

UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM
CONSTITUCIONAL LUSO-BRASILEIRA: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DOS
HARD CASES**

MARIA LUIZA GAZZANEO CABRAL

Dissertação
Mestrado Científico em Direito
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas
Menção em Direitos Fundamentais

2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM
CONSTITUCIONAL LUSO-BRASILEIRA: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DOS
HARD CASES**

MARIA LUIZA GAZZANEO CABRAL

**Orientação pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais
Mestrado Científico em Direito
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas
Menção em Direitos Fundamentais**

2019

MARIA LUIZA GAZZANEO CABRAL

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM
CONSTITUCIONAL LUSO-BRASILEIRA: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DOS
HARD CASES**

**Dissertação de Mestrado apresentada ao
programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
como requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito, área de especialização em
Ciências Jurídico-Políticas, com Menção em
Direitos Fundamentais.**

Professor Doutor Jorge Reis Novais (Orientador) – FDUL

(Presidente)

(Arguente)

(Vogal)

2019

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Ag – Agravo de instrumento

AgPt – Agravo de Petição

AgRg – Agravo Regimental

AgRt – Agravo Retido

Cap. – capítulo

CF/88 – Constituição Federal do Brasil de 1988

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976

cf. – conforme

cit. – citado; citação

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976.

HC – habeas corpus

j. – julgado em

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

n. – número

p. ou pg. – página

Recl. – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

ss. – seguintes

TC – Tribunal Constitucional

RESUMO

Muitos são os dilemas que cercam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana nos dias atuais e, para além da problemática da sua ineficácia social, o princípio enfrenta, do mesmo modo, dificuldades que decorrem da ausência de consenso quanto ao seu conteúdo. A diversidade das suas fundamentações filosóficas e fontes históricas, a sua incidência sobre temas extremamente controvertidos na perspectiva moral, política e religiosa, o pluralismo social que caracteriza as sociedades hodiernas, bem como a elevada abertura semântica do princípio, contribuem para tornar a interpretação da Dignidade da Pessoa Humana um campo fecundo para embates travados em diferentes esferas, como nas Cortes Constitucionais, no Parlamento, na opinião pública e na academia. Sendo assim, é de extrema valia um estudo que aborde não somente a formulação da noção de respeito à dignidade da pessoa humana nas convenções e outros instrumentos internacionais, mas, bem como seu processo de constitucionalização nos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito. Isso porque a Dignidade da Pessoa Humana, sendo considerada valor-fonte, norma suprema e princípio fundamental, deve ter, *per si*, sua necessária e minuciosa apreciação pelos tribunais constitucionais. Sobre essa temática, vale a atenção aos casos de direitos fundamentais em conflito, os quais terão como fator uniformizador e valor interpretativo a própria Dignidade da Pessoa Humana que irá fazer as vezes da balança da justiça, sopesando os bens e os interesses dos lados contrapostos das demandas e verificando, ponderadamente, quais reflexos da Dignidade não o são, ou são minimamente relativizados. Esse sistema de ponderação de direitos é realizado por meio da análise de casos de difíceis soluções, academicamente chamados de *hard cases* os quais servem, na atualidade, basicamente, como um fiscalizador da atuação do Estado no que concerne à proteção e promoção da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Ponderação. *Hard Cases*. Cortes Constitucionais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Human Dignity in the present days is surrounding by many problems. And beyond the issue of social inefficiency, the principle faces, likewise, difficulties arising from the lack of consensus as to their content. The diversity of its philosophical foundations and historical sources, their impact on deeply controversial issues from a moral perspective, political and religious, social pluralism that characterizes contemporary societies, as well as high semantic opening of principle, contributes to making the interpretation of the Human dignity fertile ground for battles fought in different spheres, such as the judiciary, the Parliament, the public and academy. Therefore, it is extremely valuable a study that addresses not only the formulation of the notion of respect for human dignity in the conventions and other international instruments, but as well as its constitutional process in the legal systems of the law states. That's because the Human Dignity, considered source value, the supreme norm and fundamental principle, must have, a necessary and thorough examination by the constitutional courts. About this theme, it is important to pay attention to cases of fundamental rights in conflict, which will have as a unifying factor and interpretation of the very Human Dignity that will make sometimes the scales of justice, weighing the goods and the interests of the opposing sides of demands and checking, deliberately, which Dignity reflexes are not, or are minimally relativized. This rights weighting system is carried out through the analysis of cases of difficult solutions, academically called hard cases which serves today as basically a supervisor's state's operation concerning the human dignity protection and human dignity promotion.

Keywords: Human Dignity. Weighting. Hard Cases. Constitutional Courts. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA	9
1 A DIGNIDADE COMO CONSTRUÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE SEU DESENVOLVIMENTO FILOSÓFICO-POLÍTICO	14
1.1 UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-CULTURAL DA DIGNIDADE	17
1.1.1 O contributo religioso judaico-cristão.....	18
1.1.2 A concepção filosófica	22
1.1.3 A concretização no mundo jurídico.....	29
2 APROXIMAÇÕES JURÍDICAS AO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	39
2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE	42
2.2 O VALOR INTRÍNSECO DA PESSOA HUMANA	44
2.3 A IGUALDADE	46
2.4 O VALOR COMUNITÁRIO	48
2.5 EM BUSCA DE UM DENOMINADOR COMUM: A INDETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	51
2.5.1 Aproximações restritivas entre os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana	56
3 A DISCUSSÃO EM TORNO DO CARÁTER ABSOLUTO OU RELATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	61
3.1 BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS SOBRE COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS	61
3.2 A PONDERAÇÃO	65
3.2.1 O caso do lançamento de anão: a dignidade como limite à renúncia dos direitos fundamentais entre os particulares.....	70
3.2.2 O caso da tortura salvadora: a proibição absoluta da tortura <i>versus</i> a defesa de vidas inocentes.....	75
4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM CONSTITUCIONAL LUSO-BRASILEIRA.....	80
4.1 CONCEPÇÃO LEGAL, DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL PORTUGUESA	84
4.2 CONCEPÇÃO LEGAL, DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA	94
4.2.1 A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, norma suprema e valor-fonte do Estado Democrático de Direito.....	101
4.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SE TRATA DE UMA VIGA MESTRA ABSOLUTA OU RELATIVA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO?.....	105

5 ANÁLISE EMPÍRICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: UM ESTUDO SOBRE OS HARD CASES	109
5.1 DIGNIDADE COMO LIMITE À SOBERANIA DO POVO E À AUTORIDADE	110
5.1.1 Caso DNA (HC 71.373-4-RS/1994)	112
5.1.2 Caso da anencefalia (ADPF 54-DF/2012)	119
5.1.3 Caso Ellwanger (HC 82.424-2-RS/2003)	129
5 CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

A Dignidade da Pessoa Humana tornou-se nas últimas décadas um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela figura em praticamente todas as declarações e tratados internacionais sobre direitos humanos e está consagrada em nada menos que 149 constituições nacionais, das 194 que hoje estão em vigor¹²³. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de conectar a sociedade e ganhar adesão unânime, prova disso é que a sua eficácia é também reconhecida em países cujas constituições não contêm menção expressa ao princípio, como a França e os Estados Unidos da América⁴.

Tal fato, todavia, não minimiza – outrossim, agrava- as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Isso porque, com frequência, ela funciona como um mero espelho, na qual cada um projeta seus próprios valores, a sua própria imagem de dignidade⁵. Não são incomuns, por exemplo, hipóteses em que a Dignidade da Pessoa Humana é invocada pelos lados rivais de uma contenda na defesa de posições diametralmente opostas.

No mundo, a Dignidade emergiu como um dogma último a auxiliar na resolução de controvérsias irresolúveis. Assim se deu na França, com o caso do Sr. Wackeneim e o arremesso de anão; na Itália, com a família da Sra.

¹ Cf. Constitute Project. Disponível em: <<http://www.constituteproject.org/#/search>>. Acesso em 15 out. 2015.

² A consagração não significa, contudo, compromisso real com a dignidade. Basta ver que ela figura nas constituições de países como Síria, Afeganistão, Sudão e Somália, notórios pelas graves violações de direitos humanos que perpetraram contra a sua própria população

³ O conceito de Dignidade Humana ou Dignidade da Pessoa Humana, além de encontrar-se inscrito sob a rubrica “Dignidade” no preâmbulo da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, encontra-se também expressamente consignado em diversas constituições como a brasileira (art. 1º, III), alemã (art. 1º), portuguesa (art. 1º), irlandesa (art. 2º), finlandesa (art. 1º), suíça (art. 7º), montenegrina (art. 20), polonesa (art. 30), grega (art. 2º), espanhola (art. 10º), italiana (art. 41), turca (art. 17), sueca (art. 2º), romena (art. 1º), russa (art. 7º), sérvia (art. 18) e outras. A Dignidade da Pessoa Humana também possui lugar de destaque na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo parlamento europeu em 2000 e tornada legalmente vinculante na maior parte da União Europeia em 2007, por meio do Tratado de Lisboa.

⁴ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 2.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Op. cit., p. 09-10.

Englaro, que pleiteara a suspensão de procedimentos médicos para deixá-la morrer com *dignidade*, após dezessete anos em estado vegetativo; nos Estados Unidos, onde o Sr. Lawrence desejava ter reconhecido seu relacionamento homoafetivo sem ser considerado criminoso; na Colômbia, onde a Sra. Lais gostaria de ver reconhecido seu direito a exercer sua atividade de trabalhadora do sexo; na Alemanha, com o Sr. Grüdgers, que pretendia impedir a republicação de um livro que era baseado na vida de seu pai e que considerava ofensivo à sua honra⁶.

No Brasil, casos emblemáticos também vieram à tona e foram responsáveis – em tese - por tornar o princípio da Dignidade um paradigma de conteúdo basilar, a ser reconhecido e utilizado pelos tribunais superiores como ferramenta de harmonização entre direitos em conflitos e, amais disso, como instrumento essencial para a concretização da justiça constitucional.

É por isso que tanto se diz que seria mais fácil desvendar e dizer o que a Dignidade não é, do que expressar o que ela possivelmente viria a ser⁷, consabido que se trata de um verdadeiro princípio, realidade vivenciada concretamente pelo ser humano, devendo não somente ser reconhecida, mas, respeitada, protegida e promovida por todos, indistintamente.

Isto posto, avulta ressaltar que a escolha do tema do presente trabalho desenvolveu-se em razão da importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico nacional e internacional, aliada à sua dimensão e controvérsias doutrinárias relativamente ao caráter absoluto ou relativo de seu conteúdo, bem como à sua importância aquando revestida de instrumento interpretativo e concretizador da Constituição no controle da ponderação de garantias fundamentais em colisão.

Espera-se que a circunscrição jurídica do conceito – ou sua tentativa – levada a cabo por meio das cinco partes discursivas desse estudo, favoreça a

⁶ BARROSO, Luis Roberto. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra, v. 3, n. 6, p.123-151, jan. 2012.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais *na Constituição de 1988*. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48 e 50. Cf. *Idem*. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana no Estado Democrático de Direito. In: *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.

sua aplicação coerente, a fim de que ela não seja transformada em uma reserva de equidade, isto é, não se torne um conceito vago a ser utilizado conforme o mero arbítrio de cada julgador.

Inicialmente, serão feitas considerações sobre a Dignidade da Pessoa humana, discorrendo sobre sua evolução filosófico-jurídica. Não dissertaremos, no entanto, sobre a questão da sua genealogia histórica, a qual não se confunde com a de sua fundamentação. Não serão analisadas as perspectivas da Dignidade da Pessoa Humana de acordo com sua linha do tempo precisamente, mas enfrentar-se-á o curso de sua compreensão através da sua universalização e multiculturalidade, desenvolvendo-se até a positivação jurídica do princípio.

No capítulo introito, imprescindível à compreensão do conteúdo que há de vir subsequentemente, discorrer-se-á sobre as aproximações jurídicas ao conceito de Dignidade da Pessoa Humana, o qual, por não se revestir de uma edificação sólida e uníssona, haja vista sua concepção jurídica ser corolário de diversas tradições distintas, permite uma abertura importante, porém perigosa, quanto ao seu conteúdo essencial.

Tal circunscrição do seu conceito faz-se necessária à garantia constitucional da Dignidade Humana, a fim de que ela não seja transformada em uma reserva de equidade, ou seja, não se torne um conceito vago a ser utilizado conforme mero arbítrio de cada julgador, sobretudo nestes tempos em que fronteiras geográficas e culturais são em demasiado ampliadas.

No enfrentamento de um tema como esse, não se pode fazê-lo em outra perspectiva senão a jurídica. Para um correto planejamento obriga-se a elevarmo-nos à essência e ao fundamento da Dignidade Humana, porque somente chegando a seu fundamento último poderá encontrar-se um bastião inatingível em que os homens se sintam seguros frente a tudo e frente a todos.

Em sucessivo, ainda nos objetivos gerais da investigação, apresentar-se-á, brevemente, a recepção constitucional da Dignidade da Pessoa Humana nos ordenamentos luso e brasileiro, juntamente com a problemática proposta acerca do caráter absoluto ou relativo do Princípio da Dignidade nos ordenamentos em análise.

Nesse viés, percebe-se que não se tem como compreender a importância real e prática (e não somente acadêmica) da Dignidade da Pessoa Humana sem antes, contudo, analisar a maneira como os Tribunais superiores vêm lidando com o conceito e com o conteúdo do princípio.

No último capítulo desse estudo serão analisados casos emblemáticos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, os quais tiveram o princípio em comento como vetor paradigmático⁸ e diretivo⁹, capaz de determinar a orientação e o conteúdo das decisões jurisdicionais em virtude do peso axiológico, pré-constituente e supraconstitucional¹⁰ que carrega.

Chegar-se-á, então, à etapa basilar da investigação neste capítulo conclusivo, tomando, sob as *luzes e sombras* do direito brasileiro e sob a égide dos contributos europeus, alguns *Hard Cases* para figurar como objetivo específico da presente tese.

Em virtude do maior peso ou potencialidade para influenciar decisões posteriores, neste presente estudo serão analisados apenas acórdãos dos tribunais superiores.

A escolha do princípio da Dignidade da Pessoa Humana como objeto de investigação justifica-se, portanto, por ser este um tema particularmente carente de um controle substancialmente racional do discurso, sendo a Dignidade da Pessoa Humana um dos conceitos com maior grau de indeterminação¹¹ e vagueza da ordem jurídica.

⁸ AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 118. *Apud* RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (IM) Possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro. In: DUARTE, David. Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 147.

⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Tomo IV – Direitos Fundamentais, p. 200. RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (IM) Possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro. In: DUARTE, David. Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 146-216.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocencio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172. *Apud* RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (IM) Possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro. In: DUARTE, David. Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 146-216.

¹¹ ENGISCH, K. Introdução ao pensamento jurídico, 7.ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1996, p. 208 e 209. Conceitos indeterminados são aqueles “cujo conteúdo e extensão são em larga medida, incertos”, nos quais podemos distinguir um “núcleo” conceitual e um “halo” conceitual, sendo que “onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”.

Espera-se que a delimitação jurídica e a crítica que se faz à interpretação e aplicação jurídica rasa de seu conteúdo, levada a cabo por meio das cinco partes do trabalho, favoreça a sua aplicação coerente, apesar de saber-se profícua e improvável.

1 A DIGNIDADE COMO CONSTRUÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE SEU DESENVOLVIMENTO FILOSÓFICO-POLÍTICO

Vivencia-se, atualmente, uma época em que se crê que nas relações entre os cidadãos e o poder estatal e nas relações jurídicas e sociais entre os próprios indivíduos a única verdade que pode ansiar ser reconhecida como objetivamente válida se coaduna, afinal, com uma verdade intersubjetiva¹² que seja aceita pelo maior número possível de membros da sociedade - um mínimo ético comum - tornando-se, portanto, essencial descobrir quais as concepções jurídicas, políticas e culturais predominantes numa determinada comunidade.

Nesse sentido, uma das mais surpreendentes linhas de convergência da doutrina tem a ver com a adesão manifestada à função cometida ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana de assegurar a unidade valorativa, a unidade de sentido ou mesmo a unidade do sistema democrático.

Em *Totem e Tabu*¹³ Freud explica exatamente esse momento de criação do ímpeto conectivo das sociedades, que nada mais seria do que a criação de regras, que separariam o admitido do proibido, desempenhando um papel crucial em nosso processo civilizatório. A fonte primeira do conteúdo essencial dessas regras seria, portanto, valores consuetudinários, que aqui, por não se ter pretensões de discutir cada uma destas múltiplas projeções – e talvez nem fosse possível fazê-lo com a mínima profundidade- serão restritas ao que se considera como essenciais à evolução, formação e delimitação do *conceito mínimo* da Dignidade da Pessoa Humana: a autonomia da vontade, o valor intrínseco da pessoa humana, a igualdade e o valor comunitário, nessa exata ordem.

Esses valores (escolhidos como parâmetros para o desenvolvimento do primeiro capítulo desta tese - a autonomia da vontade, o valor intrínseco da pessoa humana, a igualdade e o valor comunitário) como ainda serão vistos,

¹² KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito / Arthur Kaufmann ; prefácio e tradução António Ulisses Cortês.- 5ª ed. - Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2014Crf., p. ex., Arthur Kaufmann, "problemgeschichte der Rechtsphilosophie" em A. Kaufmann, W. Hassemer (org), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1994, pp. 5, 22, 123, 127 e 168 ss; Fritjof Haft, "Recht und Sprache", em Kaufmann, Hassemer, *Einführung...*, cit., p. 281; Günter Ellscheid, "Das Naturrechtsproblem", em Kaufmann, Hassemer, *Einführung...*, cit pp. 192 s.

