmbulo do Ato Institucional nº 5, quando faz menção à revolução de 1964, dizendo que ela teve como intenção dar ao país “... um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana...”.

Essa referência à dignidade da pessoa humana não foi suficiente para assegurar a proteção das pessoas em sua dignidade, pois o Ato Institucional nº 5 representou um marco do autoritarismo brasileiro reinante no período, ocorrendo grande repressão política e desrespeito aos direitos das pessoas e, conseqüentemente, à dignidade. Certamente, esse período histórico influenciou sobremaneira para que o ideal de proteção da dignidade da pessoa humana somente fosse reconhecido na ordem positiva com o advento da Constituição de 1988.

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Artigo 145, Parágrafo Único. Brasília: Senado Federal, 1946.

⁸¹ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Artigo 157, Inciso II. Brasília: Senado Federal, 1967.

⁸²BRASIL. Constituição (1969). **Emenda Constitucional n.1/69**, Artigo 60. Brasília: Senado Federal, 1969.

O constituinte de 1988, com a finalidade de restaurar o estado de direito após o regime ditatorial, ressaltou que o Estado Democrático de Direito que instituiu tinha como fundamento a dignidade da pessoa humana, conforme previsão no Artigo 1º, inciso III. Assim, a Constituição brasileira de 1988 inovou com transformações profundas e antes não registradas na história do constitucionalismo brasileiro, representando um grande marco jurídico na redemocratização do país. Ademais ela consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e o elevou a uma categoria superlativa em nosso ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental.

Além das inovações normativas, a Constituição de 1988, segundo Daniel Sarmento, ostenta uma relevante dimensão simbólica, pois marcou o reencontro da sociedade brasileira com o direito e a democracia, pretendendo ser “o signo de uma nova era no país, timbrada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático”.⁸³ Dentre as inovações encontradas na Carta Constitucional de 1988, destacamos a incorporação em seu texto dos princípios fundamentais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, que foram apostos na parte inaugural do texto antecedendo aos direitos fundamentais.

Para Uadi Lamêgo Bulos, os princípios fundamentais significam “diretrizes básicas que engendram decisões políticas imprescindíveis à configuração do Estado brasileiro, determinando-lhe a forma de ser.”⁸⁴ E acrescenta o referido autor que “o qualitativo *fundamentais* dá idéia de algo necessário, sem o qual inexistiria alicerce, base ou suporte”. Essa incorporação demonstra claramente que a intenção do constituinte foi conferir aos princípios a função de normas que embasam toda a ordem constitucional, sendo reconhecidos como fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito.

Assim, temos, conforme transcrição a seguir, a previsão constitucional dos princípios na Carta Magna brasileira de 1988, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁸³ SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, p. 108.

⁸⁴ BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70-71.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - dignidade da pessoa humana; (grifo nosso)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.⁸⁵

Além dessa previsão foi ainda expresso o termo **dignidade** na Constituição brasileira atual quando foi estabelecido que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência **digna**, conforme o disposto no Artigo 170, *caput*, quando, ao tratar da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da **dignidade da pessoa humana** e na paternidade responsável (Artigo 226, parágrafo 7º) , bem como quando assegura à criança e ao adolescente o direito à **dignidade** (Artigo 227, *caput*). (grifos nossos).

Embora a previsão constitucional do termo *dignidade* seja apresentado de forma expressa no texto através dos artigos citados, a complexidade sobre o tema é observada, pois, para Ana Paula de Barcellos⁸⁶, o sistema constitucional introduzido

pela Carta de 1988 sobre a dignidade é bastante complexo, tanto porque especialmente disperso ao longo de todo o texto, como também porque a Constituição, partindo do princípio mais fundamental exposto no art. 1º, III [...], vai utilizar na construção desse quadro temático várias modalidades de normas jurídicas, a saber: princípios, subprincípios de variados níveis de determinação e regras.

Assim, a dignidade da pessoa humana encontra-se, além da previsão nos artigos citados, dispersa por todo o ordenamento. Ana Paula de Barcellos⁸⁷ apresenta esta previsão, identificando os artigos que possuem como conteúdo a dignidade da

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁸⁶ BARCELLOS, A.P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 148.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 155-190.

pessoa humana e os divide em 4 (quatro) níveis, como se segue. Como inclusos no nível I, estão o Artigo 1º, Inciso III, e o Artigo 170, *caput*, bem como o parágrafo 7º do Artigo 226. Esses artigos trazem os princípios mais gerais, que possuem contornos menos precisos, pois “pretendem que a dignidade humana seja protegida e promovida, o primeiro pela atuação do Estado como um todo, o segundo como resultado das práticas implementadas na esfera econômica e o último como fruto do planejamento familiar.”⁸⁸

Os Artigos 3º, Inciso III, e 23, Inciso X, estão inclusos no nível II, que trata de um subprincípio⁸⁹ da dignidade. O subprincípio em questão é a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, e ainda a regra de competência que atribui aos entes da Federação o dever de implantar o previsto nesses artigos. A norma prevista nesse nível demonstra também uma dificuldade relativa em se determinar a sua pretensão. Entende-se que a intenção é de que não existam pessoas que passem necessidades básicas, ou seja, sintam fome, frio, durmam nas calçadas, dentre outras.

No Nível III, a autora enquadra o *caput* do Artigo 6º, em que se encontram os direitos sociais, através dos quais vislumbra-se a concretização do princípio da dignidade no âmbito das condições materiais de existência do homem. Apesar da previsão de direitos, grande parte do Artigo 6º tem a natureza de princípio ou subprincípio, pois seus efeitos não são determinados nem existe previsão de escolha para o seu cumprimento, como no caso das normas que tratam do direito à saúde, à proteção da maternidade e da infância e a assistência aos desamparados. Registra-se que, nesse nível, se encontra identificado o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana⁹⁰, que será tratado posteriormente em outro tópico.

As normas reunidas pela autora no nível IV formaram grupos de 3 (três) temas que são a educação, a saúde e a assistência aos desamparados. Nesses três grupos,

⁸⁸ BARCELLOS, A.P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166.

⁸⁹ O termo **subprincípio** é uma modalidade de norma jurídica que trata dos desdobramentos dos princípios ou são etapas de sua verificação.

⁹⁰ BARCELLOS, A.P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 169-170.

são identificados princípios, subprincípios e algumas regras. Apesar disso, boa parte da doutrina e jurisprudência tem conferido a estas normas o mesmo tratamento reservado aos princípios mais gerais apresentados nos níveis anteriores, como se todos possuíssem o mesmo grau de indeterminação.⁹¹

Embora não citado e considerando a divisão apresentada pela referida autora, podemos incluir, no rol dos artigos que possuem um conteúdo em dignidade, o Artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais. Nesse sentido, José Afonso da Silva⁹², ao comentar sobre a previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, assevera que, se é fundamento, é porque “se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do direito. [...] ou seja, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”

Dessa forma, o ideal de proteção da dignidade da pessoa humana é destacado pelo constituinte brasileiro e é bem nítido ao se observar que o princípio encontra-se espalhado por todo o ordenamento jurídico. Às vezes, está expresso no texto constitucional ou não expresso, mas apresenta conteúdo em dignidade, seja de forma indeterminada, como princípio ou subprincípio, ou na forma determinada, através de regras, como estipulado na divisão dos níveis em ordem progressiva de determinação.

Quanto à opção do constituinte brasileiro, ao dar destaque à dignidade da pessoa humana no texto da Carta Magna, manifesta-se Gustavo Tepedino⁹³ dizendo que

a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do artigo 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula*

⁹¹ BARCELLOS, A.P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 169-170.

⁹² SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, p. 92, Abr./Jun. 1988.

⁹³ TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Dessa forma, seguindo a tendência de outros países, a Constituição brasileira atribuiu à dignidade da pessoa humana uma positivação, além de plena normatividade, projetando-a por todo o sistema político, jurídico e social. Reconhece-se expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade precípua da atividade estatal, e não seu meio.⁹⁴

Ainda sobre a importância conferida à dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira, ressalta Gustavo Tepedino⁹⁵ que

A dignidade da pessoa humana torna-se o objetivo central da República, funcionalizando em sua direção a atividade econômica privada, a empresa, a propriedade, as relações de consumo. Trata-se não mais do individualismo do século XVIII, marcado pela supremacia da liberdade individual, mas de um solidarismo inteiramente diverso, em que a autonomia privada e o direito subjetivo são remodelados em função dos objetivos sociais definidos pela Constituição e que, em última análise, voltam-se para o desenvolvimento da personalidade e para a emancipação do homem.

É importante destacar que o constituinte não se preocupou apenas em positivar o “valor fonte”⁹⁶, advindo do pensamento ocidental, mas também em estruturar a dignidade da pessoa humana, a fim de lhe atribuir normatividade. Além disso, acreditamos que a importância da constitucionalização da dignidade da pessoa humana, como ressalta Carmen Lúcia Antunes Rocha⁹⁷, vai além da modificação dos textos fundamentais dos Estados

Antes, traduz-se ali um novo momento do conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua

⁹⁴ SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 68.

⁹⁵ TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 500.

⁹⁶ Expressão encontrada em: LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 15.

⁹⁷ ROCHA, C. L. A. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**. Rio de Janeiro, v.4, p. 32-33, 1999.

dignidade incontornável, inquestionável e impositiva e uma nova concepção de Constituição, pois, a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios.

Apesar da preocupação do constituinte em instituir o princípio da dignidade da pessoa humana na Carta Magna brasileira, bem com a sua efetivação, através da ampliação dos direitos fundamentais, o tema, na prática, não se apresenta de forma simples. Essa afirmação se faz em virtude de inúmeras interpretações e várias questões sobre a função da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico-constitucional. Surgem, na doutrina, vários significados para o princípio e, na Jurisprudência, encontramos também decisões diversas.

Verifica-se que, a partir da positivação em diversos países, a dignidade da pessoa humana como valor fundamental do Estado, bem como a normatividade da Constituição passam a buscar sua realização no plano fático do direito. Entretanto, como conseqüências dessa busca, surgem inúmeros entendimentos sobre o tema que atualmente está vivenciando uma complexidade doutrinária.

Após essas considerações, lembramos que independente da concepção ou conceito a ser adotado e qual o mais adequado, foi dado um destaque à dignidade da pessoa humana ao ser expressa no Artigo 1º, Inciso III, do texto constitucional, dentre os princípios fundamentais do Estado democrático de direito.

Esse destaque é relevante e, para melhor atingirmos os objetivos propostos no presente trabalho, importa uma abordagem sobre alguns componentes do sistema constitucional, destacando especialmente a concepção doutrinária sobre normas, princípios, subprincípios, regras e valores, relacionados com a dignidade da pessoa humana, bem como as múltiplas funções que, segundo a doutrina, o referido princípio desempenha no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Atendendo aos limites do tema proposto, não pretendemos explanar sobre todas as concepções doutrinárias existentes acerca do conceito de princípio, para o qual existem diversas significações. Assim, abordaremos algumas concepções importantes sobre o papel reservado aos princípios no constitucionalismo contemporâneo e sua diferenciação com as regras para uma melhor compreensão da positivação da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro.

Daniel Sarmiento⁹⁸ assevera que a ascensão dos princípios vive hoje a sua “idade de ouro”, que atravessa um período pós-positivista, caracterizado pelo reconhecimento da plena eficácia jurídica dos princípios. Esta fase marca a superação de uma visão formalista, que atribuía aos princípios um caráter meramente supletivo das regras legais, cingindo a sua incidência às hipóteses de lacuna. Assim, podemos afirmar que a importância central atribuída aos princípios torna-se uma das características do direito constitucional contemporâneo, com o reconhecimento da sua força normativa.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento acrescenta que os princípios representam as

traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por conseqüência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que o condensam.

A superioridade dos princípios na Constituição é defendida por Ivo Dantas⁹⁹, que afirma que a existência de princípios fundamentais representa uma hierarquia interna na própria Constituição. Tais princípios se encontram acima das demais

⁹⁸ SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 42.

⁹⁹ DANTAS, I. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 381.

matérias que compõem o próprio texto constitucional, sobre estas exercendo uma força vinculante, sobretudo, no instante do exercício interpretativo.

No mesmo sentido, destaca Uadi Lamêgo Bulos¹⁰⁰ que os princípios fundamentais, além de assegurarem a “unidade sistemática da constituição, atuam como vetores para soluções interpretativas e, por isso, dirigem-se ao Poder Público por intermédio de seus Órgãos, Legislativo, Executivo e Judiciário”. Além disso, acrescenta que, pelo fato dos princípios conterem em si uma “força expansiva, agregam também direitos inalienáveis, básicos e imprescritíveis, sendo por isso, na medida do possível, de aplicação imediata”.

Em razão do princípio da unidade da Constituição, temos também o entendimento de que todas as normas constitucionais se encontram no mesmo plano, o que não impede que normas de mesma hierarquia tenham funções distintas. Além disso, aos princípios cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do texto constitucional.¹⁰¹

A ação imediata dos princípios, segundo Jorge Miranda¹⁰², consiste em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. Dessa forma, o sentido dos preceitos constitucionais é extraído da conjugação com os princípios, e a integração é feita tornando explícitas normas que por ventura não foi possível ao constituinte expressar claramente.

Portanto, como nos ensina Roque Antonio Carrazza¹⁰³, os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais. A aplicação destes mandamentos deve dar-se de modo consentâneo com as diretrizes fixadas nos princípios. Em suma, os princípios são normas qualificadas, exibindo excepcional valor aglutinante: indicam

¹⁰⁰ BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 71-72.

¹⁰¹ BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 152.

¹⁰² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed., T. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 226-227.

¹⁰³ CARRAZA, R.A. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38-39.

como devem aplicar-se as normas jurídicas, isto é, que alcance lhes dar, como combiná-las e quando outorgar precedência a algumas delas.

As normas jurídicas, para a maioria dos doutrinadores¹⁰⁴, assim como as normas constitucionais, podem assumir duas configurações básicas quanto à sua estrutura: disposições ou regras e princípios. Existe ainda o consenso de que, assim como as regras, os princípios são normas que possuem imperatividade, figurando dessa forma, como espécies do gênero norma jurídica. Entre os doutrinadores brasileiros, a concepção mais aceita é a que faz diferenciação entre princípios e regras, cuja combinação das idéias de Dworkin¹⁰⁵ e Alexy¹⁰⁶ tornou-se uma doutrina majoritária.¹⁰⁷

Essa diferenciação entre princípios e regras acarreta importante repercussão para a existência da norma, principalmente quanto à sua interpretação, para o papel que desempenha no ordenamento, bem como para sua eficácia jurídica. Embora não seja o objetivo específico do presente trabalho, mas por ser importante o reconhecimento dessa diferença entre as espécies de norma jurídica, além das dificuldades que traz para a aplicabilidade dos princípios, o assunto será abordado, ainda que brevemente.

Nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, essa diferenciação vem sendo tema de constante relevo, levando a doutrina constitucional a vivenciar a euforia do “Estado Principiológico”¹⁰⁸, que muitas vezes, se traduz em alguns exageros e problemas teóricos, que inibem a efetividade do ordenamento jurídico. Para melhor entendimento quanto à diferenciação entre princípios e regras, abordaremos a

¹⁰⁴ Dentre eles: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93 e ss; BONAVIDAES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1999; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46-60; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, 1997, p. 83; DWORKIN, Ronald. **Es el derecho un sistema de normas? Filosofía del derecho**. Trad. de Javier Sainz de los Terreros. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

¹⁰⁵ DWORKIN, R. M. **Es el derecho un sistema de normas? Filosofía del derecho**. Trad. Javier Sainz de los Terreros. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

¹⁰⁷ Registra-se o início de um rompimento desse consenso com publicações recentes como ÁVILA, Humberto. **A teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 15.

doutrina mais difundida sobre o tema, que é a de Robert Alexy, a qual se apresenta fortes influências de Ronald Dworkin.

A definição dos princípios e, conseqüentemente, a diferenciação das regras receberam na verdade, uma grande contribuição de Ronald Dworkin.¹⁰⁹ Para o referido autor, as regras são aplicadas ao modo do *tudo ou nada*, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, de forma contrária, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos provenientes de outros princípios. Extrai-se daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que é demonstrável na colisão entre os princípios, nos casos em que um princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem perder, entretanto, sua validade. A distinção apresentada por Dworkin se refere à estrutura lógica dos princípios e das regras e se baseia em critérios de classificação, ao invés de estabelecer um grau de comparação como em Alexy.¹¹⁰

Apesar de ter se embasado nas considerações de Dworkin, Robert Alexy apresenta um modelo mais preciso de diferenciação entre regras e princípios, pois, segundo ele,

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

¹⁰⁹ DWORKIN, R. M. **Es el derecho un sistema de normas? Filosofía del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

¹¹⁰ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 28.

Como registrado pelo referido autor, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Assim, os princípios seriam apenas uma espécie de norma jurídica através da qual são fixados deveres de otimização, aplicados em vários graus, atendendo as possibilidade normativas e reais.

Por sua vez, J.J. Gomes Canotilho¹¹¹, doutrinador português que, por intermédio de sua obra, divulgou a doutrina de diferenciação entre princípios e regras no Brasil, classifica os princípios constitucionais basicamente em duas categorias que são os princípios jurídico-constitucionais e os princípios político-constitucionais. Os princípios jurídico-constitucionais para o referido autor seriam princípios gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorreriam de certas normas constitucionais e, não raramente, constituiriam desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da Constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, entre outros que, *mutatis mutandis*, figurariam nos Incisos XXXVIII a LX do Artigo 5º da nossa Constituição Federal.

Complementando, o referido autor nos ensina ainda que os princípios político-constitucionais também poderiam ser chamados de Princípios Constitucionais Fundamentais, ou Princípios Fundamentais, ou Princípios Constitucionais Fundamentais ou ainda Princípios Estruturantes do Estado Constitucional. Seriam constituídos por aquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo e seriam normas-princípio, isto é, normas fundamentais de que derivam logicamente as normas particulares, regulando imediatamente relações específicas da vida social. Estes se manifestariam como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que traduziriam as opções políticas fundamentais conformadas na Constituição. Seriam esses princípios fundamentais que constituiriam a matéria dos Artigos 1º ao 4º da Constituição Federal, dentre eles a dignidade da pessoa humana.

¹¹¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 171.

Seriam os princípios que, segundo Canotilho¹¹², constituiriam os princípios definidores da forma de Estado, dos princípios definidores da estrutura do Estado, dos princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral. Assim, temos que o ideal de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana é um princípio estruturante do Estado brasileiro e expresso no Art. 1º, Inciso III, da nossa Constituição. Esse ideal está presente ainda em outras partes do texto constitucional brasileiro, tais como no Artigo 5º, Incisos XLII, XLIII, XLVIII, XLIX, L, no Artigo 34, VII, b, no Artigo 226, parágrafo 7º, no Artigo 227, no Artigo 230, dos quais pode ser deduzido.

Como visto, encontramos, dentre os escopos da Constituição de 1988, a preservação da dignidade da pessoa humana, eleita como um princípio estruturante do atual Estado brasileiro (Artigo 1º, Inciso III, CF), princípio esse sobre o qual se deve edificar materialmente esse Estado Constitucional de aspiração social e democrática. Como conseqüências práticas desse reconhecimento, temos que a proteção da dignidade humana deixa de ser mera sugestão filosófico-axiológica para se tornar um dos imperativos fáticos em toda amplitude do Direito projetado na sociedade.

Outrossim, caracterizada como princípio estruturante, como classifica Canotilho¹¹³, a proteção da dignidade da pessoa humana transcende as generalidades teórico-políticas e projeta-se para o campo jurídico-político-pragmático de realização, assumindo tanto – nesse plano geral – seu papel de conformação política “*lato sensu*”, quanto – num plano específico – seu papel casuístico na promoção de justiça e na defesa do homem.

Existem muitos critérios propostos pela doutrina que tratam da distinção entre princípios e regras. Em resumo, Ana Paula de Barcellos¹¹⁴ destaca que alguns deles se apresentam mais consistentes do que outros, mas, no conjunto, todos contribuem para o entendimento da distinção entre princípios e regras. Os critérios elencados se

¹¹² CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 173.

¹¹³ *Ibid.*, p. 174.

¹¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46-57.

estabelecem em relação ao conteúdo, origem e validade, compromisso histórico, função no ordenamento, estrutura lingüística, esforço interpretativo exigido e aplicação. A seguir, falaremos um pouco sobre cada um desses critérios.

Inicialmente, temos a diferenciação quanto ao conteúdo, pois os princípios estão mais próximos da idéia de valor e direito e consistem numa exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, enquanto que as regras têm um conteúdo diversificado. Em relação à origem e validade, para os princípios, a origem decorre de seu próprio conteúdo, enquanto que, para as regras, derivam de outras regras ou dos princípios. Quanto à validade, é possível identificar quando e como uma regra tornou-se norma jurídica, o que não faz sentido em relação aos princípios. No critério compromisso histórico, os princípios são considerados, não pela maioria, universais, absolutos, objetivos e permanentes, enquanto as regras caracterizam-se pela relatividade dos seus conteúdos, variando de acordo com o tempo e lugar.

Temos ainda o critério da função exercida no ordenamento. Os princípios exercem uma função explicadora e justificadora em relação às regras, pois guardam grande quantidade de informação de todo o ordenamento jurídico, o que lhe confere unidade e ordenação. Quanto à estrutura lingüística, os princípios são mais abstratos que as regras e, em geral, não descrevem as condições necessárias para sua aplicação, por isso são aplicáveis a diversas situações, ao passo que, para as regras, é possível identificar suas hipóteses de aplicação. Existe também o esforço interpretativo exigido, pois, para os princípios, a atividade argumentativa é muito mais intensa, ao passo que, para as regras, apenas requerem uma aplicabilidade.

Outro critério importante de diferenciação é quanto à aplicação dos princípios e regras. Como já exposto anteriormente, as regras, de acordo com Ronald Dworkin¹¹⁵, têm estrutura biunívoca, ou seja, só admitem duas espécies de situação: uma regra vale ou não vale juridicamente, não são aceitas gradações. Ao contrário das regras, os princípios, por sua vez, como defende Alexy¹¹⁶, determinam que algo

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Es el derecho um sistema de normas? Filosofia del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 493.

seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes.

Acrescenta Ana Paula de Barcellos¹¹⁷ mais duas diferenças que podem ser apontadas em relação aos princípios e regras. A primeira delas é relativa à indeterminação dos efeitos, em que, ao contrário das regras, os efeitos que os princípios desejam produzir são relativamente indeterminados. Para melhor entendimento, tem-se o exemplo da regra que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos, o qual produz um efeito específico, ou seja, a proibição de menor de 18 anos realizar trabalho noturno perigoso ou insalubre. Mas quando se analisa um princípio, não se verifica o mesmo efeito específico, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não podemos dizer de imediato quais são os efeitos que ele pretende produzir e o seu real significado, uma vez que existem muitas concepções diferentes do que seja dignidade humana.

Assim, as conclusões que a autora apresenta quanto aos efeitos que um princípio pretende produzir é que se irradiam a partir de um núcleo básico determinado, semelhante às regras. A partir do núcleo referenciado, esses efeitos vão tornando-se indeterminados, porque variam em função de concepções políticas, ideológicas, religiosas, dentre outras, ou ainda porque surgem situações indetermináveis não previstas, em que o efeito básico do princípio poderá ser aplicado.

A outra diferença apontada em relação aos princípios e regras trata da multiplicidade de meios para atingir os efeitos pretendidos por uma norma. Aqui temos, ainda, que o efeito pretendido pela norma seja determinado, pois os meios para atingir tal efeito são múltiplos.

Por sua vez, Luiz Roberto Barroso¹¹⁸ assinala que os princípios constitucionais é o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados

¹¹⁷BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 51-57.

¹¹⁸BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151.

básicos e seus fins. Simplificando, são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. Acrescenta o referido autor que já se encontra superada a distinção que se fazia entre norma e princípio, pois,

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Dessa forma, podemos afirmar que os princípios se irradiam por todo o sistema jurídico constitucional, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. As regras, por sua vez, indicam conseqüências jurídicas quando aplicadas aos casos concretos.

Apesar das inúmeras concepções existentes acerca da diferenciação entre princípios e regras, registramos que existe um consenso geral de que eles possuem o *status* de norma jurídica e integram o sistema de interpretação sem hierarquia. Entretanto, inovando sobre o tema, para Humberto Ávila, “o critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.”¹¹⁹

Para tanto, o autor apresenta quatro critérios de distinção entre princípios e regras, fazendo comentários sobre eles. Em primeiro lugar, apresenta o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma conseqüência que predeterminam a decisão, as quais são aplicadas ao modo ‘se, então’, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. Em segundo lugar, apresenta o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no

¹¹⁹ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 27.

fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo-ou-nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*. Em terceiro lugar, apresenta o critério do relacionamento normativo, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante uma ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em quarto lugar, apresenta o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.¹²⁰

O referido autor, utilizando esses critérios de diferenciação, apresenta proposta de conceito para as regras e para os princípios, dizendo que

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹²¹

Além do esclarecimento conceitual das espécies de norma, apresenta as diretrizes para a análise dos princípios e sua eficácia, que são primordiais para o entendimento da posição ocupada pela dignidade da pessoa humana na Constituição Federal. Partindo da conceituação dos princípios como normas finalísticas, ou seja, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização, ele¹²² propõe passos para a análise dos princípios, examinando inclusive como eles devem ser

¹²⁰ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 31-69.

¹²¹ Ibid., p. 70.

¹²² Ibid., p. 72-77.

aplicados. Para a análise apresentada, considera os princípios como normas importantes para a compreensão do sentido das regras que são adequadamente compreendidas se interpretadas de acordo com os princípios que lhe são subjacentes.

Assim, para a análise dos princípios, inicialmente, deve ser realizada a leitura da Constituição Federal, com a atenção voltada para os dispositivos relacionados ao princípio objeto de análise; devem ser relacionados os dispositivos em função dos princípios fundamentais; deve ser diminuída a vagueza dos fins por meio da análise das normas constitucionais que possam, de forma direta ou indireta, restringir o âmbito de aplicação do princípio. Acrescentamos que o segundo passo é a investigação da jurisprudência principalmente dos Tribunais Superiores, visando encontrar casos cuja solução possa servir de exemplo para outros. Estes passos mostram o caminho a ser percorrido e o esforço exigido nesse percurso, que, para Humberto Ávila, tem uma finalidade de “superar a mera exaltação de valores em favor de uma delimitação progressiva e racionalmente sustentável de comportamentos necessários à realização dos fins postos pela Constituição Federal”.

Teorizando a respeito das funções dos princípios, temos para Humberto Ávila¹²³ que

Os sobreprincípios, como, por exemplo, os princípios do estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, exercem, importantes funções, mesmo na hipótese de os subprincípios já estarem expressamente previstos pelo ordenamento jurídico. Como princípios que são, os sobreprincípios exercem as funções típicas dos princípios (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente por atuarem “sobre” outros princípios (daí o termo sobreprincípios), não exercem nem a função integrativa (porque essa função pressupõe a maior especificação e os sobreprincípios atuam para ampliar em vez de especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a função

¹²³ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 79-80.

rearticuladora, já que eles permitem a interação entre vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado.

Fazendo uma adaptação da teoria das funções dos princípios defendida pelo referido autor, podemos exemplificar a função rearticuladora do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana prevista na Constituição Federal. O referido sobreprincípio permite o relacionamento entre o subprincípio da liberdade com as regras da liberdade de imprensa, acesso às informações, inviolabilidade da intimidade, vida privada e imagem das pessoas, de maneira que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado separadamente.

Encerrando a análise da teoria dos princípios e regras, podemos dizer que na dignidade da pessoa humana, ao ser prevista no texto constitucional das outras ordens constitucionais, nem sempre houve clareza quanto ao seu enquadramento, como ocorreu na Constituição Brasileira. O enquadramento escolhido pelo constituinte brasileiro foi não incluir a dignidade da pessoa humana na relação dos direitos e garantias fundamentais, preferindo destacá-la como princípio fundamental, se espelhando no constitucionalismo e na doutrina portuguesa e espanhola.

Neste contexto, Ingo W. Sarlet¹²⁴ ressalta que o dispositivo que reconhece a dignidade

como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não-violação da dignidade), mas que também impõem condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo.

Assim, verificamos que o Constituinte de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, expressando o reconhecimento de que o indivíduo há de

¹²⁴ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 69-70.

constituir o objetivo principal da ordem jurídica¹²⁵. Sendo fundamental, o princípio traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

Para Luís Roberto Barroso¹²⁶ o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.

Ressaltamos que a dignidade da pessoa humana foi expressamente positivada pelo constituinte de 1988 numa fórmula principiológica. Não se trata de uma criação constitucional, mas de um valor ao qual foi atribuída máxima relevância jurídica e expressa incorporação ao sistema jurídico constitucional.¹²⁷ Configura-se, portanto, como um princípio constitucional que tem a pretensão de plena normatividade, caracterizado como princípio constitucional fundamental da ordem jurídico-constitucional brasileira, incluso na Constituição numa posição de destaque, como já referenciado.

4.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FONTE

O constitucionalismo contemporâneo tem caracterizado a Constituição como uma ordem objetiva de valores¹²⁸, que retratam os valores de uma comunidade em determinado período histórico. Assim, como registra Daniel Sarmiento¹²⁹, após um

¹²⁵ MARTINS, F.J.B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p.71-73.

¹²⁶ BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. **A nova interpretação constitucional dos princípios**. In: Dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.128.

¹²⁷ SILVA, J. A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, p. 91, 1988.

¹²⁸ Vários autores defendem esta concepção entre eles: BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002; SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editor, 1999.

¹²⁹ SARMENTO, D. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.59-60.

período histórico conturbado pelo autoritarismo, que foi superado pela abertura democrática, o constituinte brasileiro deu um “colorido humanista” à sua obra, consagrando a dignidade da pessoa humana como “valor nuclear” da ordem constitucional.

A própria definição de dignidade da pessoa humana apresentada por Enrique Aguayo¹³⁰ mostra esse valor, pois eis que “La palabra “dignidad” es abstracta y significa “calidad de digno”. Deriva del adjetivo latino *dignus*, a, um, que se traduce por “valioso”. De aqui que la dignidade es la calidad de valioso de um ente”.

Para Peces-Barba¹³¹, no mesmo sentido, “La dignidad humana es hoy um referente del pensamiento moral, político y jurídico, y para este último alcanza el papel de valor o de principio, o como critério fundante de los valores, los principios y los derechos”.

O entendimento é de que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República e do Estado Democrático de Direito por ela instituído, expressamente prevista no texto constitucional por ela estar repleta de um valor historicamente construído.¹³² Para Ingo Sarlet¹³³, o fato de a dignidade da pessoa humana ter sido reconhecida pela Constituição de 1988 como princípio fundamental não afasta o seu papel como valor fundamental para toda a ordem jurídica, mas, ao contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade. Acrescenta-se ainda que a dignidade da pessoa humana, na sua qualidade de princípio fundamental, constitui “valor-guia” não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica, o que, para muitos doutrinadores, justifica sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia “axiológico-valorativa.”¹³⁴

¹³⁰ AGUAYO, Enrique. **El concepto de persona en la filosofía de Mauricio Beuchot**. Estudios.filosofia-historia-letras. Verano, 1995, p.24.

¹³¹ PECES-BARBA, Gregório Martinez. **Filosofía del derecho**. Madri: Editorial Dykinson, 2002.

¹³² MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 53.

¹³³ SARLET, I. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.71-72.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 74.

Paulo Bonavides¹³⁵ ressalta que nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que a dignidade da pessoa humana, pois, hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, é o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores.

A dignidade da pessoa humana é um valor máximo que tem relação direta com o conteúdo de todos os direitos humanos do homem, iniciando pelo direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, de acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira¹³⁶,

o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

Como valor fonte do sistema constitucional, a dignidade da pessoa humana condiciona a interpretação e aplicação de todo o texto, conferindo uma unidade axiológico-normativa aos diversos dispositivos constitucionais.

4.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO UNIDADE AXIOLÓGICA

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido.¹³⁷ Este é o valor fundamental escolhido

¹³⁵ BONAVIDES, P. Prefácio à obra de Ingo W.SARLET. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹³⁶ SILVA, J.A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. **Revista do Direito Administrativo**, n. 212, p. 92, 1988.

¹³⁷ PIOVESAN, F. Direitos Humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 192.

pelo constituinte como centro do sistema, como decisão básica do Estado brasileiro. Independente da sua origem, seja como uma condição inata do ser humano, seja como uma construção cultural ou resultado das conquistas de diversos povos, a dignidade da pessoa humana é atualmente entendida como um axioma¹³⁸ jusfilosófico do nosso sistema jurídico.

O fato da dignidade da pessoa humana ser um valor fonte do sistema constitucional como já exposto, condiciona a interpretação e aplicação de todo o texto, conferindo unidade axiológico-normativa aos diversos dispositivos constitucionais, que muitas vezes se encontram sem relação aparente e até mesmo em franca contradição.¹³⁹ Os diversos dispositivos constitucionais aqui referenciados aparecem no preâmbulo, no Artigo 1º, Inciso III, no qual é tratado como fundamento, bem como no conjunto de outros princípios, subprincípios e regras existentes ao longo da Carta constitucional.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, como ressalta Flademir J. Belinati Martins¹⁴⁰, funciona como

parâmetro de interpretação de todo o sistema constitucional [...] Melhor seria, portanto, trabalharmos com uma perspectiva em que se reconhece a existência de uma pauta de valores constitucionais, em cujo centro repousa, sem sombra de dúvida, por sua importância axiológica, a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a interpretação ocorre com observância de outros valores existentes na Constituição, bem como permite a harmonização entre eles, contribuindo para a noção, já mencionada, da Constituição como ordem objetiva de valores.

Em resumo, temos que a unidade axiológico-normativa¹⁴¹ do sistema constitucional deve ser aferida, essencialmente, a partir de uma tábua axiológica, em cujo cerne se encontra a dignidade da pessoa humana. Nessa linha de entendimento, ressalta

¹³⁸ Axioma significa uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, de tal forma que não é nem possível, nem necessário prová-la.

¹³⁹ MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 53.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 64.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.66.

Daniel Sarmiento¹⁴² que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o “epicentro axiológico da ordem constitucional”, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.

É necessário, ainda, abordar a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o que vem sendo entendido pela doutrina como o seu núcleo material elementar, identificando o conjunto de bens e utilidades básicas para a existência de uma vida com dignidade.

4.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Além das funções já apresentadas, a efetividade da dignidade da pessoa humana, segundo Ana Paula Barcellos¹⁴³, resulta também dos próprios objetivos da constituição democrática, que são “assegurar um consenso mínimo e garantir o pluralismo político”. Complementa ainda a autora, afirmando, quanto ao primeiro objetivo, que “cabe à Constituição tomar determinadas decisões políticas fundamentais, dentre as quais a de garantir um mínimo de direito aos indivíduos, que são colocados pelo poder constituinte originário fora do alcance da deliberação política e das maiorias”. E, em relação ao segundo objetivo, significa “garantir a abertura do sistema e o exercício democrático de modo que o povo possa, a cada momento, decidir o caminho a seguir.”

A dignidade da pessoa humana, devido à sua amplitude, ocupa espaços tanto no campo do consenso mínimo, como no da liberdade democrática. Assim, essa é a razão dos autores se referirem à dignidade da pessoa humana, invocando variadas concepções, como, por exemplo, a defesa e a condenação do aborto, a defesa e a condenação da eutanásia, dentre outros.¹⁴⁴ Sobre essa amplitude da dignidade da pessoa humana, assinala Antônio J. Azevedo¹⁴⁵ que trata-se de um

absurdo jurídico o mesmo texto normativo constitucional, usado para fundamentar tanto a permissão da introdução quanto a proibição da introdução, da eutanásia, do abortamento, da pena de morte, da

¹⁴² SARMENTO, D. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.59-60.

¹⁴³ BARCELLOS, A. P. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 221, p. 175, Jul. 2000.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 177.

manipulação de embriões, do exame obrigatório de DNA, da proibição de visitar os filhos, etc.[...].

Para melhor entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos campos citados, invoca-se a imagem de dois círculos concêntricos.¹⁴⁶ O círculo interior trata do mínimo de dignidade que deverá ser respeitado e representa o efeito concreto pretendido pela norma exigível. O espaço que se situa entre o círculo interno e o externo será preenchido pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade em cada momento histórico.

Embora não seja necessário determinar todo o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, por ele conter um campo livre para a deliberação política, é preciso verificar o núcleo de efeitos pretendidos, ou seja, o conteúdo mínimo da dignidade¹⁴⁷, objetivo dessa abordagem.