¹³ FREUD, Sigmund, *Totem e Tabu*, Imago, 1999.

relacionam-se largamente com o modo como são estruturados os catálogos de direitos fundamentais nas constituições vigentes numa comunidade sócio-política temporal e espacialmente definida¹⁴. É, portanto, na determinação do conteúdo e na harmonização dos diversos direitos fundamentais que se atribui o importante papel da Dignidade da Pessoa Humana.

Vê-se, assim, a tradução de uma das mais notáveis especificidades da Dignidade da Pessoa humana - convertida também em dificuldade - que é o do seu conteúdo normativo se achar distribuído na generalidade das normas de direitos fundamentais das Constituições.¹⁵ Falar na Dignidade da Pessoa Humana seria, portanto, “*a way of expressing a set of moral problems rather than a technique for resolving them*”¹⁶.

Mas, antes de adentrar à seara da essência basilar da Dignidade, será necessário entender como – e porquê - ela se tornou o princípio medular das sociedades¹⁷, sobretudo nos Estados de Direito, não somente provendo informações sobre o processo histórico¹⁸ que tem pautado a ideia de DPH,

¹⁴ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, IV (Direitos Fundamentais), 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 43 ss. e 180 ss.

¹⁵ ALEXANDRINO, José de Melo, 1959- Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana : um esboço traçado a partir da variedade de concepções / José de Melo Alexandrino In: O discurso dos direitos. - Coimbra, 2011, p. 483.

Normas estas que se beneficiam de óbvia primariedade aplicativa, fenômeno que, do ponto de vista técnico, pode ser percebido como especialidade ou consumpção.

¹⁶ David Feldman [Human Dignity as a Legal Value – Part I, in *Public Law* (1990), p. 688] citado por Giorgio Resta, *Disponibilità dei diritti...*, p. 18.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 2007, p. 198-200; J. J. Gomes Canotilho, Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. Direito Público. 2003, p. 80-89; J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1998, p, 219.

Especificamente quanto a esse tema o Professor J. J. Gomes Canotilho manifesta-se no sentido de que a Dignidade da Pessoa Humana serve como sustentação e legitimação da República e da respectiva organização do poder político, constituindo valor-limite contra totalitarismos e experiências históricas de aniquilação do ser humano; está na base de concretizações do princípio antrópico inerente a muitos direitos fundamentais e alimenta materialmente o princípio da igualdade proibindo qualquer diferenciação ou “pesagem de dignidades”; apresenta uma dimensão intrínseca e autônoma quanto ao projeto de cada pessoa, não obstante a existência de uma constante antropológica. Ademais, pressupõe relações de reconhecimento intersubjetivo, pois a dignidade de cada pessoa deve ser reconhecida e respeitada em termos de reciprocidade uns com os outros; trata-se de um *standard* de proteção universal, que obriga à adoção de medidas internacionais de adequada proteção ao princípio, em seus aspectos individual e coletivo; por fim, defende que a Dignidade da Pessoa Humana constitui uma dimensão fundante dos direitos fundamentais.

¹⁸ Não dissertaremos, portanto, sobre a questão da genealogia histórica, a qual não se confunde com a de sua fundamentação. Não serão analisadas as perspectivas da Dignidade da Pessoa Humana de acordo com sua linha do tempo precisamente, mas enfrentar-se-á o curso de sua compreensão através da sua universalização e multiculturalidade, desenvolvendo-se até a positivação jurídica do princípio.

mas, sobretudo, propiciando *insights* sobre como deve ser compreendido e aplicado o princípio em questão, para só então avançarmos ao estudo da sua função garantidora e fundamental nos ordenamentos jurídicos da atualidade.

É por isso que o estudo preliminar e propedêutico que se fará nesse capítulo introito, não será, em qualquer caso, prosseguido de um conteúdo neutro e asséptico de reflexão, pois, as respostas diversas a que se chegarão sobre o conceito, conteúdo e aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como seus efeitos sociais e jurídicos, condicionarão, decisivamente, a forma como o Estado conduzirá a promoção dos respectivos direitos positivamente instituídos, nomeadamente através da justiça constitucional, com as decisões dos tribunais superiores.

Impõe-se, sendo assim, começar pela identificação das principais zonas de luzes e de sombras¹⁹ que se projetam sobre a apontada ideia de *unidade de sentido explicativo*²⁰ ou unidade do sistema de direitos fundamentais, estruturando a análise da dignidade em três fases essenciais: a) evolução, concepções e conceito da dignidade da pessoa humana; b) natureza e âmbito de proteção do princípio constitucional e, por fim c) seu alcance e suas funções jusfundamentais.

Vale ressaltar que não ignoraremos, na presente tese, a existência de diversas contribuições não ocidentais, que, sabe-se são de extrema relevância à ideia de dignidade da pessoa humana. Entretanto, dar-se-á ênfase primordialmente à sua evolução no âmbito da cultura ocidental em cujo perímetro estamos inseridos²¹, isso porque não é só em ordenamentos não ocidentais que são cultivadas compreensões distintas sobre a dignidade.

¹⁹ ALEXANDRINO, José de Melo, 1959- Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana : um esboço traçado a partir da variedade de concepções / José de Melo Alexandrino In: O discurso dos direitos. - Coimbra, 2011. Expressão muito utilizada por José de Melo Alexandrino em muitas de suas obras, que tão bem define a dignidade no seu sentido mais intrínseco e que tomamos a liberdade de assim a utilizar.

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 53.

²¹ Apesar de situado nas margens do Ocidente cultural, o Brasil é um país multiétnico e pluricultural, que também recebeu e recebe decisivas influências de culturas não ocidentais, como a dos negros, originários da África, e dos povos indígenas.

No interior de uma mesma sociedade também convivem interpretações heterogêneas sobre o conteúdo deste princípio²²²³, basta percorrer o elenco de Estados de Direito da atualidade para se verificar que nem em todos eles existe uma estruturação constitucional típica. Há, com efeito, diferentes Estados que podemos, sem reservas, qualificar de Estados de Direito, mas onde, por exemplo, não existe constituição tal como a conhecemos; ou não existem direitos fundamentais, como os conhecemos, na constituição; ou não existe justiça constitucional, nem controle de constitucionalidade²⁴.

1.1 UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-CULTURAL DA DIGNIDADE

Como fora introduzido, a necessidade de uma coesão profunda das sociedades, fazendo prevalecer o interesse dos grupos humanos não foi característica exclusiva das civilizações primitivas. Mesmo as civilizações clássicas, mais próximas do nosso conhecimento, como a americana, asiática ou europeia, não fugiram a esse quadro. O grupo e o seu interesse tinham/tem – em tese- a prioridade absoluta.

Pode-se, então, dizer, de acordo com a linguagem moderna, que todas as civilizações antigas foram totalitárias²⁵, levando-se em consideração que a preservação do grupo era justificação autossuficiente para aceitação de diversas barbáries e sacrifícios humanos.

Para melhor contextualizar, sobre essa necessidade imperiosa de manutenção pacífica e coesa das civilizações, resta-nos lembrar de dois

²² DÜWELL, Marcus et al (Orgs.). *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Nessa obra há artigos que exploram as compreensões sobre a dignidade humana existentes entre os povos indígenas norte-americanos, no mundo islâmico, no hinduísmo, no budismo, no confucionismo e no taoísmo.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. In: _____ (Org.). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 442. Boaventura de Sousa Santos chega a afirmar que “todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos”.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: Aafdl, 2017. P. 10.

²⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. *Revista da Faculdade de Direitos da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora*, 2011, Volume LII, n 1 e 2, p. 30.

expoentes máximos da história, os quais, por terem uma mensagem tão nova e inquietante na tentativa de reformular e revolucionar a forma de pensar da sociedade estabelecida foram considerados inimigos do Estado e condenados à morte e efetivamente executados: Sócrates e Cristo.

Partindo dessa premissa, pode-se antever que a origem histórica da relevância da Dignidade da Pessoa Humana, na acepção contemporânea que se conhece hoje²⁶²⁷, teve como contributo pelo menos quatro principais vertentes as quais passaremos a analisar subsequentemente: o contributo *religioso*, judaico-cristão; a concepção *filosófica*, com o Renascimento e o Iluminismo; o reconhecimento *político* como fim a ser buscado pelo Estado e pela Sociedade; para finalmente figurar no mundo *jurídico* através das constituições, declarações e tratados internacionais²⁸.

1.1.1 O contributo religioso judaico-cristão

Iniciando-se pelo discurso religioso, foi nele onde primeiro encontraram-se exaltações à dignidade do ser humano, em geral expressas pela evocação de duas ideias diferentes, que se entrelaçam, mas não se identificam necessariamente: a Dignidade da Pessoa Humana e a Dignidade da Espécie Humana. Tais conceitos necessitaram de certa diferenciação, consistindo a Dignidade da Espécie Humana no reconhecimento de que o ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada entre todos os seres que habitam o nosso mundo.

Distintas razões foram empregadas para justificar esta superioridade, sendo as mais frequentes o uso da razão, o livre arbítrio e, no âmbito religioso, a criação à imagem de Deus.

²⁶ OTERO, Paulo. Instituições políticas e constitucionais. Coimbra: Almedina, 2017, p. 550.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais, v. 1. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 39-46.

²⁸ Antes de viver seu auge como símbolo humanista, o vocábulo Dignidade Humana ou Dignidade da Pessoa Humana (diferenciação que será vista no decorrer da exposição deste estudo) esteve presente em textos de menor relevância democrática, como o Projeto de Constituição do Marechal Pétain (1940) e na Lei Constitucional decretada por Francisco Franco durante o período nazista.

Essa ideia bíblica da *imago Dei*²⁹, desenvolvida no período da Idade Média, afirmava a dignidade do homem, a *dignitas*, que provém do latim *dignus*, sendo “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”. Teria, sendo assim, a ideia de atribuição de um status superior aos humanos a partir da presença de características só por eles partilhadas com a divindade³⁰.

Noutras palavras, dominaria a partir de então, a ideia de superioridade derivada da criação sobrenatural do homem que o cristianismo colheira do judaísmo, onde essa origem detinha associação à ideia de santidade da vida e de igualdade entre as pessoas, reforçada ainda na teologia cristã, pela possibilidade de encarnação de Deus no nosso mundo.

Por isso o desenvolvimento do pensamento cristão sobre dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural³¹. Sobre esse poder de liberdade, o livre arbítrio – autonomia – falaremos adiante.

Pode-se dizer que foi no cristianismo, então, com os teólogos Boécio e São Tomás que, pela primeira vez, fora concebida uma ideia de dignidade pessoal,³² atribuída a cada indivíduo, intitulada de “*substância individual de natureza racional*”³³. Daí se pode entender, como o fez São Tomás, a Dignidade Humana sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* no homem enquanto indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano.

O Cristianismo supôs, então, uma conquista definitiva na recepção da pessoa humana.

²⁹ O. SENSEN *apud* NOVAIS, Jorge Reis. A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. 1 v. p. 39. Colhem-se as primeiras referências à dignidade associada à *imago Dei* nos sermões do Papa Leão I, no séculos V.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis, *op. cit.*

³¹ Como a própria vontade humana se encontra, na origem, pervertida pelo pecado (o pecado original), o Cristianismo pressupõe o ser humano em si e por si, como incapaz de realiza o bem, necessitando do auxílio de Deus para tornar-se virtuoso.

³² Deve-se lembrar, a até então desconhecida noção de *pessoa*, conceito esse somente desenvolvido a partir de dois fatores históricos fundamentais: o individualismo grego e o personalismo cristão. Pode-se até mesmo dizer que os ensinamentos greco-romanos se projetaram no tempo; seu logos fora assimilado ao verbo das Escrituras judaico-cristãs.

³³ PÉREZ, Jesús González. La Dignidad de la Persona. Madrid: Civitas, 1986.

A Dignidade da Pessoa, portanto, não seria, nessa concepção, a superioridade de um homem sobre outro, e sim de todos os homens sobre os seres que carecem de razão. É, então, o senhorio do homem sobre o mundo, um domínio humano sobre as coisas e sobre os seres irracionais³⁴.

No entanto, muito se tem a criticar sobre a necessária razão da pessoa humana para que ela tenha garantida a sua dignidade. Como defende o Professor Doutor Paulo Otero em sua obra *Instituições Políticas e Constitucionais*³⁵, se a pessoa a que a dignidade humana se refere resulta da conjugação de “corpo-consciência-comunicação”³⁶, então encontrar-se-iam excluídos do seu âmbito, desde logo, por lhes faltar consciência, as crianças, os doentes em coma, os doentes mentais profundos ou ainda os deficientes que não têm capacidade de transmitir pensamentos ou afetos. Desse modo estariam privados da capacidade de se relacionar e se comunicar devido à sua debilidade e especial situação de dependência.

Mostra-se, a propósito, de duvidosa constitucionalidade um conceito jurídico-positivo de personalidade singular que negue a quem é ser humano a qualidade de ser pessoa. Nas constituições portuguesa e brasileira, por exemplo, conseguimos vislumbrar o direito de todo ser humano vivo a gozar de direitos fundamentais, a princípio e por óbvio, o direito à vida³⁷.

Sendo assim, melhor é o entendimento de que o ser humano cuja dignidade se encontra em causa, é totalmente independente de possuir consciência de si mesmo, dos outros ou do mundo que o cerca, tal como não prescinde de possuir capacidade alguma³⁸. A simples circunstância de ser um

³⁴ PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986.

³⁵ *Instituições Políticas e Constitucionais* Paulo Otero, pag 546.

³⁶ ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, n° 1, 2005, pp. 626 ss.

³⁷ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2017. *Personalidade e Identidade Pessoal...*, p. 50; António Menezes Cordeiro, *Tratado... I*, 3° Tomo, pp. 317 ss.

³⁸ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2017. *Personalidade e Identidade Pessoal...*, p. 50; António Menezes Cordeiro, *Tratado... I*, 3° Tomo, p. 546. “A dignidade humana é a dignidade do ser humano: de todo e qualquer ser humano individual e concreto, em qualquer circunstância e em qualquer fase da sua existência, isto independentemente de ser titular de direitos ou encontrar-se adstrito a obrigações. A operatividade subjetiva da dignidade humana nunca pode estar dependente da existência de personalidade jurídica: os seres humanos vivos que, em termos jurídico-civis, carecem de personalidade não deixam de gozar de dignidade humana”. Ninguém nega, por exemplo, que o embrião e o feto humanos possuem vida- e, acrescente-se se trata de vida humana-, apesar de

indivíduo humano, enquanto realidade biológica possuidora de um genoma humano traduz-se a sua humanidade e, portanto, dignidade³⁹.

Conclui-se, portanto, pela *indignidade* profunda dessa concepção restrita da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a despeito da importante influência que a doutrina cristã⁴⁰ viria a ter no reconhecimento e na aceitação sociológica quase que incontestável da ideia de igual dignidade, esta por muito tempo não possuiu fundamento prático – no sentido da indiferença e até mesmo contrariedade aos direitos fundamentais de certas pessoas concretas.

Foi somente com a evolução do pensamento filosófico no plano político e jurídico, bem como as revoluções liberais e democráticas e o ideal de direitos fundamentais iguais para todos, que emergiu verdadeiramente a concepção contemporânea de dignidade.

o ordenamento jurídico positivo (português e brasileiro a priori) não lhes reconhecer ainda personalidade jurídica, eles não podem deixar de ser vistos como seres humanos e tratados com dignidade (grifos nosso)

³⁹ PUFENDORF, Samuel *apud* SAHD, Luiz F. N. de A. e Silva. O contrato social em Samuel Pufendorf. Revista Aurora de Filosofia. Curitiba, v. 21, n. 28, jan./jun. 2009, p. 143-163.

⁴⁰ PÉREZ, Jesús González. La Dignidad de la Persona. Madrid: Civitas, 1986, p. 83. Vários documentos cristãos se tornaram instrumentos de percepção da igual dignidade do homem: Sobre La Encíclica *Pacem in terris*, ella comienza recordando la doctrina de la Iglesia sobre el hombre completo, alma y cuerpo, inteligencia y voluntad, cuya superior dignidade miró siempre la iglesia com el máximo respecto y defendió com la mayor vigilância. Pero es em la *Pacem in terris*, dada el día de Jueves Santo de 1963, em la - que, al tratar de la paz entre todos los bueblos y en el principio de la personalidad natural y dignidade sobrenatural del hombre – se recuerda la doctrina de la Iglesia sobre la dignidade humana. La autoridade há de respetar esa dignida y los derechos a ella inherentes. La autoridade no es, em su contenido sustancial, uma fuerza física; por ello tienen que apelar los gobernantes a la consciência del ciudadano, esto es, al deber que sobre cada uno pesa de prestar su pronta colaboración al bien común, y, como todos los hombres son entre sí iguales em dignidade natural ninguno de ellos puede obligar a los demás a tomar una decisión em la intimidad de su consciência (...) Con esta Encíclica, se há dicho, la doctrina de los derechos fundamentales alcanza um grado de precisión que no há sido jamás superado.;

Neste mesmo sentido tratam as conhecidas encíclicas de João Paulo II: Constituirá, sin duda alguna, um jalón decisivo em la Historia de la Iglesia. La profunda espiritualidade que domina em todos sus mensajes hace que la dignidade de la persona alcance em ellos um gradode excelsitud como, quizás, no se haya alcanzado nunca. Uma de las grandes preocupaciones de su Magisterio – se há dicho – es el auténtico humanismo Cristiano o la auténtica y cabal dignidade de la persona. Em sus encíclicas aparece siempre la dignidade humana como principio y fundamento, dando sentido a las más diversas manifestaciones de la actividad del hombre em la tierra.