Nesse caso, a noção de mínimo existencial para Ana Paula de Barcellos¹⁴⁸, é um conjunto de direitos selecionados dentre os direitos sociais, econômicos e culturais. Ou ainda, o conjunto de situações materiais indispensáveis à existência física, intelectual e espiritual humana digna, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. Partindo da premissa de que os princípios, como ensina Luís Roberto Barroso¹⁴⁹, possuem um núcleo no qual operam como regras, sustenta-se que, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial.

¹⁴⁵ AZEVEDO, A.J. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.9, p. 7, Jan/Mar. 2002.

¹⁴⁶ BARCELLOS, A. P. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 221, p. 178, Jul. 2000.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p.179.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.198.

¹⁴⁹ BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 128.

No texto constitucional de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, já previsto no Artigo 1º, foi disperso ao longo de todo o texto através de várias outras modalidades de normas jurídicas. Ana Paula Barcellos¹⁵⁰ dividiu esses dispositivos que se referem à dignidade da pessoa humana em quatro níveis, iniciando pelo princípio mais genérico, passando por princípios cujos fins já estão mais delineados, até chegar aos subprincípios e regras, como já exposto.

Dos níveis apresentados, as normas reunidas no último nível, ou nível IV, é que são as que vão compor o mínimo de dignidade, juntamente com outros direitos individuais. Esse nível é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, que são: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Eles correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e que podem ser exigíveis perante o Poder Judiciário.

Conforme o texto constitucional¹⁵¹, inicialmente destacamos os direitos ou elementos materiais citados. Em primeiro lugar, encontra-se o direito à educação fundamental, no Artigo 30, Inciso VI da Constituição, a cargo dos Municípios. Além disso, no Artigo 205, com o texto: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” e no Artigo 208, “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; [...] §1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

A educação é prevista na Constituição como uma atividade prioritária do Estado. Quanto mais abrangente e completa for a prestação da educação pelo Poder Público, melhor a vontade constitucional terá sido realizada. Observa-se que a

¹⁵⁰ BARCELLOS, A. P. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 221, p. 182, Jul. 2000.

¹⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

norma constitucional funciona como um princípio, com apenas o esboço dos fins a serem alcançados.

No Artigo 196 da Constituição, temos a saúde básica, em que está escrito: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Para Ana Paula de Barcellos¹⁵², o ponto mais difícil é o relacionado à saúde. Isto, em primeiro lugar, porque “há fatores totalmente alheios ao controle humano que podem afetar de forma irremediável a saúde. Em segundo, e mais importante, porque as prestações de saúde disponíveis no mundo moderno têm uma amplitude enorme e um custo cada vez mais elevado”.

É preciso reconhecer, como ressalta ainda a autora, que “o texto constitucional não oferece todas as respostas para delimitar o que é saúde mínima e, portanto, qual o conjunto de efeitos mínimos que deriva da dignidade humana no que diz respeito à saúde”. Alguns critérios como o saneamento básico e a vacinação preventiva, que deverão ter prioridade, foram previstos pela Constituição.

As escolhas desses critérios pelo constituinte não foram aleatórias. O saneamento básico e as ações preventivas, de uma forma geral, são medidas de saúde pública de grande necessidade e utilidade. Essas medidas representam a melhor relação custo-benefício, pois preservam-se as condições de saúde das pessoas, evitando-se gastos com reparações posteriores.¹⁵³

Quanto à assistência aos desamparados ou à assistência social, existe no Artigo 6º da Carta Magna previsão expressa para quem esteja desamparado de auxílio que atenda as necessidades básicas de alimentação, vestuário e abrigo. E ainda, no Artigo 7º, Inciso II, tem-se a previsão do seguro-desemprego e da assistência social. A assistência será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição,

¹⁵² BARCELLOS, A. P. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 221, p. 185, Jul. 2000. 2000, p.185

¹⁵³Ibid., p.179.

especialmente para a promoção da integração ao mercado de trabalho e, ainda, mediante o pagamento de um salário-mínimo mensal para a garantia de sobrevivência do idoso e do deficiente que não tenham condições de prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.¹⁵⁴ A assistência social ou aos desamparados, prevista dessa forma na Constituição, é no sentido de produzir o socorro aos necessitados e de evitar situações de indignidade e miséria totais.

A avaliação acerca dessa necessidade é bastante objetiva, pois considera-se que existe um patamar, abaixo do qual qualquer pessoa se encontrará em um estado de indignidade. Esse patamar corresponde ao núcleo do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que será violado se esse limite não for respeitado.¹⁵⁵ Esses três elementos materiais, ou seja, a educação fundamental, a saúde e a assistência aos desamparados, foram escolhidos de forma técnica, conforme aduz Ana Paula Barcellos¹⁵⁶, ao explicar que

a própria Constituição trata deles de forma específica. Nada obstante, os três pontos se justificam logicamente. A saúde mínima se relaciona de forma muito próxima com o direito à vida, sendo dela quase indissociável. A educação fundamental é pressuposto essencial na formação dos cidadãos capazes de participar de uma democracia, bem como na capacitação mínima para o trabalho. Negá-la a quem quer que seja significa alijar o indivíduo da participação democrática bem como condená-lo quase certamente à miséria. A assistência aos desamparados é o último recurso para impedir que alguém ultrapasse a linha da miséria absoluta da indignidade.

Entretanto, o direito à existência digna não é assegurado apenas pela não abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. Existe também o cumprimento de prestações positivas, o qual pode ser verificado na previsão de nossa Lei Fundamental, quando se impõe ao Estado e à sociedade a realização de ações integradas para a implementação da seguridade

¹⁵⁴ BARCELLOS, A. P. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 221, p. 185, Jul. 2000.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.182-183.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.186.

social, destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social.¹⁵⁷

Como exemplificado por Ana Paula Barcellos¹⁵⁸, ao Estado cabe organizar e manter sistema previdenciário, com vistas a suprir os rendimentos do trabalhador por ocasião das contingências da vida gregária, como disposto no Artigo 201, da CF, englobando: a) cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; b) proteção à maternidade, especialmente à gestante; c) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes do trabalhador de baixa renda; e) pensão por morte.

Acrescenta a autora que, da mesma forma, quanto aqueles não filiados à previdência social, incumbe-se ao aparato estatal a prestação de assistência social quando necessitarem, conforme previsão do Artigo 203, consistindo nas seguintes prestações: a) proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) amparo às crianças e adolescentes carentes; c) promoção da integração ao mercado de trabalho; d) habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiências, com a sua integração à vida em comunidade; e) garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, tendo sua regulamentação surgida com a Lei 8.742/93. Temos, ainda, as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que colimem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme previsão do artigo 196.

Segundo ainda a referida autora, esses parâmetros protetivos não se esgotam na província das relações Estado – indivíduo. Eles avançam suas fronteiras, de sorte a evitar o empobrecimento sem causa por ato atribuível ao particular. Para tanto,

¹⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988) **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Artigo 194. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁵⁸ BARCELLOS, A. P. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 221, p. 188, Jul. 2000.

apresenta, nesse sentido, dois exemplos constitucionais que são: a porção mínima de direitos assegurados ao empregado, urbano ou rural, (Artigo 7º, Inciso I a XXXIV, da Lei Maior) e o respeito à defesa do consumidor nos vínculos contratuais de massa, (Art. 5º, Inc.XXXII e Art. 170, Inc. V).

Complementa Ana Paula de Barcellos que o Artigo 170, *caput*, da Lei Máxima, ao tratar da ordem econômica, observa a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e assinala como finalidade garantir a todos existência digna, em compasso com os ditames da justiça social.

Em relação ao núcleo material mínimo, ressalta Jorge Reis Novais¹⁵⁹ que, reconhecendo a justeza das reservas a uma concepção material pré-determinável de dignidade da pessoa humana, ainda assim, é possível delimitar um núcleo material mínimo da dignidade pessoal. No sentido desse núcleo essencial, a dignidade será heteronomamente violada quando a pessoa for degradada ao nível de uma coisa ou um objeto do atuar estatal, na medida em que deixe de ser considerada um fim autônomo, para ser tratada como instrumento ou meio de realização de fins alheios.

A seguir, falaremos acerca dos conceitos e diversos sentidos, bem como algumas concepções da expressão “dignidade da pessoa humana” adotado pela doutrina. Contudo, não pretendemos empreender uma discussão sobre a diferenciação dos sentidos aplicados à dignidade da pessoa humana com a finalidade de enquadrá-la em um deles, e sim com o objetivo de contribuir para a clarificação do tema.

¹⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno do princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, J. (Org.). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. 1, p. 329.

5 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E CONCEPÇÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

“[...] mesmo que os conceitos versados na hipótese da norma ou em sua finalidade sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim têm algum conteúdo determinável, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras”.¹⁶⁰

A maioria dos doutrinadores¹⁶¹ entende que são poucos temas jurídicos que apresentam dificuldades conceituais como a dignidade da pessoa humana. Como aponta Gustavo Tepedino¹⁶², dois fatores contribuem para essa dificuldade, assim como para a conceituação dos direitos da personalidade,

De um lado, os avanços da tecnologia e dos agrupamentos urbanos expõem a pessoa humana a novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando disciplina; de outro lado, a doutrina parece buscar em paradigmas do passado as bases para as soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, não se ajustam aos modelos nos quais se pretende enquadrá-las.

Com efeito, apresenta-se de forma diversa a concepção doutrinária sobre a dignidade da pessoa humana em seu conceito, bem como em seu real significado, ao ser positivada e inclusa na Constituição Federal de 1988. Corroborando essa afirmativa, citamos Antônio Junqueira de Azevedo¹⁶³, que afirma: “Tomada em si, a expressão é um conceito jurídico indeterminado; utilizada como norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico”. E continua o autor afirmando que “Infelizmente, porém, o acordo sobre palavras, “*dignidade da pessoa humana*” já não esconde o grande desacordo sobre o seu conteúdo”.

¹⁶⁰ MELLO, C.A.B.de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editor, 1992, p.28.

¹⁶¹ Dentre eles AZEVEDO, A. J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.9 , p. 3, Jan/Mar. 2002 e TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.23-24.

¹⁶² TEPEDINO, op. cit., p.23-24, nota 161.

¹⁶³ AZEVEDO, op. cit., p.3, nota 161.

Para dirimir as dúvidas e clarificar o significado de dignidade da pessoa humana, o referido autor conclui e sugere que "... impõe-se ao jurista brasileiro, evitando uma axiologia meramente formal, dar indicações do conteúdo material da expressão". Observamos que o jurista brasileiro tem realmente se preocupado com o esclarecimento da concepção da dignidade da pessoa humana, apesar que, de forma muitas vezes controversa, como José Afonso da Silva¹⁶⁴, ao afirmar que

Apenas convém esclarecer que não se trata de um princípio constitucional fundamental. E fazemos esse esclarecimento, porque, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina passou a tentar enquadrar tudo nesse conceito, sem atinar que ele é um conceito que se refere apenas à estruturação do ordenamento constitucional, portanto mais limitado do que os princípios constitucionais gerais, que envolvem toda a ordenação jurídica".

Embora haja tentativa de esclarecimento por parte dos juristas brasileiros sobre a dignidade da pessoa humana, observa-se que a freqüente referência ao termo é dificultada. Como ressalta Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁶⁵, "[...] não por ser um princípio matriz no constitucionalismo contemporâneo se pode ignorar a ambigüidade e porosidade do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana". A autora complementa afirmando que "Até o papel por ele desempenhado é diversificado e impreciso, sendo elemento em construção permanente mesmo em seu conteúdo".

Essa construção permanente do conceito da dignidade da pessoa humana está ligada à evolução do ser humano, cuja essência é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo é sempre, na duração de sua vida, algo de inacabado, uma realidade em contínua transformação. Nesse sentido, o ser humano é o único ser incompleto pela sua própria essência, apresentando uma característica singular de permanente acabamento¹⁶⁶. Essa assertiva é corroborada por Enrique Aguayo¹⁶⁷, quando conceitua a dignidade da pessoa humana, considerando que

¹⁶⁴ SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, p. 91, abr./jun. 1988.

¹⁶⁵ ROCHA, C. L. A. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, v.4, p. 24, 1999.

¹⁶⁶ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

¹⁶⁷ AGUAYO, Enrique. **El concepto de persona em la filosofía de Mauricio Beuchot**. Estudios.filosofia-historia-letras, Verano 1995, p. 23.

La persona es perfecta, porque posee em sí misma todas las cualidades o facultades que debe tener para ser persona: inteligência y apetición[...]. Cabe precisar que uma coisa es la facultad y outra el ejercicio de la cualidad. Así, um tipo de ser es el pensamiento y otro su acto: idea, juicio y raciocínio. Em el primer aspecto, la persona posee sus facultades, más a medida que vaya creciendo irá obteniendo el conocimiento.

Na própria Declaração Universal da ONU de 1948, temos, em seu Artigo 1º, que "todos **nascem** livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, **devem agir** uns com os outros em espírito e fraternidade" (grifo nosso).

Esse preceito se coaduna com a concepção de que o homem está em permanente acabamento. Nascem iguais e, ao longo de sua existência vão transformando-se e contribuindo para a formação de sua personalidade e, conseqüentemente, influenciando para o entendimento diverso do conteúdo da dignidade da pessoa humana. Com efeito, aponta corretamente Ingo W. Sarlet¹⁶⁸ que

a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual [...]nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.

No mesmo sentido, Daniel Sarmiento¹⁶⁹ salienta que o princípio da dignidade da pessoa humana, embora impregnado por inafastável carga axiológica, não é "estático e perene, mas histórico, tendo variado bastante aos sabor das mudanças que afetaram a sociedade" e que ainda não chegou ao seu "fim da História".

¹⁶⁸ SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.42.

¹⁶⁹ SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.66.

Na tentativa de clarificar o sentido da dignidade da pessoa humana, ressalta Jorge Miranda¹⁷⁰ que “a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato”. Nesse sentido, apenas a dignidade de determinada pessoa, ou pessoas, é suscetível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato. Com a concepção de que a dignidade constitui um atributo da pessoa humana individualmente considerada, não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo.¹⁷¹

Em sentido contrário, encontramos o posicionamento de Daniel Sarmiento¹⁷², que entende que “a dignidade não é reconhecida apenas às pessoas de determinada classe, nacionalidade ou etnia, mas a todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de pertencer à espécie humana”. Entretanto, no direito constitucional positivo brasileiro, é a dignidade da pessoa humana concreta e individualmente considerada que é objeto principal do reconhecimento e proteção pela ordem constitucional, e não a dignidade da humanidade.

Embora se encontre a dificuldade para esclarecer o que seja efetivamente esta dignidade, para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷³, o mesmo não ocorre quando verificamos situações em que ela é desrespeitada, não restando dúvidas de que ela existe. Assim, muitas vezes, os casos concretos são indispensáveis para a obtenção de uma aproximação conceitual da dignidade da pessoa humana. Registra também o referido autor que, ao longo dos tempos, a doutrina e a jurisprudência buscaram estabelecer os contornos básicos do conceito e concretização do conteúdo da dignidade da pessoa humana, embora não seja uma definição genérica e abstrata aceita por todos.

¹⁷⁰ MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, v. 4, 1991. p. 184.

¹⁷¹ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.53.

¹⁷² SARMENTO, D. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.60.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 113.

Abordaremos, a seguir, algumas concepções existentes na doutrina acerca da dignidade da pessoa humana, embora cientes de que são passíveis de críticas em alguns aspectos, como será apresentado.

5.1 CONCEPÇÃO INATA E CONCEPÇÃO PRESTACIONAL E PROMOCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁴, as teorias existentes acerca do conteúdo e fundamentação da dignidade da pessoa humana podem ser agrupadas em duas concepções. A primeira concepção diz respeito às teorias que entendem a dignidade da pessoa humana como “qualidade inata”, fundada na “razão ou dádiva divina”, no sentido de que a dignidade constitui uma “qualidade ou propriedade peculiar e distintiva da pessoa humana”.

Em relação a esta concepção, observa-se que não se trata de aspectos específicos da existência humana, tal como a integridade física, a vida, a intimidade propriedade, dentre outros. Trata-se de uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, segundo a qual a dignidade passou a ser entendida como valor próprio que identifica o ser humano como tal, o que não contribui satisfatoriamente para a compreensão efetiva do que seja o âmbito de proteção da dignidade.¹⁷⁵

Além disso, alguns autores apontam para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como intrínseca à natureza humana. Isto porque a dignidade também possui um sentido cultural, pois vem sendo construída através de diversas gerações e da humanidade em seu todo. Ou seja, vem sendo concretizada “histórico-culturalmente”.¹⁷⁶ Assim, podemos afirmar que a concepção inata da pessoa humana não subsiste por si só. Ela se harmoniza com o sentido cultural da dignidade da pessoa humana, com a qual estabelece uma complementação e interação mútua.

¹⁷⁴ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.47-50.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.39.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 46-47.

Apesar do entendimento da contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana, existem ainda indagações se a dignidade estaria acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que são considerados legítimos e estão enraizados na prática social e jurídica de algumas comunidades.¹⁷⁷ Ressaltamos que mesmo sendo possível ter um conceito de dignidade como universal, não haveria como evitar diferenças e até mesmo conflituosidade sempre que fosse necessário analisar se determinada conduta seria ou não ofensiva à dignidade. É nesse sentido o pensamento de Dworkin¹⁷⁸, quando expressa que “qualquer sociedade civilizada tem seus padrões e convenções a respeito do que constitui esta indignidade, critérios que variam conforme o local e a época”.

Ressaltamos também a manifestação de Peces-Barba¹⁷⁹ sobre a universalidade dos direitos humanos e a questão cultural relacionada à dignidade humana, pois

No se puede dudar que la construcción teórica de este gran edificio de la cultura que es la ética pública ilustrada, de la modernidad, tiene una vocación de universalidad que se fundamenta en los valores básicos que defiende y que arrancan de la idea de dignidad humana. Esta dignidad se expresa en que el hombre es un ser comunicativo y social, que vive en diálogo con los demás, a través del lenguaje racional, capaz de construir conceptos generales, y un ser moral y de fines que construye su propio ideal de vida, su propia moralidad privada en convivencia con los demás. Son los valores morales que hacen posible una vida social conforme con esa dignidad humana, a través de una organización social democrática y que, desarrolla esa moralidad pública en forma de principios de organización social y de derechos humanos, lo que es universal.

Já que a dignidade da pessoa humana para muitos doutrinadores é uma qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, esta pode e deve ser reconhecida, promovida e protegida. Entretanto, não pode ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Autores

¹⁷⁷ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 57.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 57.

¹⁷⁹ PECES-BARBA, Gregório Martínez. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 312.

ainda afirmam que a dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano¹⁸⁰. Embora exista esse entendimento, encontramos também posicionamento doutrinário em sentido contrário, como veremos posteriormente, em que é admitida a eventual relativização da dignidade nos casos em que se verifica conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas.

A outra concepção apresentada por Ingo W. Sarlet¹⁸¹ é a que reúne as teorias prestacionais, que vêem na dignidade o produto (a prestação) da subjetividade humana. Nesse sentido, a dignidade seria uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurá-la, mas sim dar as condições para a realização da prestação. Assim, na concepção prestacional, a pessoa conquista sua dignidade a partir de uma conduta auto-determinada e da construção com êxito da sua própria identidade. A dignidade é construída, assim, pela pessoa através de suas próprias decisões.

Percebe-se que esta concepção coloca em risco a proteção efetiva da dignidade da pessoa humana das pessoas que não se encontram em condições de construir sua dignidade. Como, por exemplo, o nascituro e o absolutamente incapaz, os quais têm dignidade, além de terem o direito de ter a mesma respeitada e protegida. Surge aqui a concepção protetiva da dignidade da pessoa humana, que poderá prevalecer em face da dimensão autônoma (prestação). Isto se dá porque toda pessoa que não possuir decisão própria poderá perder o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, entretanto tem o direito de ser tratado com dignidade.¹⁸²

Ressalta-se que a capacidade aqui referida não é a capacidade jurídica, e sim a capacidade para agir. Essa diferença é apresentada por Silmara J. A. Chinelato e Almeida¹⁸³, pois, “enquanto a capacidade jurídica se conquista no momento do nascimento, a capacidade de agir, ao contrário, adquire-se, com o desenvolvimento

¹⁸⁰ Nesse sentido, Fernando Ferreira dos Santos. **Princípio constitucional da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 32.

¹⁸¹ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 48.

¹⁸² *Ibid.*, p. 50

¹⁸³ ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 129.

da faculdade intelectual e volitiva, porque pressupõe a capacidade de compreender e de querer”.

Retomando as teorias apresentadas, acrescentamos que, para Ingo W. Sarlet¹⁸⁴, dependendo do reconhecimento, a dignidade da pessoa humana pode possuir um elemento fixo e outro mutável, ao afirmar

que na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).

Observamos, entretanto, que, além das teorias citadas serem passíveis de críticas em alguns aspectos, não se verifica uma oposição fundamental entre elas, uma vez que ambas se apóiam na subjetividade e na autonomia dos indivíduos. Ressaltamos ainda que, para o referido autor, esse caráter prestacional (de promoção e não só de proteção) seria o principal fator de distinção entre a “noção liberal setecentista” e a “noção atual democrática” da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Independente dessas teorias, corroboramos com a idéia de que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver a limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em

¹⁸⁴ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 47-48.

direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹⁸⁵

Daí o entendimento de que, não existindo o apoio do Estado ou da comunidade aos indivíduos para que realizem suas necessidades existenciais básicas, não é possível atendê-las. Nesse sentido, Antônio E. Pérez Luño¹⁸⁶ aponta para a dupla dimensão constitutiva do princípio da dignidade da pessoa humana. A primeira delas a dimensão negativa, que tem como objetivo impedir a submissão da pessoa humana a ofensas e humilhações. Assim, a dimensão negativa do princípio significa a limitação da atuação do Estado, que tem o dever de não praticar atos, seja na esfera administrativa, seja na jurisdicional, que atentem contra a dignidade humana. A outra dimensão apresentada é a positiva, que, por sua vez, prevê que cabe ao Estado a responsabilidade de promover a dignidade da pessoa humana, através do oferecimento de condições de sobrevivência ao ser humano, tais como alimentação, moradia, saúde, educação, dentre outros.

Acrescentamos a observação de Daniel Sarmiento¹⁸⁷ quanto à atuação do princípio da dignidade da pessoa humana existente também nas relações privadas, pois “a tábua axiológica adotada pelo constituinte, cujo centro de gravidade repousa no princípio em causa, modela e limita a autonomia privada, condicionando-a ao respeito dos valores substanciais ligados à pessoa humana”.

Apesar dos conceitos existentes, isso não significa que todo e qualquer conteúdo tenha abrangência na dignidade da pessoa humana. A indeterminação, nesse caso, torna-se relativa, pois, como cita Flademir J. B. Martins¹⁸⁸, cabe ao intérprete verificar, no sistema jurídico, quais concepções são compatíveis com sua importância constitucional, havendo uma “colmatação pelos agentes jurídicos no momento da interpretação e aplicação das normas jurídicas”.

¹⁸⁵ SARLET, I. W, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 61.

¹⁸⁶ PÉREZ LUÑO, A.E. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitucion**. Madrid: Tecnos,1990,p. 318.

¹⁸⁷ SARMENTO, D. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 72.

¹⁸⁸ MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 37.

Pelo exposto e atendendo aos objetivos do presente trabalho apresentamos conceito e sentido para a dignidade da pessoa humana proposta por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸⁹, que defende que ela corresponde

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem 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.

Essa proposta de conceito apresentado é a mais abrangente encontrada na doutrina brasileira por reunir em seu conteúdo a concepção inata, a dimensão negativa e positiva, relacionadas à atuação do Estado, à relação entre particulares, à concepção prestacional e protetiva e ainda à relação de vínculo do princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais.

5.2 CONCEPÇÃO INSULAR DA PESSOA HUMANA E CONCEPÇÃO À LUZ DA NOVA ÉTICA

Antônio Junqueira de Azevedo¹⁹⁰, por sua vez, destaca a existência de duas concepções acerca da pessoa humana que dão suporte à sua dignidade. A primeira é a concepção “insular” da pessoa. A segunda é a concepção que o autor denomina de “nova ética”. Como nos aponta claramente o autor,

há a concepção insular, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, como autoconsciência, segundo outros [...] e, de outro, a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa

¹⁸⁹ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 47-48.

¹⁹⁰ AZEVEDO, A. J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 9, p. 3, Jan/Mar. 2002.

há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer o outro como igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem.

A explicação para a denominação “insular” se encontra na origem da concepção que provém do racionalismo iluminista, que corresponde ao homem europeu, cujo terno que veste só deixa à mostra a cabeça e as mãos. Estas correspondem ao somatório da razão e da ação, ou seja, à vontade. O restante do corpo é a parte oculta do *iceberg*, ou seja, a natureza física, cuja essência, no homem, é ignorada pela concepção “insular”.

A nova ética aqui mencionada se estabelece no sentido de que essa nova visão ajudará a formar uma humanidade consciente de sua posição perante a vida no planeta e dará origem a uma nova postura, um novo comportamento calcado na preservação global da natureza, sendo uma nova esperança de vida. Colocando-se em prática essa nova forma de comportamento ético, surgirá uma satisfação subjetiva e íntima em cada indivíduo e, conseqüentemente, na sociedade humana, por estar contribuindo responsavelmente para a preservação do maior bem que existe, que é a natureza como um todo nos dando a esperança de podermos prolongar a existência de nossa espécie nesse planeta com condições mais dignas, usufruindo, juntamente com os demais seres, plenamente, do bem da vida.

Quanto ao homem sair de si e reconhecer o outro usando a capacidade de linguagem, o entendimento de Maturana e Varela¹⁹¹ é de que

como seres vivos somos unidades autônomas e autopoieticas por que estamos produzindo de modo contínuo a nós mesmos e, como tudo o que nós seres humanos fazemos, nós fazemos e nos constituímos na linguagem, o que implica dizer que o linguajar é o nosso modo de existir como seres humanos.

¹⁹¹ MATURANA, H.;Varela.F. **A árvore do conhecimento**:as bases biológicas da compreensão humana. 2 ed. São Paulo: Palas Athenas, 2001, p. 35.

Percebe-se que a concepção da pessoa humana à luz da nova ética segue o rumo inverso da concepção insular. Para o referido autor “a primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência”.¹⁹²

Dentre outras diferenças apresentadas entre as concepções, apontamos que, do ponto de vista ontológico¹⁹³, a concepção insular da pessoa humana é dualista, pois homem e natureza estão em níveis diversos e não se encontram. O homem vê e pensa a natureza, somente ele é racional e capaz de querer. A concepção, à luz da nova ética, por sua vez, é monista, ou seja, o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer. A natureza é um bem, e a vida, o seu valor. Antonio Junqueira de Azevedo¹⁹⁴ aponta ainda algumas insuficiências da concepção insular. Dentre elas, o desconhecimento do valor da natureza, incluindo a do próprio homem. Outra insuficiência apontada é a questão do caráter fechado e subjetivista, que retira do homem sua capacidade de dialogar, de reconhecer o valor do próximo. Conclui o referido autor que “Essa concepção já não garante juridicamente o ser humano; infelizmente, ela pode levar a abusos e desvios, entre os quais o caso da eutanásia é paradigmático”.

É necessário aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana, como podemos observar quando o referido autor afirma que “é insuficiente a concepção teórica da pessoa humana como ser autoconsciente, racional e capaz de querer”. Essa fundamentação é vista como “qualidade de vida” a ser decidida subjetivamente.

Observamos que os avanços da tecnologia permitem a manipulação da natureza humana através da biomedicina, colocando em risco a vida no planeta. Percebe-se

¹⁹² AZEVEDO, A. J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.9, p.5, Jan/Mar 2002.

¹⁹³ “Ontológico se refere ao estudo filosófico dos entes, à investigação dos conceitos que nos permitam conhecer e determinar pelo pensamento em que consistem as modalidades ônticas, quais os métodos adequados para o estudo de cada uma delas, quais as categorias que se aplicam a cada uma delas”. Ver CHAÚÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 11 ed. São Paulo: Ática, 1999, p.238-239.

¹⁹⁴ AZEVEDO, A. J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.9, p.7, Jan/Mar 2002.

que “a velha ética já não resolve essas novas situações”.¹⁹⁵ Entretanto, mesmo assim, encontramos jurisprudências que buscam concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana através de outras concepções, como poderemos observar mais adiante.

Acrescentamos que, para o referido autor, o avanço do conhecimento científico, em pelo menos três áreas, põe em questionamento a visão insular da pessoa. As áreas elencadas são a biologia, a etologia e as ciências cognitivas. A biologia é invocada em virtude da explicação da evolução das espécies, em que as emergências vitais da evolução vão colocando os novos seres em níveis cada vez mais elevados de complexidade. A etologia, que trata do estudo do comportamento dos animais na natureza, principalmente a primatologia, comprova que animais como burros, cavalos, cachorros e macacos pensam e querem, não sendo esses sentimentos exclusivos do homem.

Por último, as ciências cognitivas também levam ao questionamento da visão insular da pessoa. Isto porque com as descobertas sobre o cérebro humano, especialmente pela observação de lesões cerebrais acidentais, a realização de exames como a ressonância magnética e a eletroencefalografia, comprovam que os processos das sensações, representações e impressões internas, ou seja, os pensamentos são físicos ou têm total correspondência física. Confirma-se assim, a falta de embasamento teórico da concepção pessoa humana como ser autoconsciente, racional e capaz de querer.

A concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana à luz da nova ética, como classifica Antônio Junqueira de Azevedo¹⁹⁶, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana, pois esta é uma condição de existência e merece maior atenção. Quando se fala em pressuposto, trata-se de uma exigência radical que não admite exceção, é absoluta. Como exemplos

¹⁹⁵ AZEVEDO, A. J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.9, p.13, Jan/Mar 2002.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p.3.

concretos do princípio da dignidade da pessoa humana à luz da nova ética¹⁹⁷, o referido autor cita a proibição da eutanásia, a proibição do abortamento do embrião e a impossibilidade de previsão legislativa de pena de morte.

Apresenta-nos ainda como conseqüências do princípio da dignidade da pessoa humana a integridade física e psíquica da pessoa humana; o respeito às condições mínimas de vida; o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens, ou seja, as condições culturais.

Quanto à integridade física e psíquica da pessoa humana, questiona o autor: pode o poder público “invadir” a condição natural do ser humano e obter à força amostras de sangue para fins de prova? Pode realizar à força transfusões de sangue? Posteriormente, comenta que, no campo civil, o exame de DNA não pode ser imposto, pois caberiam outros meios de prova. Não se mostra suficiente o interesse privado no conhecimento da paternidade obtido através de uma invasão física. Já no campo penal, tendo em vista o interesse público, o exame forçado poderia ser admitido. Embora não aprofundando no assunto, nesse ponto registramos o entendimento de que, independente do campo penal ou civil, estaríamos tratando da ofensa à mesma dignidade da pessoa.

Continua o autor afirmando que a concretização da dignidade humana exige também o respeito às condições materiais de vida. São incluídas aqui a obtenção da casa própria e a sua proteção, como no caso das regras de impenhorabilidade, respeitando-se inclusive a condição de solteiro, pois, apesar da legislação se referir a “bem de família”, o que é considerado é a proteção do ser humano. O respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens estão relacionados aos direitos que se prendem ao livre desenvolvimento da pessoa humana no seu meio social. Sendo assim, citamos como exemplo de concretização o direito à identidade, à liberdade, à igualdade e à intimidade.

¹⁹⁷ AZEVEDO, A. J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.9, p.3, Jan/Mar 2002.

Em relação ao direito à identidade, não se pode deixar de reconhecer que o nome é um bem jurídico que tutela a intimidade, atributo ínsito da personalidade humana. Nesse sentido, ao comentar sobre o nome da mulher casada, assinala Silmara J. de A. Chinelato e Almeida¹⁹⁸, que, "... o direito ao nome, reflexo do direito à identidade, é um direito de personalidade da mulher, em cujas características inclui-se ser personalíssimo e inexplorável pelo poder público..."

Assim, nas separações judiciais, se a mulher for considerada culpada, não pode ser imposta a pena de perda de um de seus atributos da personalidade, subtraindo sua identidade adquirida ao adotar o nome do marido. Essa interferência na identidade da pessoa, impondo penalidade sem que haja qualquer motivo que a justifique, é um desrespeito à dignidade da pessoa humana. Para a referida autora, "a regra deve ser a conservação do nome de casada, independentemente da indagação de culpa".

199

Verificamos que as concepções apresentadas se identificam e se confundem em alguns aspectos, como, por exemplo, a concepção inata, a concepção insular e a prestacional, que tratam a dignidade como inata a todo e qualquer ser humano, por isso são merecedores de respeito por parte do estado e da comunidade de um modo geral. Destacam ainda a racionalidade e autonomia individual, que fazem o indivíduo conquistar sua dignidade através de ações concretas. A concepção da dignidade como protetiva e à luz da nova ética, por sua vez, apresentam pontos em comum quando tratam da característica do ser humano como dependente de outros fatores e elementos componentes da natureza, além da necessidade de proteção para a efetividade da dignidade.

Observa-se que algumas dessas concepções são entendidas como "carregadas de valorações filosóficas materiais" e que, muitas vezes, transferem o conceito para o domínio dos "bons costumes" ou da decência, interpretados "à luz das

¹⁹⁸ ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato. **Do nome da mulher casada**: direito de família e direitos de personalidade. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p.113.

¹⁹⁹ Ibid., p. 137.

representações ideológicas dominantes”²⁰⁰. Sendo assim, temos que, atualmente, devemos procurar privilegiar uma concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento no qual impera a autonomia do interessado e o seu poder conseqüente de conformação da própria vida²⁰¹. Nesse sentido, Jorge Reis Novais²⁰² explica que

uma concepção deste tipo aceita mal que possam ser a sociedade, a autoridade pública, o intérprete oficial ou terceiros a impor ao titular do direito representações de dignidade da pessoa humana pretensamente objetivas que colidam com as concepções segundo as quais o próprio pretende modelar a sua vida. Muito menos aceitará que, em nome de uma concepção de dignidade em que o interessado não se revê, a autoridade pública se arrogue o poder de o proteger contra si próprio, impedindo-o, por exemplo, de renunciar a posições protegidas de direitos fundamentais [...].

Na verdade, a preocupação maior apresentada nesse ponto não está relacionada à questão da renúncia aos direitos fundamentais, mas à verificação dos limites ao poder de o particular determinar por si próprio o sentido e conteúdo da sua dignidade. Observa-se, assim, que é preciso repensar e atualizar a noção da dignidade da pessoa humana.

Demonstrando sua preocupação com a necessidade de atualização da noção da dignidade da pessoa humana, quando da abordagem sobre o tema da clonagem de seres humanos, Fábio Konder Comparato²⁰³, considerando a máxima kantiana de que o ser humano jamais deve ser considerado como coisa, questiona como fica o pensamento kantiano nesses casos, pois

Em tese, a única prática aceitável, sob o aspecto ético, parece ser a de clonagem humana para fins terapêuticos (por exemplo, tratamento de doenças neurodegenerativas, como o mal de Parkinson, ou o de

²⁰⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno do princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, J. (Org.). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. 1, p. 327-329.

²⁰¹ Ibid., p.263-336.

²⁰² Ibid., p.329.

²⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33 e 291.

Alzheimer), no próprio sujeito cujas células foram clonadas. Todas as outras práticas de fecundação artificial ou de engenharia genética violam, claramente, o princípio kantiano de que a pessoa humana não pode nunca ser utilizada como simples meio para a obtenção de uma finalidade alheia, pois ela deve sempre ser tida como um fim em si mesma.

Concordamos com a preocupação do autor e nesse sentido registramos a publicação recente da Lei da biossegurança²⁰⁴ que tem a previsão, dentre outros assuntos, da autorização de utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidas por fecundação *in vitro*, para pesquisa e fins terapêuticos.

Embora já apresentadas algumas considerações acerca do conteúdo e noção da dignidade da pessoa humana, importa ainda analisar, como se segue, como ela se relaciona com os direitos fundamentais e ainda se ela pode ser considerada também um direito fundamental.

²⁰⁴ BRASIL. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Dispõe sobre normas de segurança e mecanismos de fiscalização da atividade que envolva organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 28 mar 2005. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br> >. Acesso em: 26 jul. 2005.

6 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

“É neste contexto que se poderá afirmar que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa”.²⁰⁵

Para melhor entendimento da relação existente entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, faremos uma breve explanação histórica do surgimento e da previsão dos direitos fundamentais nas Constituições. Nesse contexto, faremos também uma abordagem sobre a conceituação dos direitos fundamentais, apresentando o pensamento expressivo da doutrina sobre o assunto.