1.1.2 A concepção filosófica

A ideia de dignidade e a sua reflexão jurídica se desenvolve, necessariamente, com o recurso à filosofia. Sendo assim, faz-se necessária também, mesmo que breve e sucinta, uma exposição da construção do seu conceito filosófico-político. Nesse viés, vale ressaltar que os estudos filosóficos tiveram importantíssimos resultados teóricos no que concerne à necessidade de esclarecerem-se aquelas que podem (ou não) ser consideradas as origens da dignidade.

Quanto aos seus expoentes e precursores, ao se falar sobre as origens da dignidade humana, não é incomum encontrar a atribuição de algum tipo de protótipo de dignidade aos estoicos e a Cícero.

Nesse contexto, é por todos conhecida a célebre explicação de Cícero (106-43 a.C) em *De Officiis*⁴¹⁴², obra em que assinalava que o vocábulo latino *persona* servia originalmente para designar a máscara usada pelos atores durante as representações teatrais. A máscara romana servia para favorecer a passagem da voz do ator – *per sonare* – e não tinha a função de escondê-lo ou substituí-lo, mas era usada, na verdade, para isolar a emoção que se desejava transmitir⁴³. Portanto, não uma *pessoa*, mas um *papel*, e justamente este foi o significado que passou do teatro ao direito romano: “uma parte” abstratamente considerada, a quem se atribuem direitos e valores⁴⁴.

⁴¹ Cícero deixa claro que existem graus de dignidade e, a partir deles, é possível dar o que cada um merece. Pode-se perceber, sendo assim, que a palavra “dignitas” está mais próxima do termo “prestígio” ou “honra”, do que propriamente de “dignidade”, uma vez que designa um destaque pessoal que, apesar de fundar um dever de respeito, varia entre os indivíduos e desigualava-os entre si, o que ao que consta, é a antípoda do conceito hodierno de dignidade humana.

⁴² ROSEN, Michael. Dignidade – Sua história e significado. Trad. André de Godoy Vieira. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2015, p. 11. Mostra, inclusive, que a única obra de Cícero em que o termo “dignitas” pode ser visto como precursor da dignidade como a conhecemos hoje é o *De Officiis*. Segundo o autor, em todos os outros trabalhos, Cícero vale-se do termo “dignitas”, a fim de caracterizar o status elevado de um número definido de indivíduos. No entanto, frise-se que, mesmo no *De Officiis*, a *dignitas* parece designar ainda, uma classe setorial de pessoas “melhores”. Nesse contexto, a *dignitas* denota um “lugar honrado” ou simplesmente “honra”. De toda forma, Michael Rosen aponta que há trechos claros do *De Officiis* que defendem estar o homem em posição muito superior à dos animais, na linha da tradição estoica.

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-143.

⁴⁴ LECOURT, D. La personne humaine. Academie des Sciences. Conférence du 26.06.2000, disponível em <http://www.academiedessciences.fr>, acesso em 20 dez, 2017. O autor afirma ainda: “Les juristes romains gardèrent le souvenir de cette théâtralité originaire lorsqu'ils

É, portanto, no período romano, não obstante a clara influência helênica, que Cícero centrará a reflexão no tema do direito natural e das suas relações com o homem. No seu livro *De Republica*, o filósofo romano defende que existe uma lei conforme à natureza que, sendo comum a todos, é imutável, eterna e universal, não podendo ser substituída ou derogada, antes todos lhe devem obediência, sob pena de atentarem contra a própria natureza do homem⁴⁵.

Tais reflexões se coadunaram com o fato de que o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomando consciência de sua dignidade e agindo de modo compatível.

A filosofia grega, por sua vez, que continua a ser a base de toda a filosofia ocidental, não se elevou à percepção de pessoa. Dominou-a uma visão monista da realidade, que fazia ver na individualidade uma imperfeição. Todavia, contribuiu para o despontar da categoria *pessoa* por uma característica original, que abriu novos horizontes: a curiosidade pelo indivíduo humano. À medida que o mundo grego antigo ampliava suas dimensões (geográficas e filosóficas), novas formulações se conceberam como uma reação natural à busca de respostas sobre a relação do indivíduo com o *cosmos* e com seus semelhantes⁴⁶.

Portanto, pode-se dizer que fora na Grécia Antiga que nasceu a concepção de homem com validade universal e normativa. Por óbvio, não havia legalmente, neste período, dispositivos que se referissem expressamente à dignidade da pessoa humana como hoje se compreende, mas, fora a partir de então, que o indivíduo passou a ser considerado um animal político e social.

Atribuiu-se a esse período, sendo assim, a busca pelo saber lógico da razão, iniciando a construção dos fundamentos intelectuais que iriam buscar a compreensão humana em sua igualdade essencial, dotada de liberdade.

utilisèrent le vocable de “persona” comme élément essentiel du droit civil qu’ils inventèrent(...) L’objectif était de soumettre la transmission des patrimoines à des règles stables”.

⁴⁵ CÍCERO. Tratado da República, Círculo de Leitores/Temas e Debates, trad., introd. e notas de Francisco de Oliveira, 2008, p. 22.

⁴⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Caçado; TRINDADE, Vinícius Fox Drummon Caçado. A pré história do princípio de humanidade consagrado no direito das gentes: o legado perene do pensamento estoico. In: TRINDADE, Antônio Augusto Caçado; LEAL, César Barros (Org.). O princípio de humanidade e a salvaguarda da pessoa humana. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016. p. 49-73.

No que concerne à sua expressão etimológica (greco-romana), a *dignitas*⁴⁷ recebe o significado de valor, honra, apreço. Neste caso, na Roma antiga, por exemplo, ela surgiu diretamente ligada ao status do indivíduo, caracterizando-se pela honra e o respeito devidos a alguém por força do estatuto pessoal superior que lhe era socialmente reconhecido. Ou seja, nas palavras do Ilustre Doutor Jorge Reis Novais⁴⁸, decorria, portanto, da necessidade de dar àquele a quem se reconhecia ou que tinha *dignitas*, um tratamento de favor, privilegiado e distinto do que era conferido à generalidade dos indivíduos.

Contudo, no berço da democracia, ser cidadão e ser livre, ainda sim, significava o fato de pertencer ao Estado, com as diferenças de gênero, raça e costumes, ainda extremamente arraigadas àquela sociedade, a exemplo da existência e afirmação da necessidade dos escravos, sejam por dívidas, prisioneiros de guerra ou simplesmente por serem estrangeiros.

Essa luta contra a *coisificação* do ser humano teve, portanto, como um de seus marcos iniciais o fim do Império Romano, quando Constantino proibiu a crueldade com os escravos, recebendo seguimento pela censura do Papa Paulo III, através da bula *Sublimis Deus*, de 1537⁴⁹, e, somente cessando com o triunfar dos movimentos abolicionistas do Século XIX.

Pode-se falar, amais disso, nesse cenário, do surgimento do estoicismo, que nada mais era do que a comunhão de um grande número de pensadores, imbuídos de uma visão de mundo em que seu componente ontológico se fundamentava na crença de que a razão divina, alma de todo o cosmos, não estava separada desse mundo, uma vez que cada um carrega em si uma parcela dessa divindade⁵⁰.

⁴⁷ Significa atributo condicional, contingente, gradual, que se podia ter ou não ter, adquirir e perder, merecer ou desmerecer, em maior ou menos medida; já o conceito atual de Dignidade da Pessoa Humana, é vista como inerente à condição humana e, por isso, não apenas ontologicamente incondicional, inalienável e imperdível, como susceptível de funcionar como princípio jurídico intangível e universal.

⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015.

⁴⁹ SILVA, Raphael Lemos Pinto Lourenço da. Dignidade da Pessoa Humana: origem, fases, tendências, reflexões. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/raphaellemospintosilva.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁵⁰ The Cambridge Dictionary of Philosophy (org. R. Audi.) Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 768.

Será, portanto, através da filosofia estoica que se desenvolvem as ideias de humanidade, de igualdade entre todos os homens e o entendimento de que cada homem é um⁵¹.

É ainda no âmbito estoico que se assenta a ideia de que existe em todos os homens, incluindo nos escravos, uma liberdade interior de natureza inalienável, expressa na liberdade de pensamento. Neste sentido, o estoicismo marca uma ruptura com o pensamento grego clássico: “a liberdade do homem livre, que até então se confundia com o exercício de direitos cívicos, transmuta-se à falta de melhor, em liberdade interior”⁵².

A igualdade natural entre todos os homens, portanto, enquanto decorrência da participação de todos na razão divina (nesse ponto ressalta-se tanto o âmbito estoico quanto judaico-cristão), confere centralidade à ideia de indivíduo em detrimento do estatuto de cidadão, conduzindo a escola do estoicismo ao total repúdio a qualquer ideia de escravatura por natureza.

A exemplo das palavras de Sêneca: “os escravos também são homens, eles têm uma natureza igual à nossa e devem ser tratados com moderação, sendo-lhes reconhecidos direitos”⁵³.

Um outro possível precursor da dignidade humana teria sido o filósofo humanista do século XV, Giovanni Pico della Mirandola, que, durante o Renascimento, em 1486, aos 23 anos, enunciou sua principal e famosa obra *Oratio de Hominis Dignitate*, assim definida em razão de seu compromisso com a valorização e promoção filosófica do homem⁵⁴.

⁵¹ Hannah Arendt em sua obra *A Condição Humana* (1958). 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 188, assenta a ideia de que se não fossem iguais, os homens não seria capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. A pluralidade humana, para a autora, tem este duplo sentido: o da igualdade e o da diferença. A pluralidade humana, concluiu Arendt, é a paradoxal pluralidade de seres singulares.

⁵² ISRAEL, Jean-Jacques *apud* OTERO, Paulo. Instituições políticas e constitucionais. Coimbra: Almedina, 2017, p. 89

⁵³ SÊNeca, De la Clemencia *apud* OTERO, Paulo, *op. cit.*

⁵⁴ A obra só veio a ganhar esse nome anos depois da morte de Della Mirandola, isso não é surpreendente já que o texto não tinha a intenção de se tornar uma oração ou discurso acerca da dignidade do homem, uma vez que, na verdade, o texto versa, predominantemente, sobre teologia.

Semelhante à hipótese do homem como imagem de Deus, Pico Della Mirandola⁵⁵, afirmava que o espetáculo mais digno de admiração sobre o mundo é o homem.

A diferença decorria, sendo assim, da possibilidade de o homem – e só ele-, dotado que foi, por Deus, da capacidade de fazer escolhas racionais, ser capaz de forjar livremente o seu destino na Terra, de ter aquilo que escolhe e de ser aquilo que quer. A dignidade humana consistia, portanto, precisamente, nessa liberdade de decidir sobre o próprio destino⁵⁶.

Reconheceu-se, à vista disso, a especial capacidade dos humanos – salientada por Pico Della Mirandola – com a tônica colocada na autonomia, na autodeterminação e na liberdade enquanto traços geradores da dignidade que distinguia o *status* dos humanos no Universo.

Esta confluência de contributos resulta, por sua vez, no iluminismo, que traz à luz a qualificação da “fórmula narrativa abstrata”⁵⁷ da dignidade da pessoa humana, mostrando-se susceptível, assim sendo, de uma densificação conceitual mínima.

Esses novos contornos do que viria a ser uma nova concepção, não apenas moderna, mas contemporânea de dignidade, teve também inspiração kantiana, na qual a dignidade humana seria sempre lesada quando o ser humano concreto fosse degradado em mero objeto, instrumento ou simples coisas, sendo descaracterizado como sujeito de direitos ou desconsiderado como pessoa dotada de inteligência e liberdade⁵⁸.

García Lopez⁵⁹, adiantando-se à premissa Kantiana, já apontava para a característica da pessoa como um fim em si mesmo, nunca o meio. As coisas são meios, e são destinadas às pessoas e a seus benefícios. No entanto, as pessoas, no que se ordenam umas às outras, nunca estão entre si numa

⁵⁵ WANDERLEY, Maria do Perpétuo Socorro. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. Revista do TST, Brasília, v. 75, n. 3, p.106-115, set.2009. p. 106.

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. P. 43.

⁵⁷ Neste sentido, cfr. ALEXANDRINO, José de Melo. A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, II, Coimbra, 2006, p. 90.

⁵⁸ PÉREZ, Jesus González. La Dignidad de la Persona. Madrid: Civitas, 1986. p. 112.

⁵⁹ (Tradução livre da autora) PÉREZ, Jesús González. La Dignidad de la Persona. Madrid: Civitas, 1986. p. 28.

relação de meio e fim, reclamam absoluto respeito, não devendo jamais ser instrumentalizadas⁶⁰.

Essa ideia da primazia do indivíduo fundada em si mesmo, em sua honra e em sua autodeterminação, destacou-se como resposta à crise do positivismo jurídico, abalizada pela doutrina de Kant⁶¹, diferenciando-se das coisas e dos animais. Isto quer dizer, portanto, que o homem seria o sujeito destinatário das leis, ou seja, a própria finalidade do Estado⁶².

Foi através da sua obra *Crítica da Razão Prática*, de 1788, que Immanuel Kant apresentou um dever-ser universal e incondicional que deveria servir categoricamente para toda e qualquer ação moral, não se apresentando através de conteúdos fixos, nem de uma lista ou catálogo de virtudes, mas através de uma “forma”, a qual ele denominou de *imperativo categórico*.

O imperativo categórico, que diz respeito a condutas necessárias e boas em si mesmas – independentemente do resultado que venham a produzir –, pode ser assim enunciado: “age de tal modo que a máxima da tua vontade possa se transformar em uma lei universal”⁶³.

Esta formulação foi desdobrada por Kant em três máximas morais. São elas: i) “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua

⁶⁰ *Ibidem*. Como coloca Günter Ellscheid, essa fórmula não proíbe, por exemplo, que seres humanos sejam empregados e utilizados por outros seres humanos em uma relação de meio-fim. Em outras palavras, o imperativo categórico não condena como imoral que um ser racional seja meio para que o outro obtenha um determinado fim. Em relações contratuais de trabalho, por exemplo, utiliza-se a mão-de-obra de alguém para que dado objetivo seja alcançado. Uma prestação de serviço contratual, portanto, não é vedada.

⁶¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. A ética kantiana encontra-se desenvolvida, sobretudo, em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, publicada em 1785. Utiliza-se aqui a tradução portuguesa feita por Paulo Quintela, edição de 2004. “Todo o ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se com respeito a todas as leis a que possa estar submetido, ao mesmo tempo como o legislador universal; porque exatamente essa aptidão de suas máximas para constituir a legislação universal o distingue como fim em si mesmo, e do mesmo modo sua dignidade (prerrogativa) em face de todos os simples seres naturais tem como decorrência o haver de tomar sempre as suas máximas do ponto de vista dele próprio e, ao mesmo tempo, do ponto de vista de todos os demais seres racionais como legisladores.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p.16. Sobre essa temática, o Ministro brasileiro Luís Roberto Barroso, sintetiza os conceitos essenciais da obra de Kant, quando diz que a Física expressa as leis da natureza e descreve as coisas da maneira como elas acontecem. A ética, ao seu tempo, tem como objeto principal a vontade do homem, e prescreve leis destinadas a reger condutas. Estas leis, por sua vez, exprimem um dever-ser, um imperativo, que pode ser hipotético ou categórico.

⁶³ KANT, *apud*, Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional*, p. 17.

vontade em lei universal da natureza”, o que corresponderia à universalidade da conduta ética, válida em todo o tempo e lugar; ii) “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”⁶⁴, que representa, como se pode depreender, o cerne do imperativo categórico, pois afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas; iii) “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”, demonstrando, desde logo, a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral.⁶⁵⁶⁶

O ser humano, sendo assim, é a própria medida do seu valor, como um fim em si mesmo, único e insubstituível.

Com tal afirmação, Kant relativizou o valor (*Preis*) das coisas, em contraposição ao valor intangível e absoluto da dignidade (*Würden*), fundando uma formulação secular e racional, segundo a qual a dignidade teria como escopo a liberdade moral característica do ser humano e insuscetível de violação.

Foi, dessarte, com o florescimento do Iluminismo – e, inclusive, anteriormente a este- que as noções desses fragmentos do discurso de Kant vêm se desenvolvendo de forma paralela e conexas no discurso filosófico e político, firmando-se como protagonistas da luta por direitos.

Por fim, pode-se finalmente concluir que, não obstante a origem cristã da ideia de igual dignidade, fora somente com o potencial depurante e emancipatório de seu conceito relativamente aos dogmas do criacionismo divino, bem como pela disseminação do pensamento Kantiano, que, mais

⁶⁴ Uma versão um pouco diferente dessa frase, mais semelhante à primeira formulação do imperativo categórico, foi chamada por Kant em 1788, p.30, na “Crítica da Razão Prática” de Lei Fundamental da Razão Prática.

⁶⁵ CHAUÍ, MARILENA, *Convite à filosofia*, cit., p. 346. V., tb., p. Ricoeur, *L’universel et l’historique*, *Le Juste* 2. Paris: Esprit, 2001, p. 267-285, espec. p. 273 *apud*, MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.113

⁶⁶ CHAUÍ, MARILENA, *Convite à filosofia*, cit., p. 345-346. Sustenta N. Abbagnano, *Dicionário de Filosofia* (1960). 3. Ed., ver e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 1999, que o termo “imperativo”, criado possivelmente por analogia ao vocábulo bíblico “mandamento”, não passa de um outro nome ara a palavra “dever” *apud*, MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.113

tarde, possibilitou-se a juridificação do conceito – transformando-o de dever virtuoso em dever jurídico – com sua recepção jurídico-constitucional.