A doutrina dos direitos do homem, que tem grande influência no constitucionalismo atual, surgiu desde a antigüidade, quando se fazia referência a um direito superior estabelecido pelos deuses. Essa concepção de direito permaneceu por toda a Idade Média, quando surgiram os primeiros registros escritos de direitos, com destaque especial para a Magna Carta de 1215, que consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia. Esse reconhecimento de direitos representa a limitação do poder, prevendo inclusive garantias específicas nos casos de ocorrência de violação desses direitos.²⁰⁶

Assim, o conceito de direitos fundamentais tem uma vinculação com a imposição aos limites dos poderes dos governantes e de seus agentes, visando resguardar os direitos dos seres humanos individualmente considerados. No século XVIII, foram publicados os primeiros direitos individuais através das declarações da Virgínia, em 1776, que estabelecia, entre outros princípios fundamentais, a igualdade de direitos,

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.106.

²⁰⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 9-15.

a divisão de poderes, a liberdade de imprensa e liberdade religiosa, e o direito de defesa.

Outros enunciados de direitos que merecem destaque são os previstos na Declaração dos direitos do homem e do cidadão, em 1789, que possuíam caráter de universalidade considerada extensiva à toda humanidade. E registramos também a Declaração Universal dos direitos do Homem, que foi editada, em 1948, pela ONU, a qual afirmou a preocupação com os direitos humanos em todos os países do mundo.

A partir dessa Declaração é que as Constituições passaram a prever em seus textos normativos os direitos fundamentais. Como registra Alexandre de Moraes²⁰⁷, esses direitos representam o “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.

Ao tratar dos direitos fundamentais, outros autores, como Klaus Stern²⁰⁸, faz em distinção entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. No entendimento de Stern, os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis ou nos tratados internacionais e reconhecidos pela autoridade competente para editar normas no interior dos Estados ou no plano internacional.

Temos também o conceito de direitos fundamentais emitido por Peces-Barba²⁰⁹, quando expressa que

puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la

²⁰⁷ MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 162.

²⁰⁸ STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 23.

²⁰⁹ PECES-BARBA, Gregório Martínez. **Curso de derechos fundamentales**. Teoria general. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37.

relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle em la sociedade todas sus potencialidades. Los derechos fundamantales expresan tanto uma moralidad básica como uma juridicidad básica.

Outro conceito de direitos fundamentais é o emitido por Pérez Luño²¹⁰, que diz: “constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana”.

Embora existam, na doutrina, conceitos, distinções e enfoques diversos sobre direitos fundamentais e direitos humanos, neste tópico, mais relevante que esta discussão, é a afirmação da imperativa necessidade de que esses direitos fundamentais positivados sejam realmente a concretização daquelas garantias da dignidade humana e de que, por isso, esses direitos fundamentais positivados sejam realmente verdadeiros direitos humanos fundamentais, ou seja, expressões positivas dos direitos humanos.

Retomamos a idéia já exposta no presente trabalho em que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado ou retirado. Desta forma, não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão em que lhe seja concedida a dignidade.²¹¹ Entretanto, encontramos na doutrina algumas referências à dignidade da pessoa humana como um direito concedido pelo ordenamento.

Analisando o próprio enquadramento dado à dignidade da pessoa humana e o seu reconhecimento pela ordem jurídico-positiva, não podemos afirmar que ela só exista onde e na medida em que for reconhecida pelo direito. Entretanto, devemos lembrar que a efetiva realização e promoção da dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao grau de reconhecimento e proteção reservado a ela em cada

²¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamantales**. Madrid: Editorial thecnos, 1998, p. 20.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.41-42.

ordem jurídico-constitucional. Se a dignidade da pessoa humana é considerada como qualidade intrínseca ao ser humano, como já referenciado, não poderá ela ser concedida pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, conclui Ingo W. Sarlet²¹²:

Assim, quando se fala em direito à dignidade, se está na verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana. Por esta razão, consideramos que neste sentido estrito – de um direito à dignidade como concessão – efetivamente poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não é e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental.

Complementando, não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, embora às vezes seja encontrado alguma referência neste sentido. Essa referência se traduz no que seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como parâmetro na dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria um direito fundamental na medida em que se manifestasse *stricto sensu*.

6.1 RELAÇÃO INTRINSECA E NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento do valor distinto da pessoa humana previsto em inúmeras legislações ao longo da história, teve como consequência o surgimento e afirmação de direitos específicos do homem, expressos nas cartas Constitucionais como direitos fundamentais. Com efeito, a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada a base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais. Para Carmem Lúcia Antunes Rocha²¹³, aliás,

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2002, p.73.

²¹³ ROCHA, C. L. A. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**. Rio de Janeiro, v. 4, p. 32, 1999.

o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.

Os pontos de contato da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais são tão intensos que o direito constitucional contemporâneo se assenta na íntima e indissociável vinculação entre eles, mesmo nas ordens constitucionais em que a dignidade ainda não foi reconhecida expressamente no âmbito do direito positivo²¹⁴.

Dentre as vinculações existentes²¹⁵, temos que a dignidade da pessoa humana é considerada o “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, “a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”, bem como “a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais” e ainda o “valor que atrai a realização dos direitos fundamentais”.

Como destaca Jorge Miranda²¹⁶, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção de que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. Por esse motivo, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado por expressiva parcela dos doutrinadores como o ponto de equilíbrio dos direitos fundamentais.

Existe também a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, da qual seriam concretizações. Essa afirmação acarreta uma discussão

²¹⁴ SARLET, I. W. **Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira**. In: LEITE, George Salomão (org). *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. 2003, p.198.

²¹⁵ SANTOS, F. F. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 97-98.

²¹⁶ MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**, 3. ed., v. 4, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 180.

interessante, pois, apesar de existir a vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, observa-se que o grau de intensidade dessa vinculação é diferenciado²¹⁷. Além da atuação do princípio da dignidade da pessoa humana como elemento fundante e informador de todos os direitos e garantias fundamentais, ressalta Ingo W. Sarlet²¹⁸ sua função “instrumental integradora e hermenêutica”, quando serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, bem como de todo o ordenamento jurídico.

Após analisarmos as funções da dignidade da pessoa humana citadas, verificamos que a relação entre esta e os direitos fundamentais é interdependente. Possuem também características comuns além da convivência e da atuação de ambos espalhada por todo o ordenamento jurídico considerado democrático. Na verdade, podemos afirmar que, em cada direito fundamental, se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana. Acrescentamos ainda que²¹⁹,

na condição de valor fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige o pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

Observamos que o catálogo de direitos fundamentais existentes na Constituição Brasileira de 1988 e a definição dos objetivos fundamentais do Estado têm como finalidade a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Como exemplo, tomemos o direito à igualdade, que apresenta vinculação direta com a dignidade da pessoa humana. Como pressuposto para o respeito à dignidade da pessoa humana, temos a garantia da isonomia entre todos os seres humanos, aos quais é resguardada a garantia de tratamento não discriminatório, não sendo admitidas a escravidão e a discriminação racial, dentre as que vierem a ferir o

²¹⁷ SARLET, I. W, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 83.

²¹⁸ Ibid., p. 85.

²¹⁹ Ibid., p.89-90.

princípio da igualdade. Entre tantas outras correlações que podemos apresentar de direito fundamental com a dignidade da pessoa humana, temos que ela engloba também o respeito e proteção da integridade física e emocional da pessoa, o direito à vida, o direito à intimidade, o direito à propriedade, assim como todos os direitos sociais, econômicos e culturais.

Outra função importante da dignidade da pessoa humana em sua conexão com os direitos fundamentais é a contribuição para o conceito de abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, que, sem aprofundar sobre o assunto, citamos aqui dada a sua relevância. Essa abertura material dos direitos constitucionais vem sendo registrada na evolução constitucional desde a Proclamação da República e a Constituição Brasileira de 1988, se espelhando na Constituição Norte Americana, que a consagrou em seu texto²²⁰.

Nesse sentido, observamos que, segundo Ingo W. Sarlet, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou

a idéia de abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do título II) sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos.

Além dessa previsão, no Artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Magna, também são previstas a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição Brasileira, bem como a revelação de direitos fundamentais implícitos, que ficam subentendidos naqueles expressamente positivados²²¹.

Ressalta-se, entretanto, ao se identificar quais os critérios que poderão servir de fundamento para a localização das posições jurídico-fundamentais como as não

²²⁰ SARLET, I. W., **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

²²¹ *Ibid.*, p. 100.

expressamente designadas pelo constituinte, que surgirá uma dificuldade que sofrerá uma variação de acordo com o caso concreto.²²² Assim, devido ao grau de indeterminação do conceito de princípio da dignidade da pessoa humana, deveria ser entendido que todo o texto constitucional seria direcionado ao valor da dignidade da pessoa. Entretanto, não é nesse sentido que doutrinadores defendem a relação do princípio como elemento integrante da concepção material de direitos fundamentais.

Sobre essa questão alerta, Ingo Sarlet²²³ que “se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia [...] seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental”. E acrescenta que “a dignidade não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver, pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada”. Sendo assim, para o autor “o que se pretende demonstrar é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos [...] e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição”.

Embora não haja um direito fundamental à dignidade, como já abordado anteriormente, não existe impedimento de que do princípio da dignidade da pessoa humana se possam deduzir autonomamente, ou seja, sem ser vinculado a qualquer direito fundamental, “posições jurídico-subjetivas fundamentais”.²²⁴ Ainda assim, verificamos que a maioria dos autores, bem com as decisões judiciais não se refere à dignidade da pessoa humana como fundamento isolado, mas sempre vinculada a determinada norma de direito fundamental, como será exemplificado posteriormente.

Essa constatação reforça o entendimento, como ressalta Ingo Sarlet²²⁵, de que os direitos fundamentais são “exigências e concretizações em maior ou menor grau de dignidade da pessoa”, ou ainda de que “os direitos e garantias fundamentais

²²² SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 101.

²²³ *Ibid.*, p. 102.

²²⁴ *Ibid.*, p. 105.

²²⁵ *Ibid.*, p. 106.

constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido - mero desdobramento”. O sentido aqui referenciado não trata a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como de aplicação meramente subsidiária. Isto porque a dignidade assume simultaneamente a função de “elemento e medida” dos direitos fundamentais, de forma que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa humana²²⁶.

Em resumo, destacamos alguns pontos de contato entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais encontrados na doutrina²²⁷, que na verdade trata de uma relação intrínseca e interdependente. Inicialmente, temos que a dignidade da pessoa humana pode ser vista como unidade de valor de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos fundamentais. Neste aspecto, a dignidade da pessoa humana assumiria seu caráter “axiológico-constitucional”, funcionando como um paradigma das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais, e como elemento de “integração e de hierarquização hermenêutico-sistemática” de todo o ordenamento jurídico.

Num segundo aspecto, como elementos de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais, a proteção e a promoção da dignidade do homem sustenta e afere legitimidade a um Estado e a uma sociedade que tenham a pessoa humana como fim e como fundamento máximos. Aqui, a dignidade assumiria o papel de “critério para verificação do sentido de uma ordem estabelecida”, sentido esse que não pode ser outro que não aquele baseado na unidade de valor da dignidade da pessoa humana.²²⁸

Num terceiro aspecto, a que se chamaria de “aspecto pragmático-constitucional”, a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana seria uma

²²⁶SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2002, p. 106.

²²⁷ Nesse ponto foram colacionados vários posicionamentos na doutrina, principalmente, dentre eles: SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 106.

²²⁸ COMPARATO, F. K. **Afirmção história dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

relação de “praxis” no interior teórico da ordem constitucional. Neste caso, os direitos fundamentais seriam a “concretização da diretriz da dignidade da pessoa humana em substância constitucional”, que é informadora de toda a ordem jurídica. Em verdade, trata-se de um processo de derivação, por meio do qual todos os direitos constitucionais frutificam a partir do núcleo original da dignidade.

Podemos abordar ainda outros dois aspectos. O primeiro seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como “parâmetro na dedução de direitos fundamentais implícitos”, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria em um direito fundamental na medida em que se manifestasse *stricto sensu*. O outro aspecto seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como “limite e função do Estado e da sociedade”²²⁹, na dupla vertente de que tanto um quanto outro devem respeitar a dignidade (limite – ou função negativa) e promover a dignidade (função positiva ou prestacional), respeito e promoção esses que se manifestariam por meio do respeito e da promoção de todos direitos constitucionais da pessoa e do cidadão.

Por fim, verifica-se que, dotada de caráter universal, a dignidade da pessoa humana é tanto o fundamento quanto o fim dos direitos fundamentais, para os quais funciona como paradigma e por meio dos quais aflora concretamente, nos mostrando assim a relação *sui generis* existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Nesse sentido, ou seja, devido à relação intrínseca existente entre o princípio da dignidade e os direitos fundamentais, importa ainda uma abordagem acerca da possibilidade de se estabelecerem limites à dignidade da pessoa humana, o que será tratado a seguir.

6.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CONFLITO DE PROTEÇÃO

A expressão “proteção pela dignidade”²³⁰ é utilizada quando se refere à função do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto dos limites dos direitos

²²⁹ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119.

²³⁰ *Ibid.*, p. 119.

fundamentais. Sendo assim, ao ser admitida a possibilidade de limites aos direitos fundamentais, é pacífico o entendimento de que inexistente direito absoluto, o que é corroborado por J.C.Vieira de Andrade²³¹ ao comentar sobre o direito à liberdade expresso pelo Artigo 4º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei.

Existe, na doutrina, um consenso admitindo-se que não poderá, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição. Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se destaca, pois o conteúdo em dignidade da pessoa humana fica identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou ainda, considera-se que o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições.²³²

Além disso, surge o questionamento sobre quais direitos fundamentais possuem efetivamente um conteúdo em dignidade da pessoa humana. Mesmo se fosse admitido que todos os direitos fundamentais possuíssem pelo menos um conteúdo mínimo em dignidade, não se pode definir com certeza qual é exatamente este conteúdo e se ele ainda poderá coincidir com o núcleo essencial do direito fundamental. Apenas analisando os casos concretos é que poderia ser fornecida uma solução adequada. Percebe-se que o problema é complexo. Para Ingo W. Sarlet²³³,

sendo todas as pessoas iguais em dignidade e existindo, um dever de respeito recíproco da dignidade alheia, poder-se-á imaginar a hipótese de um conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se o

²³¹ ANDRADE, J. C. V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

²³² SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119.

²³³ *Ibid.*, p. 124-125.

estabelecimento de uma concordância prática, que necessariamente implica a hierarquização ou a ponderação dos bens em rota conflitiva.

No mesmo sentido, Antônio Junqueira Azevedo²³⁴ entende que, para o princípio da dignidade da pessoa humana se concretizar, exige-se um trabalho de modelação para se adaptar ao concreto. A exigência desse trabalho se dá porque é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra, pois alguma coisa da dignidade de uma pessoa poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade de outra. Para a realização da compatibilização referida, é utilizada, pela doutrina e jurisprudência, a técnica da ponderação que será enfocada no próximo tópico.

6.2.1 Ponderação de Interesses

A ponderação de valores²³⁵ ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

Os princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos.

A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma

²³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 9, p. 3, Jan/Mar 2002.

²³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 330.

dimensão de peso ou importância. Para Alexy²³⁶, à vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.

A forma de ponderação apresentada por Alexy²³⁷ é conhecida entre os doutrinadores brasileiros, mas existe uma particularidade que se refere à obrigatoriedade da ponderação entre princípios devido à normatividade que possuem. Essa normatividade se explica, pois o princípio veicula de início uma norma *prima facie*, indicando um fim genérico a alcançar ou um valor a proteger, sem indicar, entretanto, qual a extensão desse fim, quais metas deverão ser alcançadas e quais meios serão empregados para realizar o objetivo da norma.

Sendo o princípio submetido à técnica da ponderação, as possibilidades de escolha serão reduzidas e será escolhida aquela que, quando realizada, não desconsidere totalmente as demais, mas as otimize de alguma forma e transforme, assim, o princípio em regra diretamente aplicável. Para o referido autor, através da regra da ponderação proposta, pode-se afirmar que o mínimo existencial constitui uma regra constitucional, que é resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real, das noções de separação dos poderes e de competência do legislador democrático, bem como do limite imposto pelos direitos de terceiros.

Acrescentamos que, para solucionar as hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia, pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior; o cronológico, em que a lei posterior prevalece sobre a anterior; e o da especialização, em que a lei específica prevalece sobre a lei geral²³⁸.

²³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 493.

²³⁷ *Ibid.*, p. 493-494.

²³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora UNB, 1990, p. 81.

Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais²³⁹. Lembramos que, enquanto as regras são aplicadas na plenitude da sua força normativa - ou então são violadas -, os princípios são ponderados.

Como assinala Luis Roberto Barroso²⁴⁰, o embasamento para a nova interpretação constitucional

assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação do fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios [...].

E ainda complementa o autor enfocando que “Pós-Positivismo” é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética²⁴¹.

Para Daniel Sarmento²⁴², o método de ponderação de interesses incorpora uma “irredutível dimensão substantiva”, na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção de valores humanísticos de igualdade, liberdade e fraternidade que são sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana. Na ponderação, o operador do direito tem a liberdade dentro dos limites dos valores existentes na ordem constitucional, sendo que o de maior destaque é o da dignidade da pessoa humana.

²³⁹ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa, RJ, 1998, p. 10.

²⁴⁰ BARROSO, L. R.; B. A. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 128. .

²⁴¹ *Ibid.*, p.128.

²⁴² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: lumen Júris, 2003, p. 57.

Entretanto, nenhuma ponderação poderá ensejar desprestígio à dignidade do homem²⁴³. Assim, o legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo.²⁴⁴

Ao comentar o Artigo 1º da Constituição da Alemanha, que enuncia a intangibilidade da dignidade do homem, Robert Alexy²⁴⁵ diz que o referido artigo provoca a impressão de ser absoluto

Pero, la razón de esta impresión no reside en que a través de esta disposición de derecho fundamental se establezca un principio absoluto, sino en que la norma de la dignidad de persona es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio, y también en el hecho de que para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedência en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos.

A dignidade da pessoa humana, como já referenciado, é qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana e, por esse motivo, pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. Não pode, entretanto, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano com algo que lhe é inerente.

Embora com discordâncias na doutrina, isso não afasta a possibilidade de eventual relativização da dignidade, principalmente na sua condição jurídico-normativa e em algumas de suas facetas²⁴⁶, como será abordado no próximo tópico.