De toda forma, essa sucinta exposição que fora feita acerca da construção do conceito filosófico-político da dignidade humana deve-se à compreensão de que a reflexão jurídica sobre o tema (que será o alvo principal do presente estudo) se desenvolve, obrigatoriamente, com o recurso à Política, à Filosofia e, conseqüentemente, à História⁶⁷.

1.1.3 A concretização no mundo jurídico

No pensamento humanístico contemporâneo, os temas da pessoa humana e a dignidade e direitos a ela inerentes constituem questões centrais, assim da ciência como da filosofia do direito. Têm eles se constituído, nas últimas décadas em valores políticos superiores que se devem consagrar, garantir e proteger⁶⁸.

Nesse contexto, importante lembrar que a dignidade da pessoa humana ainda não havia alcançado, até meados do século XX, o seu pleno reconhecimento no mundo jurídico. Não obstante o reconhecimento praticamente universal da dimensão jurídica do conceito de dignidade humana, com efeito, essa só chegou ao Direito Constitucional muito tempo depois de ser correntemente usada na linguagem comum e após um longo percurso de elaboração pelos caminhos da religião, da filosofia e das ideias políticas⁶⁹.

Hodiernamente, os ordenamentos jurídicos vêm seguindo essa tendência do reconhecimento da pessoa humana como centro e o fim do

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.114

⁶⁸ PÉREZ, Jesús González. La Dignidad de la Persona. Madrid: Civitas, 1986. P. 19.

⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. p. 47.

Direito⁷⁰, positivando, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana como valor básico e princípio fundante do Estado Democrático⁷¹.

Tanto na ordem político-jurídica internacional, como nos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado, tem se proliferado documentos declaratório de direitos em que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana aparecem como núcleo central de tais declarações. Como será analisado posteriormente, como tópico principal da presente tese, o que não tem nelas sido constatado, nem aparecido com clareza, no entanto, é uma convincente fundamentação de tais direitos, isto é, a razão de ser deles, sua origem e fundamentos transcendentais⁷².

Neste ambiente, de um renovado humanismo⁷³, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste, de modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei⁷⁴.

Vale salientar, ademais, preliminarmente, que não cumpre ao ordenamento jurídico enquanto tal determinar o conteúdo da dignidade, suas características, tampouco permitir que se avalie essa dignidade⁷⁵. O ordenamento, portanto, enuncia o princípio, diz o direito, cristaliza a consciência coletiva de determinada comunidade, dispondo, unicamente, sobre sua tutela, através dos seus direitos, liberdades e garantias que a assegurem.

A dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. As Constituições consagraram o

⁷⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 237-251, jan/mar. 2000, p. 238.

⁷¹ CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e fim do direito: a posituação da dignidade da pessoa humana. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 0, n. 62, p.93. abr. 2009.

⁷² PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986. P. 19.

⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.113

⁷⁴ Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, cit., p. 92.

princípio e, considerando sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica.

Sendo assim, da mesma forma que Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e constitui-se.

Percebe-se, sendo assim, que antes de incorporar tal princípio às Constituições, foi imprescindível que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, titular de uma *dignidade* particular, cuja base (lógica e teórica) é o direito universal da pessoa humana a ter direitos.

Assim, sendo a pessoa humana o fundamento primeiro do direito, é ela, em decorrência, a fonte originária dos conteúdos primordiais deste⁷⁶. Segue-se, do mesmo modo, que a pessoa humana, impondo-se como fundamento primeiro do direito e fonte originária de seus conteúdos primordiais, constitui, portanto, a justificativa para a obrigatoriedade deste.

Para que se extraíam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre lembrar-se, a todo momento, os postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas.

A dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional, pretende, sendo assim, garantir seu respeito e sua proteção não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, tampouco carrear ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano⁷⁷, mas, principalmente assumir, a partir de então, em sua plenitude, a natureza de princípio vinculativo de toda a ação estatal.

De fato, quando se reconhece a dignidade de cada pessoa como *fin* em si mesma, como *absoluto*, como valor insubstituível e sem equivalente, por óbvio, a consequência lógica é, necessariamente, a ideia de absolutismo do

⁷⁶ MARTINI, Agostino. *Il diritto nella realtà umana. Il diritto nel mistero della Chiesa*. Pontificum Institutum Utriusque Juris – Pontificia Università Lateranense: Roma, 1986, p. 6 op cit CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e o fim do direito : a posituação da dignidade da pessoa humana / Agenor Casaril. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto alegre, n.62(Nov.2008-Abr.2009), p.94.

⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.116.

homem, afirmando-lhe, sendo assim, o primado ontológico e finalístico: a pessoa humana é um ser supremo, não podendo, por isso, ser instrumentalizada.

Na realidade, os países cujos povos inserem em seu ideal político a concretização de um regime democrático, constituído em Estado Democrático de Direito, dão realce à dignidade da pessoa humana e buscam sua proteção em seus ordenamentos jurídicos. De fato, as ordens constitucionais buscam prevenir, em nome de ideologias – das mais diversas possíveis - que se cometam abusos brutais contra a dignidade humana, como os ocorridos em pleno século XX⁷⁸⁷⁹.

Com razão, ponderou-se que “Hitler impôs aos homens um novo imperativo categórico: organizar o seu agir e pensar de modo que Auschwitz não se repita, que nada de semelhante aconteça”⁸⁰.

1.1.3.1 A formulação da noção de respeito à dignidade da pessoa humana nas convenções e outros instrumentos internacionais

Fora, portanto, na tomada da configuração de princípio jurídico-constitucional em que se assenta o hodierno Estado de Direito, que a dignidade da pessoa humana viria a ser verdadeiramente acolhida. O pós-guerra, sendo assim, resultado direto da tomada de consciência humanitária em virtude das experiências autocráticas e das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra, favoreceu a inserção do princípio da dignidade nos ordenamentos como resultado, também, do impulso dado pelas Nações Unidas no período de 1945 a 1948⁸¹.

⁷⁸ Plenamente pertinente, é a ponderação oferecida por Lafer, ao estabelecer que a posição expressamente adotada pelo totalitarismo, no sentido “de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à ideia do valor da pessoa enquanto *valor-fonte* de todos os valores políticos, sociais e econômicos”. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras: 1988 p. 19.

⁷⁹ CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e fim do direito: a posituação da dignidade da pessoa humana. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 0, n. 62, p.95. abr. 2009.

⁸⁰ ADORNO, Theodor *apud* GALEAZZI, Umberto. Por uma libertação da prisão da imanência. In: *Deus na filosofia do Século XX*. São Paulo: Loyola, 1988, p. 359.

⁸¹ Veja-se assim o preâmbulo da Carta das Nações Unidas: “Nós, os povos das Nações Unidas, decididos a: [...] reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na

A partir daí, a dignidade da pessoa humana adquiriu, então, uma vocação de referência e princípio universal pela comunidade internacional e pelas sociedades democráticas, sendo reproduzida posteriormente nos diversos textos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e particularmente nas convenções internacionais⁸².

Desse modo, os textos oficiais do Direito Internacional tiveram, portanto, influência decisiva e precursora no que concerne ao acolhimento jurídico-constitucional que se desenvolveria nos anos seguintes⁸³.

Tem-se as Convenções de Genebra; a Declaração de Dijon, em 1936; a Declaração dos Direitos Humanos do Comitê Judaico-Americano, de 1944; a Carta da ONU, em 1945; em 1946, a Declaração Cubana dos Direitos Humanos, as “*Bill of Rights*” de George Gurvich, que aborda os direitos sociais, e da Federação Americana do Trabalho; em 1947; a “*International Bill of Rights*” do Reino Unido; e, finalmente, em 1948, a consolidação da dignidade humana como princípio chave na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aproximadamente seis meses depois da inclusão do conceito na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem^{84,85}.

dignidade e no valor da pessoa humana [...]”; amais disso, leia-se, também na Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]” (Preâmbulo).

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]” (artigo 1º).

“Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e a obter, mediante o esforço nacional e a cooperação internacional e tendo em conta a organização e os recursos de cada Estado, a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade” (artigo 22º).

“Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permite e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana” (artigo 23º, 3).

NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. p. 51.

⁸² O Estatuto de Nuremberg de 1945 pode ser considerado como uma primeira manifestação substancial do sentido contemporâneo de dignidade humana que viria, logo em seguida, a chegar ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Constitucional.

⁸³ MARQUES, Mário Reis.. A dignidade humana: *minimum* invulnerável ou simples cláusula de estilo? In *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012, pág 408.

⁸⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; TRINDADE, Vinícius Fox Drummon Cançado. A pré história do princípio de humanidade consagrado no direito das gentes: o legado perene do pensamento estoico. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Org.). O princípio de humanidade e a salvaguarda da pessoa humana. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016. p. 331. Após a década de cinquenta, as convenções internacionais em geral adotam o princípio com força ainda maior. Como exemplos de uma lista extensa, temos a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 1965; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, em 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de

1.1.3.2 A dignidade da pessoa humana no constitucionalismo pós-guerra

Como se deve imaginar, nas constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, o catálogo de direitos fundamentais e liberdades públicas ainda tomara tempo para se tornar aproximadamente completo – se assim pode-se dizer -. Não somente naquelas nações que, por terem saído de regimes autoritários, haviam de estruturar um Estado informado em novos princípios, bem como aquelas outras que, por figurar entre as vencedoras da Grande Guerra, continuavam submetidas ao mesmo regime totalitário.

Insta salientar, todavia, que o fundamento e a finalidade desses direitos seriam muito distintos, pois estes não seriam necessariamente, à primeira vista, inerentes à dignidade e à liberdade da pessoa.

Vale exemplificar com a Constituição da União Soviética de 1977, em que se garantia a “liberdade de consciência (art. 52), a inviolabilidade pessoal (art. 54), a inviolabilidade de domicílio (art. 55) e a intimidade dos cidadãos, o sigilo da correspondência, das conversas telefônicas e das comunicações telegráficas (art. 56), para, somente mais tarde declarar que é dever de todo o cidadão da URSS respeitar a dignidade nacional dos demais cidadãos (art. 64)”

⁸⁶.

De fato, a dignidade da pessoa humana aparecerá nas constituições de Estados de culturas e concepções de vida muito distintas⁸⁷, como a

1978; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979; a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em 1981; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1984; a Convenção de Direitos da Criança, de 1989; a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000; e a Carta Árabe de Direitos Humanos, de 2004.

⁸⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; TRINDADE, Vinícius Fox Drummon Cançado, *op. cit.* Ainda sobre a presença normativa da dignidade das instituições da Europa, vale relembrar o caso da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), instituída para aplicar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950. Embora esta convenção não incorpore expressamente o conceito de dignidade humana no seu texto, a CEDH tem frequentemente empregado a dignidade humana como um importante elemento hermenêutico.

⁸⁶ PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 50.

⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 47. “A dignidade humana é acolhida tanto nas Constituições das ordens jurídicas que nos são próximas quanto nas políticas e culturalmente mais afastadas e habitualmente identificadas como experiências onde a violação do princípio, tal como o entendemos, é sistemática. Veja-se, assim, a título de exemplo, como o princípio é igualmente adoptado pela Constituição chinesa (“a dignidade pessoal dos cidadãos da República Popular da China é Inviolável”, no artigo 37º) ou surge na Constituição norte-coreana (artigo 82º), mas aí, mais dubiamente, já na qualidade de dever que os cidadãos devem observar.”

constituição do Japão de 1946, em que sancionará o respeito à pessoa no seu belíssimo art. 13: “Toda pessoa terá o respeito que merece como tal. O direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade serão, na medida que não se oponha ao bem estar geral, a consideração suprema da legislação e demais assuntos do governo”⁸⁸⁸⁹.

A Constituição do Japão também, no mesmo sentido, também trouxe o preceito que trata de acabar com tradições incompatíveis com os novos princípios no parágrafo 2º do seu art. 24: “no que desrespeito à escolha do cônjuge, aos direitos de propriedade, à herança, a escolha do domicílio, ao divórcio e demais matérias relativas ao matrimônio e à família, as leis que se promulguem se basearão na dignidade do indivíduo e na essencial igualdade entre os seres”⁹⁰.

No mundo islâmico, por exemplo, teve significativa importância a Constituição da República do Iran de 1979, proclamando em seu artigo 2º que “a República Islâmica é um sistema estabelecido sobre a base da fé e em respeito aos valores supremos do homem e de sua liberdade ligada à sua responsabilidade ante Deus”. Em seu princípio de número 22 assevera que “a pessoa, a vida, os bens, os direitos, a *dignidade*, o lar e o trabalho das pessoas são invioláveis, exceto em situações que a lei permita”.

Quanto às Constituições do ocidente europeu, no que tange ao mesmo sentido humanista e garantidor dos direitos humanos inerentes à pessoa humana, pode-se concluir que nem sempre consagraram expressa e nominalmente o princípio da dignidade humana, ainda que estivesse implícito em suas declarações e regulamentos dos direitos.

Nada obstante, em verdade, no âmbito histórico e geográfico, admitida, é claro, algumas exceções, considera-se que a primeira manifestação constitucional a qual consagrou, pioneiramente, a dignidade da pessoa humana em seu texto, de modo expreso e solene, foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 23 de maio de 1949, elevando a

⁸⁸ A Constituição do Japão de 1946 também dita que os direitos fundamentais cujo desfrute não se poderá impedir a nenhuma pessoa; bem como determina que as garantias da constituição são conferidas aos membros desta e das futuras gerações na qualidade de direitos eternos e invioláveis.

⁸⁹ PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986. p. 50.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 51.

dignidade da pessoa humana ao *status* de direito fundamental, em seu artigo 1º, nº 1, nos seguintes termos: *A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais.* Por complemento, dispôs em seu nº 2: *O povo alemão se identifica, portanto, com os invioláveis e inalienáveis direitos do homem como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça do mundo.*

Formalmente, o artigo 1º da Constituição Alemã ainda contém uma garantia fundamental da dignidade humana, trata-se de um dos dois únicos artigos cuja revisão por emenda é vedada.

A Constituição italiana de 1947, por sua vez, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”⁹¹. Promulgada no imediato pós-guerra, 27 de dezembro de 1947, a Constituição da República da Itália contempla os princípios fundamentais, “os quais proporcionam os traços essenciais do rosto do Estado e representam o fundamento ideológico do ordenamento estatal”.

Embora não conste expressamente de forma direta e literal a afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico itálico, a referida Constituição a contempla em seu artigo 2º da seguinte forma: *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”*⁹².

De todo modo, a Constituição italiana albergou o princípio da dignidade da pessoa humana, com o correlativo da isonomia, ainda que sem a desenvoltura das disposições literais das outras Constituições⁹³.

⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.114.

⁹² Em livre tradução da autora o texto assim expressa: A República reconhece e garante o direito inviolável do homem, seja como indivíduo, seja como parte de um grupo social, onde desenvolve sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

⁹³ CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e fim do direito: a posituação da dignidade da pessoa humana. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 0, n. 62, p.99.

A Constituição portuguesa de 1976, promulgada após longo período de ditadura salazarista, igualmente dispôs de modo expresso, sobre a dignidade humana, estabelecendo em seu artigo 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Neste ponto, Vieira de Andrade preleciona no sentido de se dever entender o princípio da dignidade da pessoa humana – afirmado logo no artigo 1º da Constituição portuguesa – como princípio fundamental que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos, conferindo unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Ainda argumenta que “realmente o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”⁹⁴.

Há também o entendimento de que a Constituição lusitana reconhece, portanto, a dignidade da pessoa humana como sendo esta a *Grundnorm*. Significa dizer que a interpretação dos direitos, liberdade e garantias do Título II, Capítulo I, da Carta Magna portuguesa são premissas concordantes da Constituição de modo que a Lei Maior há de interpretar-se à luz da dignidade humana⁹⁵.

Igualmente a Constituição espanhola de 1978, adotada em seguida ao fim da república franquista, estabelece no artigo 10,1: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”. O constitucionalismo espanhol chega a reconhecer a dignidade como um valor espiritual juridicizado em que a Constituição eleva ao valor jurídico fundamental a dignidade da pessoa, que sem prejuízo dos direitos que lhe são inerentes, está inter-relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade e dos direitos à integridade física e

⁹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p.101 e 102.

⁹⁵ CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e fim do direito: a posituação da dignidade da pessoa humana. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 0, n. 62, p.99.

moral, à liberdade de ideais e crenças, à honra, à intimidade pessoa e familiar e à própria imagem.

Segundo Carlucci⁹⁶, seria a dignidade da pessoa humana, portanto, para a Constituição espanhola um valor jurídico que deve ser examinado em todo mínimo inalterável, um referente, um *prius* lógico e um pórtico psicológico e ontológico para a existência e especificação de outros direitos.

Por derradeiro, vem a Constituição brasileira de 1988 (a qual falaremos exaustivamente adiante), que, com efeito, conforme pondera José Afonso da Silva⁹⁷, teve a tortura e outras formas de desrespeito à pessoa humana praticados durante o regime militar como motivação e justificativa para inserir a dignidade da pessoa humana nos fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana passou a ocupar, portanto, um lugar de destaque na constituição brasileira, impondo-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional⁹⁸.

Desta feita, o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil ao dispor em seu artigo 1º, III: “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: III – a dignidade da pessoa humana”.

Com o que foi exposto, mesmo que de maneira concisa e breve, já fora possível perceber o elo existente entre o ordenamento brasileiro e os ordenamentos constitucionais europeus referidos. Sendo assim, será nesse diapasão que a presente tese dará seguimento, utilizando como base os

⁹⁶ CARLUCCI, Aida Kemelmajer de. LLOVERAS, Nora. Indivíduos sem a capacidade de dar consentimento. In CASADO, Maria (org). BALADÃO, Janaina de Azevedo (trad.). Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2013, p. 263.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, abr/jun. 1998, p. 89.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In PIOVESAN, Flávia, GARCIA, Maria. Teoria Geral dos Direitos Humanos. Coleção Doutrinas Essenciais, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 316.

escopos jurídico-constitucionais-jurisprudenciais europeus como parâmetro e referencial teórico e prático para as decisões judiciais das cortes brasileiras.

Por fim, vale também constatar que a dignidade da pessoa humana também ocupa posição de protagonismo nas Constituições grega (art. 2º), turca (art. 17), sueca (art. 2º), finlandesa (art. 1º)⁹⁹, suíça (art. 7º), montenegrina (art. 20), polonesa (art. 30), romena (art. 1º), russa (art. 7º), sérvia (art. 18).

A Assembleia-Geral Francesa, por sua vez, proclamou, em 1789, que todas as pessoas eram iguais, isso não era uma constatação de fato, mas uma decisão política de dar a todas as pessoas uma condição de igualdade.

Apesar da Constituição francesa, por sua vez, não trazer a dignidade da pessoa humana no seu texto constituinte de 1958. No entanto, em 1994, o Conselho Constitucional, combinando diferentes passagens de Preâmbulos da Constituição de 1946, proclamou que a dignidade era um princípio com status constitucional¹⁰⁰.

Inquestionavelmente, tem-se como imprescindível, amais disso, realizar uma análise mais detalhada à dimensão atribuída no ordenamento jurídico vigente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque este, ao que se parece, seria o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a lógica sistemática e a unidade axiológica aos institutos jurídicos¹⁰¹.

⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 48. Pode-se dizer que a primeira manifestação concreta da dignidade da pessoa humana nas constituições se deu na Constituição finlandesa de 1919, onde se incumbe a lei de proteger a vida, a dignidade, a liberdade pessoal e a propriedade dos cidadãos.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Editora Fórum, 2012, p. 23.

¹⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.116

2 APROXIMAÇÕES JURÍDICAS AO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Aos humanistas cujas pesquisas já percorreram o fundamento da Metafísica dos Costumes, é tão memorável quanto a própria obra o fragmento que clama que a humanidade é, em si mesma, uma dignidade¹⁰² – “*L’Humanité est ele-même une dignité*”¹⁰³

Com efeito, pondera J. Gomes Canotilho que o conceito de dignidade da pessoa humana deve ser concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Contudo, para além desse limiar, outras consequências decorrem da internalização desse conceito, pois, elevado a princípio, obriga a uma densificação valorativa que leve em consideração o seu abrangente sentido normativo-constitucional para além da ideia apriorística do homem¹⁰⁴.

Sendo assim, preleciona o autor que não seria possível reduzir o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais ou invoca-la para construir uma *teoria do núcleo da personalidade* individual, ignorando-a, por outro lado, no núcleo dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁰⁵.

Esta carência de uma adequada fundamentação conduz à conclusão de que a dignidade humana é intangível só porque foi assim decidido. Isto explica que, em nome da dignidade da pessoa humana, se chegue a soluções

¹⁰² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; TRINDADE, Vinícius Fox Drummon Cançado. A pré história do princípio de humanidade consagrado no direito das gentes: o legado perene do pensamento estoico. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Org.). O princípio de humanidade e a salvaguarda da pessoa humana. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016, p. 293. Não é gratuito, portanto, que ambos os conceitos tenham se consolidado como princípios basilares do direito contemporâneo e sua hermenêutica seja, hodiernamente, indissociável. É raríssimo, por exemplo, encontrar uma obra que, ao versar sobre o princípio de humanidade na esfera penal, esquive-se de interrelacioná-lo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Situação análoga impera no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que princípio de humanidade é reconhecido como emanção do artigo 1 da Declaração Universal, que estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

¹⁰³ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 458

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 2. Ed Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v1.p. 70.

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 2. Ed Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v1.p. 70.

radicalmente opostas, relativamente a temas fundamentais da nossa atualidade, como se verá nos capítulos adiante¹⁰⁶.

Em verdade, ao solucionar, juridicamente, questões relativas à dignidade humana, a diferente concepção teórica que se lhe antepuser resultará em soluções diferentes e, até, diametralmente opostas. Disto decorre a necessidade de adoção de um fundamento último que radique na essência da dignidade humana, gerando segurança jurídica aos jurisdicionados.

É possível enxergar, então, por conseguinte, pelo já exposto, alguns traços fundamentais da dignidade humana como a vemos hoje, nomeadamente a salvaguarda ou tutela da autonomia; o sujeito como ser dotado de valor intrínseco, a despeito dos fins derivados e consequências que suas ações tragam ou possam trazer a si ou à sociedade à qual ele pertence, ou seja, trata-se de um sujeito que deve ser encarado sempre como um fim em si mesmo e nunca como mero meio; e a igualdade, no que tange ao seu valor comunitário, já que todos os sujeitos são, intrínseca e aprioristicamente dotados de igual valor¹⁰⁷.

Passaremos então, nesse segmento da dissertação, à configuração conceitual da dignidade humana como uma categoria axiológica aberta, através de um conceito indeterminado, traduzido através de uma zona difusa e imprecisa de seu conceito. Mas, centrando atenção imediata no núcleo central do conceito de dignidade humana, enquanto zona de certezas que conferem estabilidade (mesmo que superficial ou relativa) ao próprio conceito, pode-se afirmar que a ideia de dignidade humana postula certas exigências de sentido conceitual¹⁰⁸.

¹⁰⁶ PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986. p. 20

¹⁰⁷ LINDNER, Josef Frazn. *Theorie der Grundrechtsdogmatik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 198-252.

¹⁰⁸ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais / Paulo Otero*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 551.

2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE

Após uma longa jornada evolutiva e procedimental, sobretudo no que tange à constitucionalização desse *direito*, como será visto no capítulo a posteriori em especial nas legislações portuguesa e brasileira, o ser humano passou a poder desenvolver *livremente* a sua própria personalidade. Significa que se tornou detentor do livre arbítrio, podendo, então, realizar suas escolhas pessoais, políticas, e religiosas, sem que outro particular ou o Estado intervenha nessa liberdade. Sarlet¹⁰⁹, por exemplo, define a autonomia como sendo “a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto”.

Muito se tem a falar, portanto, nesse contexto introito, sobre a autonomia, instrumento voltado a destacar cada pessoa e seus interesses, estabelecendo sua relação com a política e a cultura na sociedade em que está inserida. Embora os termos liberdade (*liberty*) e autonomia (*freedom*) sejam, por vezes, usados de forma permutável, é necessária sua distinção. A autonomia total de uma pessoa é a sua capacidade de agir como quiser, livre de condicionalismos ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política. A sua liberdade negativa é a área da sua autonomia que uma comunidade não lhe pode retirar sem a ofender de algum modo especial, comprometendo-lhe, ao negar-lhe a preocupação igual ou uma característica essencial da responsabilidade pela sua própria vida¹¹⁰.

É de fundamental importância, desta feita, a imposição de limites à atuação estatal e, sobretudo, particular¹¹¹, visando ampliar a proteção do ser humano. Fala-se, com isso, de princípio que mesmo não estando expresso em todas as Cartas Constitucionais deve ser reconhecido como um direito

¹⁰⁹ WEBER *apud* BARROSO, Luís Roberto. Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes. Canotilho: Direitos e interconstitucionalidade entre dignidade e cosmopolitismo, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 239

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. Coimbra: Almedina, 2016. p 375.

¹¹¹ Para uma maior explanação sobre o assunto, NOVAIS, Jorge Reis. A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. 1 v. (Limites aos limites)

observado e respeitado em qualquer relação jurídica, política, econômica ou social.

Está principalmente relacionada, sendo assim, à particularidade do ser de *ter direitos*. As pessoas têm direitos à independência ética, que decorre do princípio da responsabilidade social. Têm direitos, incluindo direitos de expressão, que são requeridos pelo seu direito mais geral a governarem-se a si próprias, que também decorre da responsabilidade pessoal. Têm direitos à liberdade de propriedade, que decorrem do seu direito à igual preocupação¹¹².

No entanto, caso não sejam capazes de estabelecer e constituir forte barreira aos interesses de um único indivíduo, no que tange à vontade social maioritária, os direitos perdem todo o seu sentido. Se não houvesse direitos capazes de impedir determinadas ações particulares, todas as ações que ampliassem a felicidade do maior número deveriam se consideradas válidas, ainda que em detrimento de direitos.

Isso porque na atualidade, levando em consideração o desenvolvimento das sociedades, bem como multiculturalismo, é necessário colocar em primeiro plano não somente a vontade livre (ou diga-se, libertina) dos indivíduos, mas, sobretudo, balanceá-la com as necessidades atuais, quais sejam: a defesa do meio ambiente, a proteção dos recursos naturais, a luta pela igualdade de gênero, o respeito às minorias, às mulheres, idosos e crianças, a solidificação dos direitos já alcançados, tais como os trabalhistas, homoafetivos, entre outros.

Sendo assim, faz-se necessária uma ampliação da dimensão e alcance do conceito jurídico e etimológico de dignidade da pessoa humana, que deve resultar em obrigações e deveres concernentes à proteção humana geral. Com efeito, não há como desconsiderar a dimensão social da dignidade, uma vez que todos são iguais em dignidade e direitos.

Porém, mais relevante, ainda, é o argumento que defende uma dimensão defensiva da dignidade, segundo a qual se reconhece um limite intransponível em defesa da individualidade e da autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência por parte do Estado e de seus semelhantes, assim como uma dimensão prestacional da dignidade, que se manifesta na

¹¹² DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. Coimbra: Almedina, 2016. p 16.

promoção da dignidade mediante a criação de condições que promovam o pleno exercício e fruição da dignidade. Ladeur, Augsberg, Luhmann e Dworkin são alguns dos autores¹¹³ que compartilham a ideia apresentada.

Em suma, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o representante máximo da superação da intolerância, da discriminação, da violência, da exclusão social, conglobando, concomitantemente, por óbvio, as liberdades individuais, mas, nunca, e sob nenhuma hipótese, deixando que essa liberdade e autonomia do indivíduo, supere a igualdade de direito entre os entes da mesma sociedade.

2.2 O VALOR INTRÍNSECO DA PESSOA HUMANA

Em sua perspectiva individual, como assevera Barroso¹¹⁴, do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro anti-autoritário. Em suas palavras, o primeiro nada mais é do que a manifestação do imperativo categórico de Kant, em que o homem é um fim em si mesmo e não um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros, enquanto o segundo faz com que o Estado exista para o indivíduo, e não o contrário.

É necessário salientar que a dignidade é um valor intrínseco ao ser humano exatamente pelo fato de não depender de concessão e não poder ser retirada ou perdida, mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular¹¹⁵. É por isso que atualmente se defende a ideia de dignidade da pessoa humana do nascituro, *post-mortem*, ou mesmo daqueles que estejam em estado vegetativo ou que não tenham condições de autodeterminar-se, como as crianças ou deficientes de todo o gênero, pois a dignidade é uma condição inerente à espécie humana, independentemente de sua consciência e disposição acerca desse direito/princípio.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.p. 57-64.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. P. 21.

¹¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis, Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, 2004, p. 52; e Ingo Wolfgang Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, 2010, p. 76.

Esse valor, portanto, impõe a inviolabilidade da dignidade do homem que, por sua vez, está na origem dos direitos fundamentais. Tais direitos, nada mais são do que o estabelecimento por parte do Estado das garantias que o cidadão precisa para ver a sua dignidade sendo respeitada e observada.

A respeito disso, preleciona claramente o insigne Professor Jorge Reis Novais, em sua obra “A dignidade da pessoa humana – Dignidade e Direitos fundamentais”¹¹⁶, segundo o qual a partir do momento em que se considera que o Estado está obrigado a proteger a dignidade da pessoa humana – incluindo, portanto, a proteção contra riscos ou contra ameaças provindas de outros particulares -, então, seja direta ou indiretamente, a dignidade da pessoa humana acaba por produzir consequências jurídicas em todos os planos e domínios relevantes da ordem jurídica, tanto nas relações entre o Estado e os particulares quanto nas relações horizontais entre estes.

Vê-se tal controle, ademais, por exemplo, no artigo 26, II, da Constituição Portuguesa, quando obriga o legislador a “estabelecer garantias efetivas contra a obtenção e utilização de informações relativas às pessoas e às famílias num sentido contrário à dignidade humana”, ou o artigo 26, III, onde se lhe impõe a obrigação de preservar a “dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano”; bem como, ainda, faz referências à existência condigna e a condições de trabalho socialmente dignificantes, como se pode extrair do artigo 59, I, dispositivo esse de extrema importância para o presente trabalho, tendo em vista que, logo mais adiante, ver-se-á o direito ao trabalho como um dos fatores à realização da dignidade da pessoa humana, conquanto que a falta dele, ou a sua superexploração, caracteriza fator de mitigação desse princípio supremo.

No que tange à Constituição Federal brasileira, Luis Roberto Barroso¹¹⁷ defende que a dignidade humana, sendo um princípio fundamental, possui um núcleo que se opera como regra, e essa regra sustenta-se no tocante ao mínimo existencial¹¹⁸ que, embora existam visões mais ambiciosas do alcance

¹¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis, *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2015.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 25.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.* Destaca-se no argumento do autor a defesa da existência de um “mínimo existencial”, composto de um “conjunto de bens e utilidades básicas para a

elementar do princípio, há um razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, à saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça”.

Sendo assim, tendo como base, portanto, a Constituição brasileira de 1988, por ordem natural, vem o direito à vida, tema esse extremamente controvertido até os dias atuais, tanto na política quanto no âmbito jurídico, pois põe em discussão a pena de morte, o aborto e a eutanásia, por exemplo, assuntos esses que põem em xeque (ou não) a garantia da dignidade humana.

2.3 A IGUALDADE

Ademais disso, tem-se também como valor estruturante da dignidade a igualdade, segundo a qual todos têm o mesmo valor e, portanto, merecem especial e igual respeito, independente de sua origem, nacionalidade, idade, opção sexual ou religiosa, condição física, social ou financeira. Vale lembrar que esse direito fundamental à igualdade, obviamente derivado do conceito da própria dignidade, alarga-se de uma maneira a abranger o tratamento não discriminatório, não segregador e não explorador de alguns indivíduos perante os outros.

Esta é uma das formas de igualdade, a primeira, porque a mais básica, a que normalmente se denomina de “igualdade formal”, segundo a qual “todos são iguais perante a lei”.

Logo se iria verificar, contudo, que essa espécie de igualdade, exclusivamente formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas. Sendo assim, adotou-se, então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando

subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade,” cuja lesão, “ainda que haja sobrevivência”, suprime a “dignidade”. Mas, por óbvio, não seria a simples previsão constitucional que faria o princípio ser respeitado e, principalmente, efetivado objetivamente, mas, sim, a concretização de condições que tornem possível a plenitude constitucionalmente consagrada.

desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos.¹¹⁹

Hoje, no entanto, a questão mais debatida refere-se à reivindicação de um “direito à diferença”. Esta ideia parte da premissa de que, em lugar de se reivindicar uma “identidade humana comum”, é necessário que sejam contempladas, *au debut*, as diferenças existentes entre as pessoas, bastando perceber as dicotomias facilmente visualizáveis, como cultos e analfabetos, sadios e deficientes, heterossexuais e homossexuais.¹²⁰

Sendo, portanto, a humanidade, diversificada e multicultural, parece-nos mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade de culturas e formas de pensar do que buscar uma falsa e inexistente identidade¹²¹. Nesse cenário, multiétnico e multicultural, merece destaque o imperativo intercultural por tantas vezes invocado por Boaventura de Souza Santos a respeito das grandes dificuldades enfrentadas na atualidade: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.¹²²

¹¹⁹ A propósito, L. E. Fachin, Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 283. No direito brasileiro, é obrigatória a referência ao conhecido passo de Rui Barbosa na Oração aos Moços: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

¹²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.119.

¹²¹ Seguindo o pensamento de José de Oliveira Ascensão, essa crítica também nos afigura plausível se tomarmos o Direito Natural não como Direito Divino, como muito o é confundido, mas como uma ordem natural, necessariamente diversificada e mutável. Não poderia o mesmo Direito essencial valer para civilização romana como para a Idade Média ou para as sociedades tecnológicas contemporâneas. A cada sociedade, deveria, portanto, corresponder um Direito Natural diferente; que não obstante representaria o direito que deveria ser essencialmente, para aquela realidade social. O que nos surge em primeiro plano é justamente “a variabilidade da ordem natural, se ele (o Direito Natural) é a ordem de uma sociedade, cada sociedade terá a sua; e a ordem natural de hoje não é igual à ordem natural de ontem”.

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.124.

2.4 O VALOR COMUNITÁRIO

Segundo o Doutor Jorge Reis Novais¹²³, nessa perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa humana desenvolve consequências jurídicas em várias direções, isso porque sendo o parâmetro e ao mesmo tempo o limite do controle da atividade do Estado, sobretudo no que tange a eficácia horizontal da relação da dignidade humana, ou seja, entre os particulares, é inevitável que a dignidade não invada a esfera da autonomia individual. Mas tal dignidade deve, por sua vez, enquanto sua própria tarefa ou obrigação jurídica, como assim preleciona o insigne Professor, proteger as pessoas em relação a eventuais ofensas provindas de outros particulares.