²⁴³SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: lumen Júris, 2003, p. 75.

²⁴⁴ Sobre o tema, na doutrina alemã, ver ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.98; Na doutrina nacional, ver BARROSO, Luís R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 1999, p. 192; e SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1997, p.106.

²⁴⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73.

6.2.2 Caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana

Considerando a perspectiva dúplice da dignidade como elemento limitador e integrante dos direitos fundamentais, como apresentado por Ingo W.Sarlet²⁴⁷, existe o questionamento entre muitos doutrinadores se, para assegurar a dignidade e os direitos fundamentais de uma pessoa, necessariamente, não seria limitada a dignidade de outra pessoa, no sentido aqui de dignidade como bem jurídico autônomo que representa o conteúdo de determinado direito fundamental.

Do exposto, temos, como aduz Ingo Wolfgang Sarlet²⁴⁸, que “a dignidade [...] inevitavelmente está sujeita a uma relativização no sentido de que alguém sempre irá decidir qual o conteúdo da dignidade e se houve, ou não, uma violação no caso concreto”. A dignidade, como vem sendo tratada pela maioria da doutrina, como qualidade inerente ao ser humano, um bem jurídico absoluto e entendida como inalienável, irrenunciável e intangível, certamente não comportaria uma discussão desse nível. Ocorre que observamos nas relações sociais inúmeras situações²⁴⁹ em que

a dignidade de uma determinada pessoa (e até mesmo de grupos de indivíduos) esteja sendo objeto de violação por parte de terceiros, de tal sorte que sempre se põe o problema - teórico e prático – de saber se é possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes, ainda que tal comportamento não resulte, na perda da dignidade.

Ressaltamos que a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana nos casos concretos é evidente. Assim, é relevante a questão da relativização, pois a realidade da vida nos oferece situações em que dificilmente não surgirá um conflito envolvendo a dignidade das pessoas. Corroborando essa afirmativa, nas tensões verificadas no relacionamento entre pessoas igualmente dignas, não podemos

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 123-124.

²⁴⁸ Ibid., p. 123-124.

²⁴⁹ Ibid., p. 125-126.

ignorar que deverá ser utilizado um juízo de ponderação ou uma hierarquização²⁵⁰, ocorrendo uma avaliação subjetiva do Juiz no caso em questão.

Diante de tudo o que foi exposto nesse tópico, permanecem ainda alguns questionamentos, como, por exemplo, quando se trata de verificar quais condutas são, de fato, violadoras da dignidade da pessoa humana. E assim,

por mais que se tenha a dignidade como bem jurídico absoluto, o que é absoluto (e nesta linha de raciocínio, até mesmo o que é a própria dignidade) encontra-se de certa forma em aberto e, em certo sentido, irá depender da vontade do intérprete e de uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada.

Desta forma, após ter sido definido o que pode ser considerado protegido em termos de dignidade e também o que pode ser considerado como agressão, é que poderá ser viabilizada uma tomada de posição em relação ao tema em questão, o que não será tratado no presente trabalho.

Em Alexy²⁵¹, encontramos que mesmo a dignidade comporta diversos níveis de realização e, portanto, certa graduação e relativização; portanto, seria possível reconhecer também que a própria dignidade da pessoa, como norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, portanto, apenas este será intangível. Assim, mesmo que seja reconhecida a possibilidade de alguma relativização da dignidade da pessoa humana, não pode ser desconsiderada a preservação de um conjunto de elementos que formam um núcleo intangível, o qual, justamente, de acordo com a fórmula de inspiração Kantiana, consiste na vedação de qualquer conduta que importe “coisificação e instrumentalização” do ser humano.²⁵²

Outro tema correlato à discussão do caráter relativo ou absoluto da dignidade da pessoa humana é o questionamento sobre o fato do princípio da dignidade da pessoa humana ser invocado como critério orientador do processo de ponderação que leva à decisão sobre a validade de uma renúncia a direitos fundamentais.

²⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 132-133.

²⁵¹ Ibid., p. 138.

²⁵² Ibid., p. 141-142.

Entretanto, Jorge Reis Novais²⁵³ apresenta razões que justificam a referida consideração deste princípio como critério orientador de um processo de ponderação de bens e valores, o que

implica, em certa medida, a sua invocação, não como valor de conteúdo pré-determinado, mas, antes determinável no confronto com outros valores relevantes no caso concreto. Essas razões radicam na intervenção do consentimento do lesado. De facto, há certas actuações do poder público que, feitas contra a vontade do particular, serão indiscutivelmente consideradas atentatórias do princípio da dignidade da pessoa humana, mas que, beneficiando do consentimento do lesado, perdem ou vêm relativizado aquele carácter.

Como fundamentos para essa colocação, o autor esclarece, em primeiro lugar, que o consentimento é relevante, porque o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser simultaneamente esgrimido como limite absoluto das possibilidades de renúncia a direitos fundamentais, mas também invocado como fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direito fundamentais. Acrescenta ainda o autor, em segundo lugar, que a relativização se verifica porque o próprio conteúdo da dignidade da pessoa é condicionado pelo consentimento do lesado e pelas suas convicções acerca do sentido de sua dignidade.

Assim, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na sua acepção absoluta, tende a identificar-se com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Aqui se considera que o conteúdo essencial é violado quando o indivíduo não pode mais prosseguir o interesse protegido pelo direito fundamental de acordo com os fins que ele próprio defina, enquanto, na sua acepção relativa, tenderá a ser absorvido pela garantia de observância do princípio da proporcionalidade.²⁵⁴

²⁵³GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno do princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, J. (Org.). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. 1, p. 329.

²⁵⁴Ibid., p. 263-336.

Pelo exposto, não podemos afirmar que o caráter do princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto ou relativo. É necessário analisar o caso concreto, pois a dignidade da pessoa humana, na sua condição de norma, tolera certa relativização, respeitando-se o núcleo essencial da dignidade, que é intangível. A questão do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana pode ser observado através de algumas decisões judiciais.

Se a dignidade da pessoa humana for invocada de forma autônoma, poder-se-ia afirmar que teria o caráter absoluto. Por sua vez, quando a dignidade da pessoa humana é aplicada vinculada aos direitos fundamentais, o que é observado na maioria das decisões, dependendo do caso concreto, tem o caráter relativo. Nesses casos, o intérprete utiliza o recurso da proporcionalidade, como pode ser observado nos exemplos colacionados da jurisprudência brasileira no próximo tópico.

7 APLICABILIDADE PRÁTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

“A essência do princípio em questão é difícil de ser capturada em palavras. Esta fluidez, porém, não diminui a importância do princípio, mas, antes, enriquece-o, possibilitando a sua incidência sobre uma infinidade de situações que dificilmente poderiam ser previstas de antemão pelo constituinte”.²⁵⁵

Como já evidenciado anteriormente, devido ao grau de abstração que possui, a dignidade da pessoa humana não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores, muito embora as múltiplas opiniões se apresentem harmônicas e complementares. Essas opiniões têm influenciado na aplicabilidade do princípio, contribuindo para o surgimento na jurisprudência de decisões diversificadas.

Sendo assim, a investigação da jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, visando encontrar casos cuja solução possa servir de exemplo para outros, está entre as diretrizes para a análise dos princípios e sua eficácia apresentadas por Humberto Ávila²⁵⁶, principalmente quanto ao entendimento da posição ocupada pela dignidade da pessoa humana na Constituição Federal. Além dos tópicos analisados, realçando o caráter de princípio fundamental fruído pela dignidade da pessoa humana, observamos, também, como de suma importância, a sua atuação como diretriz hermenêutica.

Essa importância da atuação da dignidade da pessoa humana é observada por Luís Roberto Barroso²⁵⁷, quando assinala que a jurisprudência produzida a partir da Constituição Brasileira de 1988 tem, progressivamente, se servido da teoria dos princípios. Com efeito, verifica-se que, na atualidade, a dignidade da pessoa

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.58.

²⁵⁶ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 72-77.

²⁵⁷ BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 135.

humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para as decisões judiciais brasileiras, se espelhando, principalmente, na decisão do Conselho de Estado francês, que fez referência ao termo no inusitado caso Morsang-sur-Orge²⁵⁸, ocorrido na cidade de mesmo nome na França.

O caso trata de uma empresa do ramo de diversões que decidiu lançar, em algumas discotecas das cidades, um concurso diferente conhecido como "arremesso de anão" (*lancer de nain*), que consistia em transformar um anão em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão. O prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou o espetáculo, tendo a decisão administrativa se inspirado em uma norma de cunho supranacional, o Artigo 3º da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, com argumento de que o evento era incompatível com a dignidade da pessoa humana.

A empresa interessada no evento, em litisconsórcio ativo com o anão em causa, ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles para anular o ato do prefeito. Ao final do processo, ao examinar o caso em grau de recurso, em outubro de 1995, o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal Administrativo de Versailles, e declarou que "o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana".

Essa decisão, além de trazer modificações na tradição jurisprudencial estabelecida na França, foi divulgada em diversos países e influenciou a doutrina, bem como, ainda que de forma indireta, as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. Sendo assim, aos poucos vai se formando uma massa crítica de jurisprudência acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, o que pode ser observado em manifestações dos nossos tribunais.

²⁵⁸ Citado por GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa.** COAD/ Seleções Jurídicas nº 12, p. 17-30, 1996.

Essa crescente utilização do princípio em comento, como registra Ingo Sarlet²⁵⁹, é observada quando,

cada vez mais, encontram-se decisões dos nossos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para a solução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana.

Para ilustrarmos essa abordagem, colacionamos algumas manifestações de nossa jurisprudência, nas quais destacamos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com enfoque na dignidade da pessoa humana. Essas decisões foram coletadas no período de 1996 a 2005 e permitiram o exame e a verificação de como a jurisprudência brasileira tem interpretado e aplicado o tema, e ainda, se essas decisões acompanham as teorias existentes na doutrina acerca da dignidade da pessoa humana.

Atendendo aos objetivos propostos do presente trabalho, dentre as teorias existentes sobre a dignidade da pessoa humana, foi analisada a relação das decisões com a concepção insular da pessoa humana, com a concepção da pessoa à luz da nova ética, com a concepção inata, com a concepção prestacional ou promocional e com a concepção protetiva.

Além disso, foi examinado se a dignidade foi aplicada no sentido de preservação do mínimo existencial. Verificou-se também se a dignidade da pessoa humana foi invocada como princípio, subprincípio ou regra, além de indicar se a aplicação foi de forma autônoma ou vinculada ao direito fundamental.

²⁵⁹ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 86.

7.1 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Supremo Tribunal Federal, foram encontradas algumas decisões²⁶⁰ que fizeram menção à dignidade da pessoa humana de forma bem diversificada as quais merecem referência. No teor dessas decisões verifica-se a relação principalmente pertinente aos Artigos 1º, 5º, 226 e 230 da Constituição brasileira de 1988.

A primeira decisão elencada é a do julgamento do Recurso Extraordinário nº 359.444, em que figurou como Relator o Ministro Carlos Velloso. Foi apreciada e julgada a representação por inconstitucionalidade oferecida contra Lei municipal carioca. O Ministro Relator optou pela inconstitucionalidade da parte da Lei que transformara os motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro em permissionários autônomos, ou seja, os motoristas que possuíam o credenciamento do Município para circular com seus táxis, transferiam esses direitos a terceiros, considerados motoristas auxiliares, para que o veículo permanecesse durante 24 horas atendendo ao Município. Assim, eles exploravam o trabalho por serem titulares da conhecida “capelinha” ou sistema antigo de taxímetro.

A existência dos motoristas auxiliares era de conhecimento da Prefeitura, pois eles eram cadastrados como tal e a justificativa estava na necessidade de circulação ininterrupta do veículo. Ocorre que os motoristas auxiliares passaram a ser efetivamente, em sua maioria, os prestadores de serviço, os quais acabavam tendo sua mão-de-obra intermediada pelo titular da “capelinha”. A alteração na lei foi no sentido da previsão de extinção dos motoristas auxiliares, transformando-os todos em permissionários autônomos possuidores de credenciamento próprio para explorar o serviço. Na ementa do julgado, proferido em 2000, consta:

TAXISTA – AUTONOMIA – DIARISTA – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – TRANSFORMAÇÃO – LEI MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO Nº 3.123/2000 – CONSTITUCIONALIDADE. Sendo fundamento da República Federativa do Brasil a **dignidade da pessoa humana**, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a

²⁶⁰ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso de maio a agosto de 2005. Os dados foram extraídos do site do Supremo Tribunal Federal, através da consulta do inteiro teor de acórdãos, onde foram encontradas 80(oitenta) ocorrências com referência à dignidade da pessoa humana, no período em estudo.

impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem. O credenciamento de profissionais do volante para atuar na praça implica ato do administrador que atende às exigências próprias à permissão e que objetiva, em verdadeiro saneamento social, o endosso de lei viabilizadora da transformação, balizada no tempo, de taxistas auxiliares em permissionários.” (RE 359.444, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/05/04)

Pelo exposto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana foi citada na ementa como princípio fundamental da República. Embora o princípio seja basilar do ordenamento jurídico e tenha o condão de proporcionar o pleno desenvolvimento das pessoas, observa-se que o caso foi analisado em virtude do aspecto social da questão, pois a Câmara atuou, disciplinando a matéria para finalizar algo que não poderia vigor, em face dos novos ares constitucionais e democráticos, no que dão uma ênfase maior e homenageiam a dignidade do homem.

Nesse sentido, Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁶¹ ressalta que “o trabalho e a condição do homem-trabalhador enfatiza a extinção da figura do escravo, tendo-se o homem como sujeito de sua produção e não objeto que com ela se confunde”. E ainda nos esclarece a autora que “a Constituição brasileira de 1988, estabelece o valor do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, ao lado da dignidade da pessoa humana (Art 1º, Inc.III e IV), como direito fundamental individualmente exercitável (Art 6º), como fundamento da ordem econômica (Art.170, Inc.VIII)”.

Assim, em relação à concepção doutrinária, a referência à dignidade da pessoa humana está relacionada ao mínimo existencial, em virtude das possibilidades de melhorias nas condições materiais de vida com a transformação de taxistas auxiliares em permissionários autônomos. Os motoristas auxiliares passariam a ser remunerados diretamente pela mão de obra realizada, sem intermediários. Verifica-se que a decisão está relacionada à concepção doutrinária denominada à luz da nova ética, que prevê a questão de condições mínimas de vida, através da realização do trabalho digno. Podemos dizer também que a dignidade da pessoa humana foi citada como subprincípio e também utilizada com vínculo no direito

²⁶¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 43, 1999.

fundamental ao trabalho previsto no Artigo 6º, que trata dos direitos sociais, da Carta Constitucional brasileira.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal trata do julgamento do *Habeas Corpus* 70.389, realizado em 2001, cujo relator foi o ministro Celso de Mello. O caso trata de Policiais Militares que torturaram adolescentes em delegacia. A defesa argumentou a existência de litispendência. Já o STJ sustentou conflito de competência da Justiça Militar do Estado para julgamento do crime de lesão corporal cometido por policial militar em serviço (Art.125, § 4º, da Constituição Federal, Art. 9º, Inc.II, letra “c”, e Art. 209 do CPM) e da justiça comum estadual para julgamento de crime de tortura.

Foi entendido pelo STF que, apesar da ofensa à integridade física, ou seja, da lesão corporal, ter previsão com definição penal típica tanto na legislação penal comum (Art 129) , como na legislação Militar (Art.209), existe no caso circunstância que tem tratamento normativo especial que é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90, Art. 233, que trata do crime de tortura contra menor. Por esse motivo, foi deferido o pedido da defesa no sentido de remanescer a pretensão punitiva somente à luz do Artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, na ementa temos:

A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à **dignidade da pessoa humana**. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete — enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva — um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. (HC 70.389, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/08/01)

Para comentar a presente decisão, observamos inicialmente que a preocupação com a integridade física se revela em diversos dispositivos constitucionais e é decorrente do direito à vida. Significa que a pessoa humana deve ser protegida e

respeitada na sua integridade corporal, o que é estabelecido no Artigo 5º, Incisos III, “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e XLIX, que prevê “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Assim, em relação ao enfoque dado à dignidade da pessoa humana, verifica-se que foi citada sem referência à sua modalidade jurídica, ou seja, sem identificar se é princípio, subprincípio ou regra. Podemos dizer que a concepção doutrinária foi no sentido de caracterização à luz da nova ética, em que uma das consequências é a integridade física e psíquica do ser humano, entendendo-se como inclusa aqui a tortura. Além disso, assim como na decisão anterior mencionada, a dignidade da pessoa humana foi vinculada ao direito fundamental à integridade física. Essa vinculação é verificada pois o caso trata da prática de tortura e existe regulamentação do dispositivo constitucional correlato através da legislação penal.²⁶²

No julgamento do Recurso extraordinário de nº 248.869, ocorrido em 12 de março de 2004, cujo relator foi o Ministro Mauricio Corrêa, houve ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, cuja inicial foi subscrita pelo representante do Ministério Público. Foi contestada a ação e suscitada a falta de legitimidade do Ministério Público. Foi feita referência à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Assim se resume, na ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO.

O direito ao nome insere-se no conceito de **dignidade da pessoa humana**, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil”. (RE 248.869, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12/03/04)

²⁶²BRASIL. Lei penal nº 9.455, de 7 de abril de 1988. Dispõe sobre os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 8 de abr. 1997. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 06 mai 2005.

Considerando que a dignidade da pessoa humana é um imperativo constitucional que confere nova amplitude aos direitos de personalidade e que esses direitos assumem atualmente uma posição privilegiada no ordenamento jurídico, podemos dizer que o direito ao nome, como direito de personalidade, se inclui nesse contexto. Assim, o direito ao nome está relacionado ao direito à identidade, ou seja, a ter identidade e nome. Nesse sentido, como defende Leonardo Brandelli²⁶³, o direito ao nome

é direito subjetivo da personalidade, dotado de uma faceta publicista, segundo a qual o nome interessa à coletividade e leva consigo uma carga de interesse social, consistente em distinguir os indivíduos a fim de corretamente imputar-lhe direitos e deveres, o que torna o nome obrigatório e regrado e de uma faceta privatística, a qual tem o condão de focar o nome do ponto de vista do indivíduo, como um direito subjetivo seu integrante da sua personalidade, através do qual ele se torna único no seio social. O direito ao nome, integra a ampla esfera dos direitos da personalidade de cada ser humano.