Não interessa, portanto, a dificuldade que exista em estabelecer uma composição justa e adequada entre os direitos, valores e, sobretudo, interesse divergentes, posto que “da ideia de dignidade decorre a proscrição absoluta de um tratamento discriminatório, estigmatizante ou humilhante da pessoa”¹²⁴. A dignidade como valor comum, delimita seu campo de ação, deixando um pouco de lado a ideia kantiana do homem como um fim em si mesmo, para voltar-se à ideia do indivíduo em relação ao grupo.

A partir de então, o que está se está a levar em consideração não são somente as escolhas individuais, mas, sobretudo, a responsabilidade, consequências e deveres inerentes e a elas associados, as quais irão, naturalmente, refletir no grupo o qual aquele indivíduo está inserido. Em outras palavras: “a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade”¹²⁵.

É que, como assevera Sarlet, levando em consideração a atual situação social moderna, outras preocupações, não menos importante, ganharam relevo no contexto das garantias fundamentais da pessoa humana. Uma delas é a defesa do meio ambiente e a proteção dos recursos naturais, os quais da mesma maneira que outros valores tem o objetivo de garantir aos seres

¹²³ NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015. P. 60.

¹²⁴ *Idem*. P.61

¹²⁵ MARTEL Leticia, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Mimeografado, 2010, Oscar Vieira Vilhena, *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, 2006, p. 365.

humanos uma vida com dignidade, a partir de um ecossistema e um patrimônio ambiental equilibrado que garanta a saúde e o bem estar desta e das próximas gerações.

Desta feita, amplia-se, como se pode perceber, a dimensão e o alcance do significado da dignidade da pessoa humana, resultado disso uma série de obrigações e deveres mínimos de preservação, ação e consciência para com os demais indivíduos. É exatamente a definição de valor comunitário da dignidade¹²⁶.

Noutro pórtico, ao reconhecer a dignidade humana de certo indivíduo, reconhece-se, por consequência, o poder da pessoa dispor livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida. No entanto, seu consentimento sobre a invocação ou não de um direito fundamental não afasta, por si só, a possibilidade de violação da dignidade da pessoa humana. Ou seja, havendo uma violação concreta, o Estado de Direito deve se arrogar do poder de defender a dignidade da pessoa contra sua própria vontade; sendo relativizada tal defesa, é claro, quando o consentimento do lesado seja resultado de sua convicção livre e conscientemente formada¹²⁷.

Neste momento do estudo, deve ser levado em consideração esse termo “livre e conscientemente”.

Como foi visto anteriormente, as Constituições pós-modernas positivaram em suas legislações o princípio fundamental à dignidade da pessoa humana como valor inerente ao simples fato de nascer humano. Ocorre que para exercer a sua dignidade os indivíduos têm que ter acesso a uma mínima possibilidade de existência – *digna*- a qual alguns autores brasileiros denominaram de mínimo existencial¹²⁸. Portanto, é dever do Estado

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.p. 43-45.

¹²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. P. 64.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 25. Observe-se, todavia, que Constituições como a do Canadá, por exemplo, fazem menção à “promoção de igualdade de oportunidades para o bem estar dos canadenses” (art. 36). Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê, em seu art. XXV, 1: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”. O Pacto Internacional dos Direitos

Democrático de Direito garantir um *mínimo existencial* para que a sua população tenha condições de ter a sua dignidade assegurada, e, como consequência, ter condições (reais) de construir *livre e conscientemente* suas convicções, e com isso, autodeterminar-se.

O que se vê, entretanto, sobretudo nos casos emblemáticos das cortes estrangeiras, no que tange à dignidade da pessoa humana *versus* autonomia da vontade (quando o particular acredita que sua dignidade não está sendo atingida, ou, mesmo que saiba que está sendo atingida não se importa com tal), é que o indivíduo muitas das vezes defende a sua autodeterminação e a formação da sua convicção sem ter nenhuma condição verdadeira para fazê-lo, isso porque o Estado, na maioria das vezes, não proveu o *mínimo existencial* para que aquela situação não ocorresse.

Claro que existem certas situações que não são englobadas por essa problemática, como, por exemplo, o caso da Inglesa que após perder os ovários queria, por força judicial, poder implantar em seu útero embriões fecundados com seus óvulos e o sêmen do seu ex-marido; a família de uma senhora italiana que queria suspender os procedimentos médicos e deixá-la morrer em paz, após dezessete anos em estado vegetativo; o caso no Reino Unido que não admitiu violência física em relações sexuais sadomasoquistas consentidas¹²⁹, ou mesmo o caso em que se repreende a liberdade de expressão em casos de calúnia ou *hate speech*¹³⁰.

Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, proclama "o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência" (art. 11.1) e, também, "o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome" (art. 11.2).

¹²⁹ O caso envolveu vídeos que foram encontrados casualmente e que continham filmagens de relações sexuais grupais homossexuais com fortes componente sadomasoquistas. Tanto no Reino Unido quanto na Bélgica a Casa dos Lordes decidiu, por maioria, que o consentimento para tal ato não poderia funcionar como defesa em casos de violência física. Ademais, a sociedade estaria autorizada a recorrer ao direito penal para coibir comportamentos que possam impactar moralmente determinado grupo social. A minoria, por sua vez, deliberou no sentido de preservar a liberdade e a privacidade das pessoas quanto a atos como esse. MARTEL, Leticia, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, 2010, p. 175, 176.

¹³⁰ Sobre a proibição dos discursos do ódio para a proteção da dignidade humana, há decisões de tribunais diversos, incluindo a Suprema Corte de Israel, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, as Supremas Cortes do Canadá e da África do Sul, bem como o Tribunal Constitucional da Hungria. V. levantamento em Christopher McGrudden, Human dignity and judicial interpretation of human rights, *The European Journal of International Law* 19:655, 2008, p. 699 e s. No Brasil, um dos fundamentos utilizados pelo STF para a proibição dos discursos do ódio foi justamente a dignidade humana. V. STF, *DJU*, 19 mar. 2003, HC nº 82.424/RS, Rel.

Sem dúvidas tais hipóteses necessitam de um enfoque indiscutivelmente mais aprofundado e exclusivo, já que são casos jurídicos em que se confrontam direitos fundamentais de mesma dimensão¹³¹, sendo a dignidade humana atingida em qualquer das hipóteses escolhida pelo julgador. Infelizmente, neste momento, não há tempo, ou sequer estudo suficiente para administrar tal proposta, mas, em relação a casos em que o Estado Democrático de Direito é falho no concerne às suas obrigações de prover o mínimo necessário ao cidadão, tal como saúde, trabalho, educação, moradia, pode-se sim, brevemente, tentar esboçar uma conclusão sobre tais situações comuns e ao mesmo tempo paradigmas da nossa jurisprudência e doutrina internacional, principalmente, como ver-se-á a seguir, em situações que envolvem trabalhadores em situações de hipossuficiência.

2.5 EM BUSCA DE UM DENOMINADOR COMUM: A INDETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Devemos lembrar que a noção de dignidade, tal como a de igualdade, pertence ao grupo das noções se, não podemos dizer *confusas*, pelo menos de conteúdo variável¹³². No entanto, “a necessidade de proteger o homem na integralidade das suas várias dimensões é de todos os tempos e de todos os

p/ acórdão Min. Moreira Alves. Sobre o tema da liberdade de expressão nesse contexto e para uma análise comparativa entre Estados Unidos e Europa, v. Guy E. Carmy, Dignity – The enemy from within: A theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 9:957, 2006-2007. Excerto do texto de Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. P. 30.

¹³¹ Bonavides preleciona que o termo dimensão tem vantagem lógica e qualitativa sobre o termo geração, podendo este ser confundido com a ideia de sucessão cronológica. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 562,563. Alexandre de Moraes, por sua vez assevera que os direitos fundamentais de primeira geração correspondem à liberdade, “são os direitos e garantias individuais clássicos”, na segunda geração encontramos os direitos sociais, econômicos e culturais, o ideal é a igualdade, enquanto que na terceira geração temos a fraternidade com os direitos de solidariedade, decorrentes de uma sociedade organizada, com um meio ambiente equilibrado e boa qualidade de vida. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26.

¹³² LÉON INGBER *apud* MARTINS, Ana Maria Guerra. A Proteção da Dignidade Humana no Tratado de Lisboa. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Direitos e Interconstitucionalidade, Coimbra, v. 3, 2012 p. 475.

lugares”¹³³, o que impulsiona a uma busca permanente de consenso – que claramente não tem sido bem sucedida – como se pode destacar pelos insígnies estudos de diversos autores portugueses¹³⁴.

A exemplo de José de Melo Alexandrino “o princípio de dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço dispendido para o clarificar”¹³⁵¹³⁶. Por sua vez, Jorge Reis Novais preleciona admitindo “a dificuldade na determinação de um conteúdo concretizado deste princípio de forma intersubjectivamente incontestável”¹³⁷. No mesmo sentido, José Carlos Vieira de Andrade afirma que “o conceito de dignidade humana foi naturalmente, ao longo dos tempos, um daqueles que sempre suscitou, mesmo no domínio limitado do pensamento ocidental, as mais profundas divergências, salientando-se as que opõem as respectivas concepções religiosas, racionais e científicas”¹³⁸.

¹³³ ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da Dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 623.

¹³⁴ Vale salientar, todavia, que este é o entendimento generalizado quer na doutrina portuguesa, quer na doutrina estrangeira.

¹³⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana : um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: O discurso dos direitos. - Coimbra, 2011, p. 481.

¹³⁶ *Idem*. José de Melo Alexandrino, apresenta, nesse sentido, quatro proposições sobre o perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: 1ª proposição: quanto à estrutura da norma, no plano jurídico-constitucional, a dignidade da pessoa humana configura-se como princípio jurídico, podendo também funcionar e relevar como regra; 2ª proposição: além do seu sinal como valor (fixado através do vínculo e já substancialmente vazado numa multiplicidade de princípios, regras e instituições), no plano jurídico-constitucional, a norma da dignidade da pessoa humana pode-se apresentar nas seguintes feições: (i) de norma de garantia (na medida em que protege uma essência da Constituição material); (ii) de norma de direito fundamental, desde que em conjugação com outras normas constitucionais; (iii) de norma sobre direitos fundamentais (na medida em que, como critério de último recurso, pode operar como regra de “limites dos limites”). 3ª proposição: quanto à sua natureza, pelo menos na Constituição portuguesa, nenhuma razão depõe a favor da qualidade de direito fundamental da norma da dignidade da pessoa humana (tanto mais quando, na sua feição de regra, alcança um máximo de proteção subjetiva); 4ª proposição: finalmente quanto ao seu carácter, atendendo a que a dignidade da pessoa humana tanto pode ser apreendida como valor, como princípio e como regra, mostra-se conveniente distinguir cada um desses prismas: como valor, tem um carácter absoluto, intangível e incondicionado (desde que se preserve a inerente função simbólica e se renuncia à fixação do conteúdo); como princípio, é relativizável, uma vez que a respectiva norma tem de conviver com os efeitos de outras normas de garantia; como regra, dá a aparência de absoluto, ao resolver sem apelo certos casos-limite. (cf. p. 482-511).

¹³⁷ NOVAIS, Jorge Reis, Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, 2011, p. 56.

¹³⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 93.

Como disse Ricardo Chueca, esse seria, de algum modo, o preço a se pagar pelo acordo que foi a chave do sucesso do acolhimento da dignidade humana nas Constituições e nos tratados internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial e da sua centralidade simbólica. Segundo as palavras do referido autor, seria, então, um acordo na incorporação do conceito, mas, sobretudo, um acordo para a continuação do desacordo, ou seja, um pacto para não estimulação da definição da dignidade.

De todo modo, apesar de o conceito jurídico reivindicar uma validade universal, a verdade é que ele não colhe um consenso universal. Isso porque a ideia de dignidade humana não é algo puramente apriorístico ou anti-histórico¹³⁹, mas que progride, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente cultural¹⁴⁰. A dignidade humana encontra-se, assim sendo, aberta à história e à cultura, pelo que se torna muito difícil – e para alguns, mesmo impossível – a sua conceitualização do ponto de vista jurídico. A dignidade humana revela-se, isto posto, como uma fórmula evolutiva e não como um princípio inalcançável que se impõe ao legislativo, ao judiciário e aos cidadãos.

É por isso que chegar a uma construção consensual de critérios abstratos que orientem a verificação constitucional de eventual existência de uma violação da dignidade da pessoa humana, embora possível e necessária, é de extrema complexidade.

O fato é que caso fosse identificada tão somente com uma única visão filosófica, com uma única concepção de mundo e uma única ideologia ou confissão religiosa, a dignidade da pessoa humana estaria essencialmente inibida de desempenhar a sua função de princípio constitucional de Estado de Direito.

Exemplo disso foi a rejeição massiva da proposta brasileira nos trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, de incluir uma referência à ideia de criação da pessoa à imagem e semelhança de Deus enquanto fundamento da dignidade da pessoa humana.

¹³⁹ MARTINS, Ana Maria Guerra. A Proteção da Dignidade Humana no Tratado de Lisboa. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Direitos e Interconstitucionalidade, Coimbra, v. 3, 2012 p. 475.

¹⁴⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *op. cit.* p. 105.

Por óbvio, a proposta foi rejeitada, precisamente porque afetaria negativamente o caráter secular e inclusivo do conceito¹⁴¹.

É nessa seara, sendo assim, que consistem as maiores dificuldades para a concretização do princípio da dignidade, que seria, portanto, a necessidade de se chegar a um conceito abrangente, inclusivo e aberto e que seja capaz de sustentar uma pretensão de validade consensual e, ao mesmo tempo, não perder a importância abstratamente atribuída a um princípio jurídico o qual se assenta toda a estrutura constitucional do Estado de Direito¹⁴².

O perigo dessa maleabilidade da dignidade da pessoa humana é o seu efeito paradoxal. Como o princípio comporta as mais diversas interpretações, praticamente todas as forças políticas e sociais podem endossá-lo, sem comprometer, no entanto, seu ideário. Exemplo disso é que a dignidade da pessoa humana pode acabar sendo utilizada por libertários, favoráveis ao Estado mínimo; socialistas defensores da apropriação coletiva dos meios de produção; religiosos, que resguardam a proteção absoluta da vida do nascituro; feministas que pugnam pela ampla legalização do aborto.

Todos podem se apresentar defensores da dignidade da pessoa humana, e todos irão interpretá-la sob a sua ótica, claramente.

José de Oliveira Ascensão, por exemplo, consignou que “alguma coisa não está certa na invocação da dignidade da pessoa humana, pois se ela serve para tudo, então não serve para nada”, transformando-se numa fórmula vazia¹⁴³.

No mesmo sentido, o norte-americano Steven Pinker no artigo jornalístico intitulado *The Stupidity of Dignity*, argumentou que a “a dignidade é uma noção subjetiva, flácida, que dificilmente está à altura das questões morais de ‘peso-pesado’ que lhe são atribuídas para resolver”¹⁴⁴.

¹⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015. 1 v, p. 25, nota 11.

¹⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015. 1 v, p. 26.

¹⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. O ‘Fundamento do Direito’: entre o Direito Natural e a dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 52, n. 1 e 2, 2011, p. 12-13.

¹⁴⁴ PINKER, Steven. *The Stupidity of Dignity*. *The New Republic*, 28 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.newrepublic.com/article/the-stupidity-dignity>>. Acesso em 29 mai. 2019.

Mesmo no século XIX, Schopenhauer já trazia também o mesmo discurso de descontentamento com o conteúdo da dignidade: “esta expressão, dignidade humana, usada por Kant, tornou-se desde então o lenga-lenga de todos os moralistas perplexos e cabeças-ocas, que escondem por trás desta imponente expressão a sua incapacidade de estabelecer alguma base real para a moral, ou de uma que faça algum sentido”¹⁴⁵.

No entanto, por outro lado, essa indeterminação e ambiguidade são passíveis de promover e assegurar o respeito à autonomia dos indivíduos, bem como a obrigação de viver de acordo com os valores que não professam. A dignidade pode ser usada ora para fundamentar a inclusão dos miseráveis e dos *outsiders*, ora para legitimar hierarquias sociais cristalizadas¹⁴⁶.

Apesar das críticas no que concerne à sua vagueza e indeterminação, tais razões não justificam que se abandone ou relegue a um papel menos o princípio da dignidade da pessoa humana, como alguns chegam a postular. Amais do respeito à decisão do poder constituinte originário e às normas do direito internacional dos direitos humanos, dirigindo não somente aos juristas, mas, sobretudo aos cidadãos comuns, são boas razões para se continuar apostando nele como um poderoso instrumento de humanização do ordenamento jurídico, a sua força moral, bem como o seu intenso apelo emocional.

Com efeito, como já fora dito anteriormente, quando as Constituições contemporâneas acolhem o princípio da dignidade da pessoa humana não criam um novel conceito, mas, dão vestes jurídicas a algo cujo conteúdo, por mais difuso ou controverso que pudesse parecer, tinha já uma carga histórica sedimentada de elaboração proveniente dos domínios teológico, filosófico e político.

Como conclui Daniel Sarmiento, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo corretamente interpretado, pode efetivamente ajudar a emancipar a ordem jurídica, podendo servir como arma de combate não somente nos tribunais, mas também fora deles, contra práticas sociais injustas

¹⁴⁵ SCHOPENHAUER, Arthur *apud* SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 6.

¹⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 6.

e opressivas, podendo também contribuir para o enraizamento de um verdadeiro sentimento constitucional na sociedade, em favor da inclusão e da justiça¹⁴⁷.

É auspicioso, ter um estandarte desta natureza, que simboliza e dá alento às lutas contra injustiça e opressão, sendo “uma bandeira sob a qual as pessoas se unem e lutam por liberdade, igualdade e condições decentes de vida”¹⁴⁸.

A despeito das dificuldades, verifica-se, entretanto, que tanto a doutrina, como a jurisprudência, sobretudo para efeito da construção de uma noção jurídica de dignidade¹⁴⁹, cuidaram ao longo do tempo de estabelecer alguns contornos basilares do conceito. Sendo assim, concluímos que a noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, necessita de uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa essa que deve ser desempenhada não somente pelo judiciário, mas todos os órgãos estatais.

2.5.1 Aproximações restritivas entre os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana

Como bem insta Jorge Miranda, apesar de não existir, na perspectiva da evolução histórica, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana¹⁵⁰, na escala atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da próxima e quase indissociável vinculação

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ SCHLINK, Bernard. The Concept of Human Dignity: Current Usages, Future Discourses. *In*: MCCRUDDEN, Christopher (Ed.). *Understanding Human Dignity*, p. 631.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998 : algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Ingo Wolfgang Sarlet *In*: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa.. et al. . - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 944, nota 10. “Quando aqui se fala em uma noção jurídica de dignidade, pretende-se apenas clarificar que se está simplesmente buscando retratar como a doutrina e a jurisprudência constitucional – e ainda assim de modo apenas exemplificativo – estão compreendendo, aplicando e eventualmente concretizando e desenvolvendo uma (ou várias) concepções a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa. Por outro lado, não se questiona mais seriamente que a dignidade seja também um conceito jurídico.”:

¹⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 194.

entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, os direitos fundamentais e a própria Democracia, como bases estruturantes deste Estado de Direito, constitui, um dos alicerces nos quais se assenta tanto o direito constitucional, quanto o direito internacional dos direitos humanos.

Isso porque a dignidade da pessoa humana é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar, entre outros.

Nesse sentido, a realização da dignidade está vinculada à realização de outros direitos fundamentais, estes, sim, expressamente consagrados tanto pela Constituição Portuguesa, quanto pela Constituição Brasileira.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, assevera que o princípio em destaque é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dele se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral¹⁵¹.

Oscar Vilhena Vieira, por sua vez, alerta que isso não deve significar, todavia, “que a dignidade não tenha um sentido autônomo e juridicamente relevante, como um direito que imponha deveres ao Estado e aos demais membros da sociedade”.

Entende-se, também, que a dignidade poderá ser encontrada, eventualmente, contra os próprios direitos fundamentais, em casos específicos, hipótese essa que ocorre, por exemplo, quando um direito fundamental decorrente da autonomia da vontade do indivíduo esbarra em uma situação indigna muito maior.

Não obstante a vida e a liberdade sejam na grande maioria dos casos pré-condições da dignidade, em situações extremas podem encontrar-se em polos distintos desse valor.

Podemos exemplificar - já dando abertura à discussão basilar da presente tese-com alguns *hard cases*, a exemplo da eutanásia e do contrato

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 25.

para prestação de serviços degradantes. Com o exemplo da eutanásia, pode-se dizer que temos de um lado da contenda o direito à vida e a obrigação correlata do Estado de agir a favor dessa vida, e do lado diametralmente oposto a dignidade de uma pessoa que não quer permanecer em estado vegetativo indefinidamente, em decorrência de uma doença, ou acidente, ou qualquer outra coisa que o valha¹⁵².

Já no caso do contrato degradante, podemos imaginar a situação de uma pessoa -um anão, por exemplo- que no gozo do seu direito à liberdade, aceita trabalhar em um estabelecimento onde corriqueiramente é humilhado em face de sua condição física; ou mesmo de uma profissional do sexo, que, livremente, decide assim exercer seu ofício. Tem-se aqui, portanto, uma situação axiomática de confronto entre a liberdade e a dignidade (o valor liberdade ou o valor dignidade, ou mesmo o direito à liberdade e o direito à dignidade).

Para resolver esses tipos de situações, que habitualmente chamamos na academia de *hard cases*, exatamente em virtude da sua difícil solução jurídica-política-social, precisamos de um conceito de dignidade que não se confunda com o de vida ou liberdade (direitos fundamentais consagrados na maioria das constituições dos Estados de Direito).

Isso porque muitos dos casos relacionados ao direito à vida e à liberdade apresentam-se em contraposição a um outro valor (que poderá ser considerado princípio constitucional supremo, como será visto adiante) que se refere à própria condição de humanidade¹⁵³.

Para complementar esse tópico, entende-se por bem fazer uma observação singela, mas de muita importância sobre o tema. Apesar de existirem três proposições acerca do conteúdo jurídico-normativo do conceito de dignidade da pessoa humana¹⁵⁴ – a dignidade como fundamento dos direitos fundamentais, equidistante aos direitos fundamentais ou contra os

¹⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 60.

¹⁵³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 60.

¹⁵⁴ Divisão conceitual proposta pelo Doutor Jorge Reis Novais em sua obra *A Dignidade da Pessoa Humana – Dignidade e Direitos fundamentais*, volume I, especificamente nos capítulos IV, V e VIII.

direitos fundamentais - aqui, nesse estudo, pelo que já foi exposto, entende-se que a dignidade é o nascedouro dos direitos fundamentais, os quais foram criados para que ela pudesse ser observada.

Entretanto, aqui não se concorda, em hipótese alguma, que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são direitos sobrepostos e recíprocos, pois, se assim fosse, como brilhantemente preleciona o Professor Doutor Jorge Reis Novais¹⁵⁵ “o intérprete e o aplicador das normas não mais teriam que recorrer às próprias normas especiais de direitos fundamentais para resolver os casos *sub judice*, uma vez que, em geral, essas normas são mais determinadas e concretizadas que a vaga alusão à dignidade da pessoa humana”. Mais adiante, neste mesmo sentido conclui: a dignidade, neste caso, “serviria, no fundo, de pouco, ou, pelo menos, seria redundante face ao conjunto de direitos fundamentais especificamente considerados¹⁵⁶”.

Nesse mesmo contexto, cabe referir importante decisão do Tribunal Constitucional da Espanha¹⁵⁷ onde, para além de reconhecer que a dignidade da pessoa representa um mínimo invulnerável que toda a ordem jurídica deve assegurar, a Corte Constitucional Espanhola sinalou que isto não significa que todo e qualquer direito fundamental possa ser considerado como inerente à dignidade da pessoa, nem que todos os direitos qualificados como fundamentais sejam integralmente condições essenciais e imprescindíveis para a efetiva incolumidade da dignidade pessoal.

No âmbito da doutrina italiana, Franco Bartolomei¹⁵⁸, refere que a afirmação de um princípio geral de tutela da dignidade humana não importa, todavia, que todos os direitos individualmente considerados possam ser reconduzidos a um único direito. De resto, o entendimento de que todos os direitos fundamentais são diretamente fundados na dignidade da pessoa

¹⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015.p.27.

¹⁵⁶ Esse é um problema, que particularmente o judiciário brasileiro vem enfrentando. Isso porque nas peças judiciais, sejam elaboradas por advogados, sejam nas sentenças proferidas pelos magistrados, a dignidade da pessoa humana tem sido utilizada como argumento vago, pouco específico e na maioria das vezes pouco consistente e, por causa disso, vem perdendo sua força normativa e principiológica, vindo a ser utilizada muito mais como uma expressão genérica do que como um argumento de peso.

¹⁵⁷ MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegria. *La dignidade de la persona como fundamento del ordenamento constitucional español*. León: Universidade de León, 1996, p. 47.

¹⁵⁸ BARTOLOMEI, Franco. *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1987, p. 14.

humana seria sustentável apenas em se partindo de um conceito exclusivamente material de direitos fundamentais, considerando como tais unicamente os que puderem encontrar seu fundamento direto na dignidade, concepção esta que, todavia, não harmoniza, por exemplo com a Constituição Federal de 1988.

No entanto, impossível seria tratar no presente estudo, mesmo que através de noções basilares e superficiais, do conteúdo dos direitos fundamentais simultaneamente à sua vinculação à dignidade da pessoa humana. Portanto, apesar da necessária relação que eventualmente se fará entre esses dois institutos, vale a lembrança que nos deteremos, a todo momento, no teor exclusivo da dignidade da pessoa humana.

3 A DISCUSSÃO EM TORNO DO CARÁTER ABSOLUTO OU RELATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS SOBRE COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação. Diferentemente das regras, seu papel no ordenamento jurídico se irradia por outras normas, na medida em que sua aplicação poderá se dar por subsunção mediante a colisão destas¹⁵⁹.

Didaticamente, para melhor elucidação do tema, Luis Roberto Barroso sistematizou as modalidades de eficácia da dignidade da pessoa humana, em particular, em três grandes categorias, as quais, por esse momento, iremos nos valer¹⁶⁰.

A primeira delas, a *eficácia direta*, ocorre quando um princípio incide sobre um caso concreto da mesma maneira que uma regra. Como preleciona o douto magistrado, apesar da vagueza inerente a todo princípio, ele sempre terá um núcleo, do qual se poderá extrair um comando direto e concreto¹⁶¹.

No Brasil e em Portugal, assim como em diversos sistemas, regras específicas e objetivas como as que vedam a tortura, o trabalho escravo ou as penas cruéis, são retiradas do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesses casos, obviamente, o aplicador do direito irá verificar a regra específica, sem necessidade de recondução ao valor ou princípio mais elevado.

A dignidade, no entanto, será também aplicada (e precipuamente) aquando da ausência de uma norma específica que discipline o caso em concreto, a exemplo da revista íntima em presídios. Nessa situação, por

¹⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra, v. 3, p.132.

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ *Idem.*

exemplo, será possível extrair da dignidade a exigência de que mulheres não sejam revistas por agentes penitenciários masculinos.

A segunda categoria elencada por Barroso, qual seja a *eficácia interpretativa* da dignidade da pessoa humana aponta para o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral a partir da essência e significação dos valores e fins neles albergados.

Dessa forma, resumidamente, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana será chamada de critério resolutivo quando houver colisão ou conflito sempre que se entender que a Constituição está protegendo simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta real ou hipotética¹⁶².

Vieira de Andrade¹⁶³ assevera, *exempli gratia*, que os próprios bens da vida e da integridade pessoal podem ser sacrificados, total ou parcialmente em situações específicas. Anota o Professor lusitano que nos casos em que ocorram esses conflitos, a Constituição deve proteger todos os valores ou bens em análise no caso concreto sem, no entanto, sacrificar nenhum deles pura e simplesmente, devendo-se, sendo assim, respeitar a proteção constitucional.

Isso faz com que o intérprete do direito deva procurar soluções na unidade constitucional, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes. Estamos aqui a retomar a fala sobre o ímpeto conectivo da dignidade da pessoa humana, sua característica unificadora e harmonizadora do ordenamento jurídico, ou seja, seu papel integrativo desempenhado pelos princípios constitucionais, os quais permitem à dignidade o exercício de ser fonte de direitos (muitos não enumerados pelos ordenamentos) e critério de preenchimento de lacunas normativas.

Exemplos disso são o mínimo existencial que desfruta de precedência *prima facie* diante de outros interesses¹⁶⁴; o uso de algemas que somente deve

¹⁶² CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 202. Assim, por exemplo, não seria acertado falar de uma contradição existente entre o princípio da autonomia privada e a regra do respeito pelos bons costumes (nos ordenamentos jurídicos que assim disponham).

¹⁶³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 300.

¹⁶⁴ STJ, DJ 29 abr. 2010, REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins.

acontecer em situações que envolvam risco¹⁶⁵; a liberdade de expressão¹⁶⁶¹⁶⁷, que (em regra) não deve ser cerceada previamente¹⁶⁸ (situação que ocorreu apenas em uma das raras ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal se dispôs a limitar a liberdade de expressão quando considerou ilegítima a manifestação de ódio racial e religioso).

Mais importante ainda se dá a função integrativa da dignidade da pessoa humana em situações não expressamente consagradas pelo ordenamento, como, no caso brasileiro, a questão do fornecimento gratuito de medicamentos fora das hipóteses previstas na normatização própria¹⁶⁹; a não-

¹⁶⁵ STF, SÚMULA VINCULANTE n° 11. “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

HC 91.952, voto do rel. min. Marco Aurélio, P, j. 7-8-2008, DJE 241 de 19-12-2008. “Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos — a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País — repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados suggestionados”.

HC 89.429, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 22-8-2006, DJ de 2-2-2007. “O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo”.

¹⁶⁶ STF, *Informativo*, n° 598, ADI 4451 Referendo-MC/DF, rel. Min. Ayres Britto, 1º e 2.9.2010.

¹⁶⁷ Trata-se do caso Ellwanger, em que o STF decidiu que a liberdade de expressão não protege a incitação de racismo antisemita. STF, HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa.

¹⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra, v. 3, p.133.

¹⁶⁹ STF, STA, n° 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008. (STA-223). “Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado - O Tribunal, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em suspensão de tutela antecipada para manter decisão interlocutória proferida por desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que concedera parcialmente pedido formulado em ação de indenização por perdas e danos morais e materiais para determinar que o mencionado Estado-membro pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular - MDM no agravante, com o profissional por este requerido. Na espécie, o agravante, que teria ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, ajuizara a ação indenizatória, em que objetiva a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da referida cirurgia, “que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico”.

compulsoriedade do exame de DNA em investigação de paternidade¹⁷⁰ (como será analisado mais detidamente no capítulo subsequente); bem como em hipóteses de redesignação sexual¹⁷¹.

É sabido, sendo assim, que a esfera de proteção de um direito é constitucionalmente assegurada ao ponto de intersectar a esfera de outro direito ou colidir contra outra norma ou princípio constitucional.

Nesse diapasão, a solução desses conflitos e colisões entre direitos, liberdades, garantias e valores (expressamente previstos, ou não, nos ordenamentos) não pode, contudo, ser desenvolvida por intermédio de meros recursos abstratos. Dessa maneira, deverá se perceber como os direitos se referem na medida de suas intensidades ao fundamento comum da dignidade da pessoa humana, constatando-se, então, a partir das circunstâncias dos casos concretos, a sua hierarquização natural.

*A questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um procedimento e de um juízo de ponderação, não de valores em si, mas das formas ou modos de exercícios específicos (especiais) dos direitos, nas circunstâncias do caso concreto, tentando encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto de valores constitucionais*¹⁷².

A terceira e última hipótese de eficácia da dignidade desenvolvida por Luis Roberto Barroso é a *negativa*, a qual implica a paralização (ou a proibição) da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o

Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado [...] Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana”.

¹⁷⁰ STF, *Informativo* n° 106, HC 76.060-SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 31.3.98. “Exame de DNA - Com base na orientação adotada pelo STF no julgamento do HC 71.373-RS (DJU de 22.11.96) - no sentido de que, em ação civil de investigação de paternidade, não se pode obrigar o réu à coleta de material para exame de DNA, sob pena de violação da intangibilidade do corpo humano -, a Turma deferiu habeas corpus contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que mantivera a decisão, tomada em ação ordinária de reconhecimento de paternidade, de submeter o paciente ao exame hematológico de DNA.

¹⁷¹ STJ, *DJ*, REsp. 1008398, Rel. Min.ª Nancy Andrighi.

¹⁷² RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (Im)possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO., Paulo de Tarso. Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 167, nota71.

princípio constitucional da dignidade, podendo dela resultar, por exemplo, declarações de inconstitucionalidade de atos¹⁷³.

Há, também, como bem lembrado pelo autor, a possibilidade de um princípio constitucional paralisar a incidência de certa norma em uma situação específica, porque naquela hipótese concreta se produziria uma consequência inaceitável pela Constituição. É o caso da Ação Direta de Preceito Fundamental nº 54, em que se pediu o reconhecimento do direito de as mulheres interromperem a gestação no caso de fetos anencefálicos, através da declaração de inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal Brasileiro que criminalizam o aborto. Foi requerido, portanto, o reconhecimento que nesses casos específicos, fosse permitido, excepcionalmente, levar a termo uma gestação inviável em obediência à dignidade da pessoa humana¹⁷⁴.

3.2 A PONDERAÇÃO

Deparando-se o legislador com as situações da vida, em algum momento, sabe-se, que necessitará, ele, compara-las, para decidir qual o tratamento que dará a cada uma delas. Ocorre que durante muito tempo, mesmo quando se reconhecia a inevitabilidade da ponderação de bens como sendo a metodologia adequada para a resolução de conflitos entre interesse contrapostos igualmente dignos de proteção, o arbítrio apresentar-se-ia apenas nos casos em que o legislador não tivesse qualquer fundamentação para a sua atuação ou quando não houvesse uma mínima coerência entre os objetivos perseguidos e o tratamento estabelecido¹⁷⁵.

Nessa busca de sentido para uma justa adequação das normas aos problemas e fatos a que se dirigem, Konrad Hesse¹⁷⁶ afirma que “o intérprete

¹⁷³ BARROSO, Luis Roberto. Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra, v. 3, p.133.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Kellyne Laís. A igualdade e a proporcionalidade – Reflexões sobre a ponderação do legislador e a ponderação do juiz nas ações afirmativas, in: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

¹⁷⁶ HESSE, Konrad *apud* GUEDES, Néviton. Os Princípios, as Regras e os Direitos Fundamentais.. Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra, v. 3, p. 379.

não pode atingir o conteúdo de uma norma como que de um ponto arquivado situado fora da existência histórica, mas apenas em contato com a situação histórica concreta”¹⁷⁷.