O direito ao nome, assim, é uma consequência da dignidade da pessoa humana que consiste no respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens. São direitos que se vinculam ao livre desenvolvimento da pessoa humana no seu meio social. Nesse caso, o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado vinculado aos direitos fundamentais, bem como inserido na concepção da dignidade à luz da nova ética.

Outra decisão relevante, cujo assunto é polêmico na doutrina e na jurisprudência é o que envolve a questão da obrigatoriedade ou não de uma pessoa com suspeita de ascendência biológica submeter-se a exame genético. Assim, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 76.060, proferido pela 2ª Turma, em que figurou como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, discutiu-se caso em que se questionava a ascendência de filho nascido na constância do casamento, quando é legalmente

²⁶³ BRANDELLI, Leonardo. Considerações acerca do direito ao nome numa perspectiva constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 22, p. 197, Abr/Jun 2005.

presumida a paternidade do cônjuge varão (Código Civil de 1916, Art. 340, com idêntica presunção no Código Civil atual, Art. 1597).

No acórdão, acabou decidido, com maioria de votos, com acolhida e prevalência, a tese da não-compulsoriedade do exame de DNA²⁶⁴. Na ementa do julgado, proferido em 1998 consta:

DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende — de resto, apenas para obter prova de reforço — submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à **dignidade pessoal** que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria. (HC 76.060)

Verifica-se que a dignidade da pessoa humana foi citada sem referência à sua modalidade de norma jurídica, ou seja, se era princípio, subprincípio ou regra. Nesse caso, a dignidade da pessoa humana foi referida com vínculo no direito fundamental de respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana. A concepção doutrinária identificada trata da concretização da dignidade da pessoa humana à luz da nova ética.

Corroborando a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do exame de DNA, Antônio Junqueira Azevedo²⁶⁵ entende que

o exame de DNA, no campo civil, não pode, por exemplo, ser imposto *manu militari*; caberiam aqui outros meios de prova, como presunção e indícios, a serem utilizados livremente pelo julgador. Não parece ser suficiente o interesse privado no conhecimento da paternidade para

²⁶⁵ AZEVEDO, A. J. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 17. 2002.

quebrar o precepto da não invasão física; a permissão poderia se tornar precedente excessivamente grave, valendo como abertura de caminho para abusos posteriores. Por outro lado, no campo penal, diferentemente, por força do interesse público na apuração de um crime, o exame forçado poderia ser admitido.

Surge, nesse ponto, um questionamento, que fica apenas como registro no presente trabalho, no qual indaga-se por que, no âmbito civil, não poderia ser realizado o exame de DNA e, na esfera penal, este poderia ser realizado com embasamento no interesse público. O entendimento é que se trata do desrespeito à mesma integridade física da pessoa humana.

Para melhor exemplificar a abordagem sobre o exame de DNA, coletamos outra decisão do Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, como na ementa que se segue.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE-EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas — preservação da **dignidade humana**, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer — provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (HC 71.373, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22/11/96)

Verifica-se que a intangibilidade corporal prevalece em ambos os casos citados sobre o direito de conhecimento da ascendência, ou direito à real identidade. Identifica-se também uma controvérsia ao se comparar o julgamento em comento com o exposto anteriormente, em que foi questionada a legitimidade do Ministério Público. Entendemos que poderia ter sido observado que, se houvesse indícios de paternidade, a submissão ao exame seria intervenção mínima na vida do réu e traria benefícios para o descendente, principalmente se forem observadas as

necessidades materiais mínimas de vida, o que poderia ter sido decidido através do princípio da proporcionalidade.

Além disso, outra referência que poderia ser adotada para o caso em questão é o disposto no Artigo 232 do CC (Código Civil), a denominada “técnica da presunção”, em que a recusa a submeter-se a exame médico autoriza a presunção de ocorrência do fato que a perícia viesse a comprovar, incluída aqui a extração de sangue para realização de exame relacionado à paternidade, o DNA.

Nesse sentido, para Cândido Rangel Dinamarco²⁶⁶, o Artigo 231 do Código Civil fixa uma regra geral e uma verdadeira premissa ao disposto no Artigo 232 do Código Civil, ao estabelecer que

a recusa não pode favorecer conclusões a favor da parte que se recusar a um exame dessa ordem. Posto que aparentemente pontuais em sua redação, essas duas disposições abrem caminho para uma proveitosa interpretação do artigo 335 do CPC, permitindo considerar incluída neste a máxima segundo a qual o comportamento da parte no processo pode ser tomado como elemento de convicção para a apreciação da matéria de fato pelo juiz.

Outro julgamento interessante consta no *Habeas Corpus* nº 82.424, ocorrido em 2003, em que foi relator o Ministro Maurício Corrêa. Discutiu-se a publicação de livros com apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra comunidade judaica, o que constitui crime de racismo. Na ementa encontramos:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo

²⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 124.

contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e **dignidade do ser humano** e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.” (HC 82.424-QO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04).

Nesse caso, a dignidade da pessoa humana foi referenciada como princípio e relacionada à humanidade como um todo, diferente da concepção doutrinária na qual o princípio é entendido como referência à pessoa concretamente considerada, como no excerto da ementa:

Raça humana. Subdivisão. Inexistencia. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferentes biológicas entre os seres humanos. Na essência, são todos iguais (HC 82.424 Relator Originário: Ministro Moreira Alves DJ17/09/03).

Em outro trecho da ementa encontramos referência à dignidade da pessoa humana que se sobrepõe ao direito fundamental à liberdade de expressão, por ter se manifestado com conteúdo imoral, implicando ilicitude penal, com pode ser verificado a seguir.

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, Artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da **dignidade da pessoa**

humana e da igualdade jurídica (HC 82.424 Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ19/03/04).

Aparentemente, verifica-se um conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. Pode-se extrair desse caso que a liberdade de expressão é melhor entendida através de justa e motivada ponderação entre os interesses em questão. É um caso em que temos, de um lado, o direito à liberdade de expressão e, do outro, o direito de não ser desmoralizado, injuriado, com ofensas relacionadas à raça. Assim, para Norberto Bobbio²⁶⁷

Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.

Recentemente, decidiu também o STF, no *Habeas Corpus* de nº 83.358, relatado pelo Ministro Carlos Britto, no caso em que se buscava a transferência de condenado idoso que se encontrava com problemas de saúde, para o cumprimento de pena em regime domiciliar. Como se segue em parte da ementa, encontramos:

HABEAS CORPUS. PACIENTE IDOSO CONDENADO POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO DE TRANSFERÊNCIA PARA PRISÃO DOMICILIAR EM RAZÃO DO PRECÁRIO ESTADO DE SAÚDE DO DETENTO. O fato de o paciente estar condenado por delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a **dignidade da pessoa humana**, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (Art. 1º, inciso III, da CF/88). Por outro lado incontroverso essa mesma dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionalíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.

não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado ([HC 83.358](#), Rel. Min. Carlos Britto, DJ 04/06/04).

O pedido de *Habeas Corpus* foi indeferido por unanimidade de votos. Essa decisão teve a justificativa de que, embora assegurando que a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, esta mesma dignidade estaria ameaçada, pois, se acometido de doença grave, os cuidados especiais seriam fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado. Podemos dizer que é um caso de conflito entre a dignidade da mesma pessoa, cuja decisão teve como enfoque doutrinário a concepção protetiva da dignidade, visando à proteção do ser humano como competência do Estado.

Por estes acórdãos, infere-se que o Supremo Tribunal Federal ainda não reconhece a força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana, pois não houve referência ao mesmo de forma autônoma, existindo, nas decisões, a vinculação ao direito fundamental. Verificamos que a dignidade, em alguns casos, foi citada sem referência à sua modalidade de norma jurídica, ou seja, princípio, subprincípio ou regra.

Acrecentamos que, em algumas decisões, a dignidade da pessoa humana foi considerada em relação à humanidade como um todo, indo de encontro ao entendimento doutrinário dominante segundo o qual tem-se o princípio previsto na Constituição brasileira como relacionado à dignidade da pessoa concreta. Além disso, observamos que a concepção doutrinária sobre a dignidade da pessoa humana, adotada na maioria das decisões, foi a denominada à luz da nova ética.

7.2 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, encontramos também algumas decisões que fizeram referência à dignidade da pessoa humana, as quais destacamos a seguir²⁶⁸.

O recurso especial nº 249.026, com decisão proferida em 23 de junho de 2000, cujo relator foi o Ministro José Delgado, trata da possibilidade do levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, uma vez que não existe previsão legal para tal finalidade. Na ementa do julgado, encontramos:

FGTS. LEVANTAMENTO. TRATAMENTO DE FAMILIAR PORTADOR DO VÍRUS HIV. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1 - É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no artigo 20, XI, da Lei 8.036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e a **dignidade humana** e, levando-se em conta o caráter social do Fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas, de seus familiares. [...].

O Recurso foi desprovido e o acórdão não foi reformado, pois o entendimento é de que o caráter social do Fundo é superior à letra fria da lei, uma vez que existe a necessidade do trabalhador atender seus familiares num caso de doença, mesmo que não previsto na norma.

Nesse caso, a decisão teve o enfoque nas condições mínimas de vida, sendo que a referência à dignidade da pessoa humana foi visando à intangibilidade da vida, dentro de concepção à luz da nova ética. A dignidade da pessoa humana foi referida

²⁶⁸ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso de maio a agosto de 2005. As decisões referidas foram coletadas no site do Superior Tribunal de Justiça, onde foram encontradas 76(setenta e seis) ocorrências com utilização da expressão **dignidade da pessoa humana**, no período em estudo.

como direito fundamental e, novamente, está vinculada a outro direito fundamental, que é o direito à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no Recurso Especial número 658.458, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux. O recurso trata da solicitação do direito de ser incluído no regime especial de trabalhos domiciliares, ou abono de faltas no período de ausência de aluno em virtude do acompanhamento de esposa para tratamento de doença grave fora do país. O julgamento ocorreu em 02 de junho de 2005, conforme resumo estruturado e parte da ementa a seguir.

POSSIBILIDADE, CONCESSÃO, ALUNO, CURSO DE GRADUAÇÃO, ABONO DE FALTAS, OU, RECONHECIMENTO, DIREITO, REALIZAÇÃO, TRABALHO ESCOLAR, DOMICÍLIO, ALUNO / HIPÓTESE, ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE, PAÍS ESTRANGEIRO, OBJETIVO, TRATAMENTO MÉDICO, NEOPLASIA MALIGNA, CÔNJUGE/ DECORRÊNCIA, APLICAÇÃO, ANALOGIA, LEI FEDERAL, 1969; OBSERVÂNCIA, **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE; OCORRÊNCIA, COLAÇÃO DE GRAU, APÓS, SENTENÇA JUDICIAL, CONCESSÃO, ABONO DE FALTAS; APLICAÇÃO, TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. A interpretação da norma administrativa, mercê da proteção do interesse público, privilegia valores constitucionais elevados, como o da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade da norma.

2. [...]

3. Mercê de o referido diploma prever o abono de faltas ou a concessão de regime especial de trabalho domiciliar ao próprio aluno acometido de enfermidades que impossibilite sua freqüência às aulas, conspiraria contra a ratio essendi da tutela da **dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)**, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º 9.394/96), bem como, da Lei do Procedimento Administrativo (Lei n.º 9.784/99) e do Princípio da Razoabilidade vedar a extensão de referido benefício, em situações excepcionais, como a hipótese dos autos, em que o aluno ausentou-se para acompanhar o tratamento de doença grave - neoplasia mamária - de sua esposa, fora do território nacional, a qual, a posteriori, veio a falecer.

4. Merece censura o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. Isto porque a razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade "aquilo que não pode ser".

Com alegações em precedentes, o recurso foi provido por unanimidade, mesmo não sendo o próprio aluno acometido de doença grave, como prevê a lei. Verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana foi invocado numa abordagem filosófica sem normatividade. Confirmando esse tipo de abordagem, complementamos que a não utilização também da dignidade da pessoa humana de forma autônoma é observada quando foram apresentadas outras questões que culminaram no provimento do recurso. Nesta decisão, a dignidade da pessoa humana está vinculada ao princípio da razoabilidade, através do qual foi estendido o benefício de abono de faltas para o aluno que ausentou-se para acompanhar o tratamento de doença grave de sua esposa, fora do território nacional.

Além disso, a dignidade da pessoa humana foi citada como princípio e no sentido de intangibilidade da vida, como prevê a concepção própria de uma nova ética. E ainda há de se registrar que a dignidade afetada, em termos de intangibilidade da vida, foi de terceira pessoa envolvida no processo, no caso, a da esposa do recorrente, o que podemos entender como uma referência filosófica.

Outro julgamento foi o do HC 34.121, que tem como relatora a Ministra Laurita Vaz, ocorrido em 11 de maio de 2004, em que se alegava ausência de fundamentação para a prisão preventiva, com ofensas ao princípio da dignidade da pessoa humana. A ação criminal foi movida pelo Ministério Público Federal contra integrantes de uma quadrilha especializada em tráfico internacional de órgãos. Conforme resumo estruturado e parte da Ementa, temos:

LEGALIDADE, DECISÃO JUDICIAL, TRF, MANUTENÇÃO, PRISÃO PREVENTIVA, ACUSADO, CRIME, TRÁFICO INTERNACIONAL DE ÓRGÃOS, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, DECORRÊNCIA, SUFICIÊNCIA, FUNDAMENTAÇÃO, INDÍCIO, MATERIALIDADE, PERICULOSIDADE,

AUTOR DO CRIME, GRAVIDADE DA INFRAÇÃO, VIOLAÇÃO, **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, NECESSIDADE, APLICAÇÃO, LEI PENAL, GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, IMPEDIMENTO, NOVO CRIME.

1. Diante das condutas delituosas narradas na denúncia, com suficientes indícios da participação da Paciente na quadrilha formada para a prática de tráfico internacional de órgãos, não há falar em ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva, restando evidenciada a sua necessidade como forma de garantia da ordem pública, em face da flagrante ofensa à **dignidade da pessoa humana**, bem como para impedir o cometimento de novos crimes. [...].

No Acórdão, a ordem foi denegada por unanimidade. Verifica-se um possível conflito de dignidade em que se alega desconsideração da dignidade da pessoa que teve a prisão preventiva decretada sem fundamentação.

Entretanto, o crime cometido diz respeito ao flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana, por se tratar de tráfico internacional de órgãos. Dessa forma, o princípio aqui adotado não foi relacionado ao desrespeito à dignidade da pessoa humana no caso concreto, e sim no sentido de humanidade como um todo. Essa abordagem não se coaduna com o entendimento doutrinário majoritário que defende que a forma como a dignidade da pessoa humana foi inclusa na Constituição se relaciona às ofensas de dignidade de pessoas concretas.

Como já referido anteriormente, ressalta Jorge Miranda e Ingo W. Sarlet²⁶⁹ que apenas a dignidade de determinada pessoa (ou pessoas) é suscetível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato. Aqui o posicionamento adotado foi o que reconhece a dignidade como pertencente a todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de pertencer à espécie humana, independente de classe, nacionalidade ou etnia.²⁷⁰ O entendimento majoritário é de que a dignidade constitui um atributo da pessoa humana individualmente

²⁶⁹ Ver MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora. V. 4, p. 184. e SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 53.

²⁷⁰ SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 60.

considerada. Não se devem confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo.

No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, ou AgRg no Ag número 478.911, que tem como relator o Ministro Luiz Fux, com data de julgamento em 06/05/2003, o agravante sustenta que a suspensão do fornecimento da energia elétrica decorrente da inadimplência do consumidor encontra amparo na Lei. O entendimento majoritário do STJ foi pela manutenção da decisão. Consta no resumo estruturado e em parte da ementa:

ILEGALIDADE, CONCESSIONÁRIA, SERVIÇO PÚBLICO, INTERRUPTÃO, FORNECIMENTO, ENERGIA ELÉTRICA, OBJETIVO, CONSTRANGIMENTO, USUÁRIO, PAGAMENTO, TARIFA, OBSERVÂNCIA, PRINCÍPIO, CONTINUIDADE, PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, SERVIÇO PÚBLICO, SERVIÇO ESSENCIAL, **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

1. O corte no fornecimento de energia elétrica, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e malfere a cláusula pétrea que tutela a dignidade humana. Precedentes do STJ.

2. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada. [...].

O Agravo Regimental foi desprovido por unanimidade. O embasamento da decisão está na consideração de que a violação a um princípio é fato mais grave do que violar a lei, ou seja, o princípio referido assume grau de potencialidade por valorizar a dignidade humana e a cidadania. O fornecimento de energia elétrica não pode ser interrompido por sua condição de serviço essencial de natureza contínua e ininterrupta, além do mais, a empresa possui vários outros meios de receber o que lhe pertence, que pode ser feito através de ação de cobrança ou serviço de proteção ao crédito.

Pela análise da decisão, verifica-se que a dignidade da pessoa humana foi citada como princípio e vinculada aos direitos fundamentais. Está relacionada às condições

mínimas de existência, pois fere a manutenção a um bem essencial à dignidade da pessoa humana, além da saúde, da higiene e da segurança. Observa-se ainda que a abordagem tem a concepção da dignidade na caracterização à luz da nova ética. Os Recursos especiais apresentados a seguir possuem teor idêntico e tratam do direito à liberdade e do direito à informação, vinculados à dignidade da pessoa humana.

No Recurso especial nº 403.639, tendo como Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, discutiu-se a alegação de que uma emissora de rádio veiculou pronunciamento de vereador atingindo sua honra. O julgamento é datado de 06 de dezembro de 2002 e no resumo estruturado e em parte da ementa, consta:

IMPOSSIBILIDADE, CONDENAÇÃO, EMISSORA DE RÁDIO, PAGAMENTO, INDENIZAÇÃO, DANO MORAL, HIPÓTESE, REPORTAGEM, DIVULGAÇÃO, FATO, FUNDAMENTAÇÃO, MANIFESTAÇÃO, VEREADOR, PROLAÇÃO, SESSÃO PÚBLICA, CÂMARA MUNICIPAL, OBSERVÂNCIA, DIREITO, LIBERDADE, IMPRENSA, GARANTIA, CIDADÃO, OBTENÇÃO, INFORMAÇÃO, NÃO CARACTERIZAÇÃO, PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA FALSA.

[...]

1. Já decidiu esta Terceira Turma que não justifica o pedido de indenização por dano moral a simples divulgação de discurso pronunciado em sessão pública do órgão legislativo municipal.
2. É preciso ponderar as duas pontas da liberdade, aquela da preservação da **dignidade da pessoa humana** e aquela da livre circulação da informação pela mídia. É essa ponderação que eleva e protege o cidadão contra ataques a sua honra e, exempli pare, assegura direito à informação.
3. Recurso especial conhecido e provido.

Observa-se que foi admitido pelo STJ que a dignidade da pessoa humana pode ser ponderada, dependendo do caso como o acima exposto, em que houve o conflito entre o direito da livre circulação da informação pela mídia assegurando o direito fundamental à informação e à preservação da dignidade. Além disso, houve a vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana ao direito fundamental

ferido no caso, confirmando a tendência do referido tribunal ao aplicá-lo em suas decisões.

Quanto à concepção doutrinária, também podemos apontar para a concretização da dignidade da pessoa humana à luz da nova ética, pois o caso trata do respeito a condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.

No mesmo sentido, há o Recurso especial nº 439.584, cujo relator foi o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Neste, foi discutido o recurso do autor e do réu sobre uma ação de indenização com alegações de ofensas com insultos e mentiras, e ocorrência de danos morais, após as informações publicadas. Acrescenta-se que houve alegação, por parte do réu, de violação da Lei de Imprensa. O Julgamento foi realizado em 15 de outubro de 2002. Na ementa, consta:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DIREITO À HONRA, **À DIGNIDADE**, À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA: ARTIGOS 5º, X, E 220 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLANO CONSTITUCIONAL. ART. 1º DA LEI Nº 5.250/67. VALOR DO DANO MORAL.

1. Está no plano constitucional decidir sobre o balanceamento entre o direito à honra, **à dignidade**, à intimidade, à vida privada, e à liberdade de informação, com a interpretação dos artigos 5º, X, e 220 da Constituição Federal. Tal questão, sem dúvida, é relevante neste trânsito da vida republicana e compete ao Supremo Tribunal Federal decidi-la.

2. Não se revê nesta Corte o valor do dano moral quando a fixação não configura exorbitância, exagero, despropósito, falta de razoabilidade ou insignificância, o que não existe no presente feito.

3. Para os efeitos do art. 1º da Lei de Imprensa, o abuso, no plano infraconstitucional, está na falta de veracidade das afirmações veiculadas capazes de gerar indignação, manchando a honra do ofendido. Neste feito, o Acórdão recorrido afastou as acusações formuladas do contexto do tema tratado nos artigos escritos pelo réu e identificou a ausência de veracidade das afirmações. O interesse público, em nenhum momento, nos casos como o dos autos, pode autorizar a ofensa ao direito à honra, **à dignidade**, à vida privada, à intimidade da pessoa humana.

O recursos especiais não foram conhecidos. Observa-se que o STJ entendeu que, dada a relevância da matéria, caberia ao STF definir sobre ela. Entretanto, verifica-se que é admitida a ponderação entre o direito ofendido e a dignidade pelo referido tribunal ao proferir que “Está no plano constitucional decidir sobre o balanceamento entre o direito à honra, à dignidade, à intimidade, à vida privada e à liberdade de informação [...]” Verifica-se que a dignidade foi citada na decisão como um direito fundamental.

No *Habeas Corpus* de nº 12.547, que tem como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foi discutida a manutenção da prisão de paciente considerada depositária infiel nos autos da ação de busca e apreensão, convertida em depósito, pela recusa de entregar o veículo objeto do contrato de alienação fiduciária. O julgamento ocorreu em 01 de junho de 2000, e a ordem foi concedida por unanimidade. O resumo estruturado e parte da ementa trazem:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da **dignidade da pessoa humana**. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da **dignidade da pessoa humana**, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. [...].

Nesse caso do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, emitido à época, extraiu-se que “tanto é possível aplicar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do artigo 17 da lei de Introdução ao Código Civil sobre ordem pública e bons costumes”.

O Ministro faz referência ainda a que a “similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins

sociais a que ele se dirige”. Como enfoque doutrinário nesse caso, podemos dizer que se trata da consequência do princípio da dignidade da pessoa humana consistente no respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens.

Comentando sobre decisão no mesmo sentido, Antônio Junqueira Azevedo²⁷¹ defende que “são contrárias à dignidade, sob esse aspecto da liberdade, as cláusulas de tempo excessivo de prestação de serviço [...] e também as cláusulas abusivas de exclusividade e de não-concorrência [...]”. Acrescentamos que foi dado destaque para a concepção à luz da nova ética.

Destacamos a variedade de utilização do termo da dignidade da pessoa humana, exemplificando, ainda, através do Recurso Especial número 611.240, que tem como relator o Ministro José Delgado, o qual foi interposto pela Caixa Econômica Federal sob alegação de inexistência de lei à época que previa quitação pelo FCVS, ou seja, uma questão sobre habitação. O Julgamento ocorreu em 04 de março de 2004. Consta na Ementa:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO. FINANCIAMENTO DE DOIS IMÓVEIS EM MESMO LOCAL. TRANSFERÊNCIA REGULARIZADA. DIREITO À QUITAÇÃO PELO FCVS. CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE À DATA DE 05/12/1990. APLICAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI Nº 10.150/2000. PRECEDENTES.

1. A Lei nº 10.150/2000 é expressa em autorizar a regularização das transferências realizadas até o dia 25/10/1996, sem a necessidade de anuência do agente financeiro, respeitando-se o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a transferência de financiamento anterior.

[...]

4. O Poder Judiciário não pode prestigiar entendimento que possa causar lesão aos mutuários que contribuíram regularmente para a composição do FCVS. A questão habitacional é um problema de âmbito nacional, e suas causas devem ser buscadas e analisadas sob essa extensão, devendo ser

²⁷¹ JUNQUEIRA, A.A. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 18, Jan/ Mar. 2002.

assumida pelos vários segmentos da sociedade, em colaboração mútua na busca de soluções, eis que a habitação é elemento necessário à própria **dignidade da pessoa humana**, encontrando-se erigida em princípio fundamental da CF/1988 (art. 1º, III).

Verificamos que a dignidade foi citada dentro da modalidade jurídica como princípio vinculado ao direito fundamental à habitação. O direito à habitação ou à moradia está incluso no Artigo 6º da Constituição Federal e trata dos direitos sociais, que significam uma concretização da dignidade da pessoa humana na esfera das condições mínimas materiais de existência do ser humano.

Dentre as concepções doutrinárias existentes, a relacionada à decisão analisada é a da concretização da dignidade da pessoa humana no sentido de respeito às condições mínimas de vida, relacionada também à nova ética.

Pelo exposto, assim como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça ainda não reconhece a força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana, pois não houve referência ao mesmo de forma autônoma, existindo nas decisões a vinculação ao direito fundamental. Além disso, observamos que a concepção doutrinária sobre a dignidade da pessoa humana adotada na maioria das decisões foi a denominada à luz da nova ética.

Foram encontradas em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça a dignidade da pessoa humana citada como direito fundamental, entendimento contrário ao da doutrina majoritária, pois, se a dignidade da pessoa humana é considerada como qualidade intrínseca ao ser humano, como já referenciado, não poderá ela ser concedida pelo ordenamento jurídico.²⁷²

Observa-se que, aos poucos, vai se formando uma massa crítica de jurisprudência brasileira²⁷³ acerca da dignidade, que vem sendo utilizada com enfoque no que existe na doutrina de um extremo ao outro de forma muito diversificada.

²⁷² SARLET, I. W, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73.

²⁷³ BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 336.

Acrescentamos que vêm sendo utilizadas também pela jurisprudência apresentada, variadas modalidades de norma jurídica para a expressão “dignidade da pessoa humana”.

Vemos também um alcance diversificado nas decisões judiciais, como pode ser verificado nos exemplos apresentados: proibição do corte do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento, não realização do exame de DNA, liberação do FGTS para fins de tratamento de doença grave, rejeição de prisão por dívida motivada pelo não-pagamento de juros absurdos, entre muitos outros.

Podemos dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana não tem alcançado uma efetividade desejada. A efetividade, para Luís Roberto Barroso²⁷⁴, “significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser e o ser da realidade social”.

Quando da aplicabilidade da dignidade da pessoa humana, verifica-se que, apesar dos direitos fundamentais se apresentarem como exigências e concretizações em graus variados da dignidade da pessoa humana, muitas decisões judiciais se referem à dignidade da pessoa não como um fundamento isolado, mas vinculado a determinada norma fundamental.

Por fim, registramos ainda que a dignidade da pessoa humana ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.²⁷⁵

²⁷⁴ BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 85.

²⁷⁵ Id. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo ciente das limitações da pesquisa ora realizada, esperamos que tenha contribuído para despertar o interesse para as questões abordadas e clarificado alguns pontos correlatos ao tema, os quais resumiremos nesse tópico sem, entretanto, ter a pretensão de esgotar o assunto.

A dignidade da pessoa humana surgiu como fundamento filosófico, remetendo ao imperativo categórico da ética Kantiana e ganhou espaço como valor moral na consciência coletiva. Esse valor moral foi constitucionalizado e internacionalizado como princípio universal, adquirindo um caráter de norma jurídica superlativa e vinculante.

O movimento de constitucionalização ou inclusão na Constituição da dignidade da pessoa humana, em diversos países, foi associado à mudança na concepção da praticidade das constituições no tocante às normas nelas previstas. Assim, à Constituição da Alemanha, pioneira em incluir o princípio da dignidade da pessoa humana em seu texto, seguiu-se a Constituição de Portugal, da Espanha, da França, do Brasil, dentre outros países, sendo estes motivados por ocorrências históricas similares. O reconhecimento do valor distinto da pessoa humana, proclamado em inúmeras legislações ao longo da história, teve como consequência o surgimento e a afirmação de direitos específicos do homem expressos nas cartas Constitucionais como direitos fundamentais.

Na Constituição de 1988, o termo foi previsto como fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana passa a retratar o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo principal da ordem jurídica. Compreende também a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida adequada, o respeito à igualdade entre os indivíduos, a garantia da independência e da autonomia do ser humano, a coibição de qualquer obstáculo que o avilte ou que impeça o desenvolvimento do potencial de sua personalidade, bem como compreende a garantia e efetivação de seus direitos essenciais inalienáveis.

Embora haja previsão constitucional do termo dignidade, apresentado de forma expressa no texto, o sistema constitucional introduzido pela Carta de 1988 sobre a dignidade é bastante complexo, porque se encontra espraiado ao longo de todo o texto. Além disso, a Constituição, partindo do princípio mais fundamental exposto no art. 1º, III, utiliza ainda diversas modalidades de normas jurídicas, como princípios, subprincípios de variados níveis de determinação e regras, para a construção do tema, o que se traduz numa extensa dimensão constitucional.

Afora a complexidade apontada, a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada a base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais. Surgem, então, pontos de contato da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. Além disso, dada sua intensidade, o direito constitucional contemporâneo se assenta atualmente na íntima e indissociável vinculação entre esses direitos, mesmo nas ordens constitucionais em que a dignidade ainda não foi reconhecida expressamente no âmbito do direito positivo.

Existe, na doutrina, um consenso, admitindo-se que não poderá, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição. Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se destaca, pois o conteúdo em dignidade da pessoa humana fica identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou ainda, considera-se que o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições.

Para o princípio da dignidade da pessoa humana se concretizar, exige-se um trabalho de modelação para se adaptar ao concreto. Esse trabalho é necessário, porque é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra, pois alguma coisa da dignidade de uma pessoa poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade de outra. Nesses casos, é utilizada a técnica de ponderação de interesses que procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios ou direitos contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável,

sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

Portanto, mesmo reconhecendo a possibilidade de alguma relativização da dignidade da pessoa humana, não pode ser desconsiderada a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade que, justamente, de acordo com a fórmula de inspiração Kantiana, consiste na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na sua acepção absoluta, tende a identificar-se com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo essencial é violado quando o indivíduo não pode mais prosseguir o interesse protegido pelo direito fundamental de acordo com os fins que ele próprio defina. Já na sua acepção relativa, essa dignidade tenderá a ser absorvida pela garantia de observância do princípio da proporcionalidade.

Assim, não podemos afirmar que o caráter do princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto ou relativo. É necessário analisar o caso concreto, pois, se a dignidade da pessoa humana for utilizada como regra, é possível a tolerância de certa relativização, respeitando-se o núcleo essencial da dignidade, que é intangível.

Devido à inquestionável importância da dignidade da pessoa humana, surgiram, na doutrina, inúmeros conceitos e concepções que acarretam prejuízos em relação ao entendimento do que seja efetivamente a dignidade da pessoa humana. Isto ocorre em função da própria vagueza da expressão e acarreta o não reconhecimento da abrangência de sua proteção.

A concepção mais atualizada e relacionada aos avanços da tecnologia, bem como às novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, é a denominada “à luz da nova ética”, que entende a dignidade do ser humano como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência. Nessa concepção, o homem faz parte da natureza, que é um bem, tem a vida como o seu valor, além de não ser o único ser inteligente e capaz de querer. Entretanto, a doutrina ainda busca soluções para as controvérsias geradas na sociedade contemporânea, apresentando outras

concepções de dignidade com a finalidade de se ajustar aos modelos nos quais se pretende enquadrá-las.

As posições doutrinárias vão de um extremo a outro de possibilidades e as interpretações que se expressam através das decisões judiciais são o mais diversificadas possíveis. Além disso, as decisões de alcance diversificado podem ser verificadas, nos exemplos dados: proibição do corte do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento, não realização do exame de DNA, liberação do FGTS para fins de tratamento de doença grave, rejeição de prisão por dívida motivada pelo não-pagamento de juros absurdos, entre muitos outros.

Nas decisões judiciais, verifica-se também a relação do princípio com os direitos fundamentais, pois, apesar dos direitos fundamentais se apresentarem como exigências e concretizações em graus variados da dignidade da pessoa humana, muitas decisões judiciais se referem à dignidade da pessoa não como um fundamento isolado, mas vinculado à determinada norma fundamental, não sendo utilizado o importante grau de normatividade que o princípio possui no ordenamento jurídico.

Pelo exposto, temos que a dignidade da pessoa humana passa por um momento de elaboração doutrinária e também pela busca de uma maior densidade jurídica. Esse momento consiste no estabelecimento de contornos objetivos com a possibilidade da dignidade se deslocar de sua dimensão ética, abstrata ou filosófica e ser aplicada nas questões práticas e fundamentadas das decisões judiciais.

9 REFERÊNCIAS

AGUAYO, Enrique. **El concepto de persona em la filosofia de Maurício Beuchot**. Estudios.filosofia-história-letras. Verano, 1995.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Silmara J. de A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.128-129.

_____. **Do nome da mulher casada**: direito de família e direitos de personalidade. São Paulo: Forense Universitária. 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina,1987.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: padma, v.9, p. 03 – 34, 2002.

_____. O dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.19. Rio de Janeiro: padma, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

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

_____. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, n. 221, Rio de Janeiro: Editora Local, jul. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; BARCELLOS, A. P. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>> Acesso em: 16 maio 2005.

BENDA, Ernest; MAIOHOFER, Werner; HESSE, Konrad (Apres.). **Dignidad humana y derechos de la personalidad**. Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 456-465.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1990, p.81.

_____. **A era dos direitos**. 8. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANDELLI, Leonardo. Considerações acerca do direito ao nome numa perspectiva constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: padma, v.22, p. 197, Abr/Jun. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei penal nº 9.455, de 7 de abril de 1988. Dispõe sobre os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 8 de abr. 1997. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 06 mai 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 11. ed. São Paulo: Editora Ática, 1999, p.238-239.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38-39.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Teoria da constituição: direitos humanos e direitos fundamentais.** Lisboa/ São Paulo: Editorial Verbo, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 21-22.

_____. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998.

DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v. 3, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.124.

DONEGANA, Constanzo. **Eles, os excluídos: superando a apartação social com a comunhão.** São Paulo: Cidade Nova, 1995, p 83.

DWORKIN, Ronald M. **Es el derecho um sistema de normas? Filosofia del derecho.** Trad. de Javier Sainz de los Terreros. México: Fondo de Cultura Econômica, 1980.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. 18 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, Joaquim B.Barbosa. **O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa.** COAD/Seleções Jurídicas n. 12, p. 17-30, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno do princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, J. (Org.). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. 1, p. 219-292.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. (Die normative kraft der verfassung) Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João P. Monteiro e Maria Beatriz Nizzada Silva. Coleção Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coleção os Pensadores, p. 134. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.103-162.

KRIEGER, Martin. **Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem**. Título do original em alemão: Befreiung und politische aufklärung. Tradução S.A. São Paulo: Edições Loyola, 1983.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.15.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MATURANA, H.; Varela. F. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. 2. ed. São Paulo: Palas Athenas, 2001.

444

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. T. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.226-227.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NEGREIROS, Tereza. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In TORRES, R. L. (Org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 355-370.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org). **Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v.1, p. 263-336.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Luis R. Cardoso de. **Honra, dignidade e reciprocidade**. In Direitos Negados: Questões para uma Política de Direitos Humanos. Cadernos de Direitos Humanos 1. Secretaria de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Booklink, 2004.

PECES-BARBA, Gregorio Martinez. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. Filosofía del derecho. Madri: Editorial Dykinson, 2002.

_____. **Curso de derechos fundamentales. Teoria general.** Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

_____. Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofia jurídica y política). Instituto de derechos humanos. **Cuadernos “Bartolomé de las casas”** n. 11. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson, 1999.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

_____. **Derechos humanos, estado de derecho e y constitucion,** 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem.** Tradução Luiz Feracine. São Paulo: GRD, 1988.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista de Interesse Público,** Rio de Janeiro, v.4, p. 23-48, 1999.

_____. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal),** n. 3, p. 45, Dez. Brasília, 1997.

_____. Constituição, soberania e mercosul. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 42. jul/set. 1998.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212:89-94, abr./jun. 1988.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direitos humanos, urgente!** São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

STERN, Klaus. **Derecho del estado de la republica federal alemana**. Tradução Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, S. L. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais:**

considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. Biblioteca Central. **Guia para normalização de referências**; NBR6023; 2002.2.ed. Vitória, 2001.

_____. **Normalização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos: guia para alunos, professores e pesquisadores da UFES**. 6. ed. Vitória, 2002.

VIDAL, Dominique. **Demandas por respeito**: direitos humanos nas camadas populares urbanas. In *Direitos Negados: Questões para uma Política de Direitos Humanos*. Cadernos de Direitos Humanos 1. Secretaria de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Booklink, 2004.