O que fazer, entretanto, quando o alcance da norma é posto em questionamento porque a interface e as características do caso em concreto não são semelhante às já existentes em ponderações já costumeiramente realizadas ou em jurisprudência anteriormente consolidada? Em outras palavras, o que fazer quando um novo *hard case*¹⁷⁸ é posto à apreciação judicial?

A regra implícita da cláusula *ceteris paribus* (tudo o mais permanecendo constante), sendo assim, já não mais se aplicaria nesse caso, em que, para Klaus Günther “uma norma que valeria na situação S1 também irá valer nas situações S2, S3...Sn, se as respectivas circunstâncias permanecerem iguais, ou se tais circunstâncias são assim consideradas, isto é, se tais circunstâncias são consideradas pelo aplicador da norma como se permanecessem sempre iguais”¹⁷⁹.

Sobre esse tema, Humberto Ávila considera que a ponderação seria o instrumento que se prestaria a organizar o raciocínio e a argumentação diante de situações nas quais, de maneira inevitável, haveria uma ruptura do sistema e disposições normativas válidas e que teriam sua aplicação negada em casos específicos¹⁸⁰.

¹⁷⁷ GUEDES, Néviton, *op. cit.*

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: Taking rights seriously, p. 81. Dworkin, identifica os *hard cases* como os casos que não se submetem a uma regra de Direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição; sendo conflitos para os quais não existe resposta incontroversa que possa ser extraída do enunciado normativo ou dos precedentes judiciais através da subsunção.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 378-379. “No caso dos princípios pelo menos, em grande dificuldade se encontrará quem pretender, no âmbito de um discurso de fundamentação, “conversar” ou argumentar com essa espécie de normas (princípios), submetendo-se a uma implícita cláusula *ceteris paribus*, que apenas pode bem desenvolver a eficácia que lhe é característica sob as amarras de um discurso de aplicação de regras jurídicas, isso porque somente se saberá se as circunstâncias do caso concreto são as mesmas pressupostas na seleção prévia de dados característicos depois do exame de todas as características do caso, o que obviamente, para ser bem sucedido, apenas será possível de se realizar por quem se abre à possibilidade, sempre presente no caso dos princípios de que o caso concreto tenha notas distintivas importantes que ultrapassam aquelas previstas hipoteticamente na norma que inicialmente se pretendia aplicar, para se conterem, inclusive e por exemplo, numa outra norma que se opõe àquela primeira”.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 144.

Nesses casos, a ponderação seria, portanto, o método mais apropriado para resolver os conflitos que envolvem normas sem limites fixados, normas abertas e móveis. Para os *hard cases* essa afirmação é ainda mais válida, posto que a norma diretamente relacionada à hipótese não é bastante para determinar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei controlada em face da Constituição.

Mas o que seria propriamente a ponderação e como se dariam seus critérios resolutivos? Para Ana Paula de Barcellos¹⁸¹, a ponderação pode ser descrita como a técnica de decisão própria para os casos de difíceis soluções (o que aqui chamaremos sempre de *hard cases*), isso porque, observa-se, que são nessas situações as quais se identificam confronto de “razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais, ainda que o objeto imediato do exame seja uma disposição infraconstitucional”¹⁸².

Ainda nesse sentido, Barcellos esclarece, por conseguinte, que a estrutura da subsunção pode ser descrita por meio de uma premissa maior, que seria o enunciado normativo, a qual sobre essa premissa incidira os fatos, produzindo conseqüentemente a aplicação da norma ao caso concreto¹⁸³.

Sendo assim, a ponderação judicial de bens e valores pode, então, ser concebida como um método de resolução de conflitos entre normas constitucionais nos ditos casos difíceis.

Sobre a premente questão do conflito de direitos ou de valores e elucidando sobre a questão do juízo de ponderação, Vieira de Andrade também propôs uma metodologia para a resolução de conflitos por meio de três fatores elementares, os quais, conforme o autor, devem ser consideradas todas as circunstâncias relevantes ao caso concreto, mas em função, a todo tempo, de um juízo global¹⁸⁴.

¹⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação direitos fundamentais e relações privadas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

¹⁸² RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (Im)possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 168.

¹⁸³ RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *op. cit.*, nota 74.

¹⁸⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 300-307.

Primeiramente, dever-se-ia atentar-se, desde o início, ao âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito, de modo a avaliar em que medida e com que peso cada um dos direitos está presente na situação do conflito; nesse caso, a avaliação é essencialmente jurídica e tem como escopo saber se estão em causa aspectos nucleares de ambos os direitos ou, de um, ou de ambos, aspectos de maior ou menos intensidade valorativa em função da respectiva proteção constitucional.

Em segundo lugar, Vieira de Andrade assevera a importância – apesar de óbvia, como ele mesmo ressalta – da análise da natureza do caso, seu tipo, conteúdo, forma e demais circunstâncias objetivas da situação em conflito.

Deve-se ainda ter em atenção, em uma última análise os bens pessoais, a condição e o comportamento das pessoas envolvidas, já que tais informações podem ditar soluções específicas, sobretudo quando o conflito refira-se a direitos sobre bens e liberdade¹⁸⁵.

Podemos, então, vislumbrar, já nesse momento, que importantes doutrinadores luso-brasileiros sistematizam as regras de ponderação para a melhor aplicação nas situações concretas.

Essa sistematização, portanto, é constituída de etapas que podem ser resumidas – conforme entendimento nosso – na detecção no sistema de normas relevantes para a solução do caso, identificando se há algum conflito entre elas; a realização propriamente dita da ponderação, através da compreensão dos valores relevantes; e, por fim, a decisão, resultado do intenso sopesamento das normas e dos diversos elementos em colisão.

Vale lembrar, é claro, que nos ordenamentos em que se considera a dignidade da pessoa humana como norma suprema e valor fundante do sistema jurídico, ela, propriamente, será a bússola que orientará os passos do intérprete do direito.

Mas, se a maioria dos doutrinadores já consagrou fórmulas concretas a serem aplicadas na resolução de conflitos quando da existência de *hard cases*, quase como um *check list* a ser aplicado nas situações de difíceis elucidações, qual, então, o ponto chave de dificuldade que torna esses casos tão

¹⁸⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 300-307.

emblemáticos e problemáticos para os tribunais constitucionais ao redor do mundo?

Indubitavelmente a resposta está no caráter subjetivo, tanto das circunstâncias em análise, quanto do próprio aplicador do direito. É por isso, portanto, que se espera que as decisões produzidas sejam revestidas de legitimidade, imparcialidade, racionalidade e, sobretudo, justiça¹⁸⁶.

Uma síntese da Teoria dos princípios de Alexy pode ser concebida como a distinção teórico-normativa entre normas-regras e normas-princípios. Para o autor, há uma contraposição dessas principais características: os princípios jurídicos, por exemplo, são considerados mandamentos de otimização, que estabelecem deveres *prima facie*.

A definição desses princípios como mandamentos de otimização estabelece a relação automática e intrínseca entre os princípios e, portanto, a proporcionalidade¹⁸⁷. Essa otimização relaciona-se diretamente com o controle de constitucionalidade no que concerne ao seu regramento básico, alicerçado no emblemático tripé da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. São essas três ideias, sendo assim, que constroem a figura da otimização¹⁸⁸.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

¹⁸⁷ Vale lembrar da regra dos três subprincípios para o controle de constitucionalidade, quais sejam a adequação, necessidade e proporcionalidade.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade In: O direito. - Lisboa, 1868, p. 819. "Os princípios como mandados de otimização requerem a otimização relativamente àquilo que seja factual e juridicamente possível. Os subprincípios da adequação e da necessidade referem-se à otimização quanto às possibilidades factuais existentes. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito refere-se à otimização quanto às possibilidades jurídicas existentes.

3.2.1 O caso do lançamento de anão: a dignidade como limite à renúncia dos direitos fundamentais entre os particulares¹⁸⁹

Como já foi analisado, sabe-se que o consentimento do indivíduo, independente de qualquer ação que ele esteja envolvido, seja como sujeito ativo ou passivo, é justificativa relevante para relativizar o alcance do princípio da dignidade humana, “na medida em que possa ser invocado como fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais”¹⁹⁰.

Mas, se esse indivíduo estiver em uma situação de hipossuficiência? Se a situação “indigna” a qual ele se sujeita seja a única e última alternativa para manter o *mínimo existencial* de sua dignidade? Ainda sim, a sua autodeterminação será relativizada? A sua situação de “indignidade” deverá permanecer?

O caso do lançamento de anões, sem dúvidas, é o mais conhecido e debatido pelos estudiosos.

Tal caso teve origem a partir de uma ordem do Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge, na França¹⁹¹, que proibiu o exercício da atividade conhecida como *lancer de nain*, atração desenvolvida em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Essa atração, em resumo, consistia em transformar um anão em projétil, sendo esse arremessado de dentro de um canhão, tendo como objetivo o entretenimento e divertimento da plateia presente na casa de shows.

Esse caso tornou-se muito conhecido pois, ao recorrer da decisão, o anão entrou como litisconsorte da casa noturna, defendendo seu direito de liberdade de escolha e autodeterminação.

O Conselho de Estado julgou, então, improcedente a defesa, alegando que a liberdade de trabalho e a liberdade empresarial não são obstáculos à prevalência da dignidade da pessoa humana.

¹⁸⁹ Esse tópico fora desenvolvido pela autora a partir de investigações direcionadas pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais em sua turma de Direito Constitucional do Mestrado em Direitos Fundamentais, tendo como resultado o relatório “A dignidade da pessoa humana e sua necessária observância no contexto das relações laborais” a título de avaliação.

¹⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 65.

¹⁹¹ BASILE, César Reinaldo Offa. A dignidade da Pessoa Humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas. São Paulo: Dissertação de Mestrado, 2009, p. 32.

Muito se estudou e se ouviu sobre a questão da decisão deste tribunal ter sido muito paternalista e intervencionista no que tange às relações interpessoais, sobretudo, empresarial e laboral, como é o caso. Há, por óbvio, defensores de todos os lados. Os que estão do lado do anão, defendem que a sua dignidade humana foi violada duas vezes: a primeira, quando, ao ter que deixar de trabalhar por imposição governamental, perderia, portanto, seu salário, fonte de sustento e sobrevivência seu e de sua família, renda essa que seria destinada à garantia da educação, saúde, moradia (mínimo existencial)¹⁹²; por conseguinte, teria sido sua dignidade violada mais uma vez em virtude da não observância de sua autonomia privada e liberdade de decisão, valores esses intrínsecos ao conceito fundamental de dignidade da pessoa humana.

Essa não é, de todo modo, a visão com a qual essa pesquisa se coaduna, pois há muito mais para se analisar numa situação exemplificativa como essa. É claro que deve se defender o direito de todos a trabalhar e galgar seu sustento, até mesmo porque essa é uma máxima estabelecida no artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁹³, e que, ao perder o emprego, o anão estaria, portanto, desprovido de renda. No entanto, a função central das relações laborais, que é a melhoria das condições sociais do trabalhador, não pode ser apreendida sob uma ótica meramente individualista.

Como assevera Maria do Perpétuo Socorro¹⁹⁴, a própria celebração de um vínculo de trabalho convoca à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, isso porque com o desequilíbrio econômico e social existente,

¹⁹² No que tange às condições mínimas de existência, o denominado mínimo existencial Hannah Arendt também assevera suas concepções acerca do tema, citado por Cesar Basile em sua Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 30: “Hannah Arendt, em seu consagrado ensaio “A condição Humana” problematiza, afirmando que o que quer que toque a vida humana ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição da existência humana, razão pela qual os homens, independentemente do que façam, serão sempre condicionados. E distingue: ‘a condição humana não é o mesmo que a natureza humana, e a soma total das atividades e capacidades humanas que correspondem à condição humana não constitui algo que se assemelhe à natureza humana. Pois nem aquelas (...) nem (...) o pensamento e a razão, e nem mesmo a mais meticulosa enumeração de todas elas constituem características essenciais da existência humana no sentido de que, sem elas, essa existência deixaria de ser humana.”

¹⁹³ Artigo XXIII 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.[...]

¹⁹⁴ WANDERLEY, Maria do Perpétuo Socorro. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. Revista do TST, Brasília, v. 75, n. 3, p.106-115, set. 2009.p.5

torna-se maior a possibilidade de violação dos direitos juslaborais, precisamente, da dignidade humana.

Ensina a Douta Magistrada que a empresa contratante, no caso das relações de emprego, não é um mundo a parte, em que os princípios fundamentais do ordenamento jurídico podem ser descaradamente afastados. Sobre isso, Canotilho¹⁹⁵ assevera que “o problema da eficácia dos direitos fundamentais transformou-se num tema paradigma do Direito Constitucional e do Direito do trabalho”.

Vale salientar, ademais, que, apesar de muitos países terem suas relações trabalhistas regulamentadas, tornando a autonomia contratual mitigada pelo valor normativo (segue, portanto, a ideia de controle e paridade social, com o valor comunitário – sopesamento de interesses), outros ensejos surgem na autonomia de contratar e com quem contratar. Nasce, neste momento, o problema da pré-contratação e seleção e pós-contratação, fatores esses que tornam a dignidade da pessoa humana extremamente vulneráveis.

Se por um lado o mercado e a economia não podem fugir às normas que estão reguladas o contrato, por outro lado eles têm a autonomia empresarial de livre contratação. É nesse momento que encontramos e esbarramos nas dificuldades das mulheres, das mulheres grávidas, das mulheres acima de 30 anos, das pessoas com baixa escolaridade, negros, indígenas, deficientes físicos, anões...

Conforme assevera José João Abrantes¹⁹⁶:

A reserva da vida privada do trabalhador ,o direito à autodeterminação da sua imagem, o direito a não ser discriminado, à objecção de consciência, à liberdade de expressão, etc., são temas actuais, altamente controversos, que colocam inúmeras questões, no inevitável confronto com a lógica e os valores empresariais, podendo até dizer-se que a relevância dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito do contrato de trabalho representa a manifestação mais marcante de uma nova concepção da relação de trabalho, dominada primordialmente pelas ideias de qualidade de vida e de realização pessoal do trabalhador”

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 208.

¹⁹⁶ WANDERLEY, Maria do Perpétuo Socorro *apud* ABRANTES, José João, In: Contrato de trabalho e direitos fundamentais. P. 203.

A questão primordial, outrossim, é que se deve defender o direito ao trabalho digno de todos, mas, desde que sejam estabelecidas condições saudáveis de exercício, e que seja garantido o mínimo de salubridade e decência na execução do labor.

Essa questão da (in)salubridade é, de toda, uma questão bastante problemática, sobretudo no que concerne a legislação pátria brasileira (tanto a Constituição Federal como a Consolidação das Leis trabalhistas), por exemplo, posto que ao mesmo tempo que os direitos trabalhistas estão previstos no artigo 7º¹⁹⁷ da Carta Magna, no Capítulo dos Direitos Sociais e Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, garantindo aos trabalhadores, portanto, a oportunidade de um exercício digno do seu labor, também admite a possibilidade de pagamento do adicional de insalubridade em razão da existência de condições insalubres de trabalho¹⁹⁸.

Deve-se, portanto, admitir que o trabalhador continue exercendo suas atividades, mesmo em situação de insalubridade, porque necessita do trabalho? E, ademais disso, pagar-lhe um adicional ao seu salário? Ou não se deveria proibir de qualquer maneira todo trabalho em condições insalubres?

Assim como no Brasil, vemos recorrentemente trabalhadores se submetendo a jornadas exaustivas de trabalho, em locais insalubres, como, por exemplo, minas de carvão – pelo fato de ter-lhes faltado estudo, oportunidade de trabalho condigno e amparo suficiente do Estado -, vemos também o caso do lançamento de anão na França, que, apesar de ter ocorrido em uma sociedade e contexto completamente distinto, tem, provavelmente, na mesma falta de oportunidades (quando comparado às pessoas sem nenhuma deficiência), no mesmo desamparo do Estado, o motivo para estar se submetendo à coisificação do seu próprio eu. O carvoeiro, de uma maneira ou outra, também se torna coisa, máquina de trabalho diante dos seus empregadores e do próprio capital.

¹⁹⁷ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]Em função da previsão, o trabalho deve ser entendido enquanto Condição de Possibilidade dos Direitos Sociais, promovendo melhoria da Qualidade de Vida. É um elemento socializador, que se subordina à Dignidade, promovendo-a.

¹⁹⁸ BASILE, César Reinaldo Offa. A dignidade da Pessoa Humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas. São Paulo: Dissertação de Mestrado, 2009, p. 32.

É por isso que o caso do lançamento de anões na França não se resume à autonomia da vontade *versus* uma dignidade genérica e sem força vinculante. Nessa questão, estão envolvidos direitos que não foram assegurados pelo Estado, tais como igualdade de oportunidade e de gênero, raça, credo, religião. Estão envolvidos os valores e a dignidade de uma classe inteira, seja a dos deficientes físicos ou de qualquer outra minoria, que, naquele caso em especial, estava sendo representado por aquele anão, que, sem saber, estava ferindo a dignidade de tantos outros indivíduos que se compadeciam da mesma situação.

Estão envolvidas, também, a desconstrução e a desvalorização do que significa realmente o labor humano, ideia essa que vai muito mais além do que tornar apto o trabalhador ao consumo de bens e serviços no mercado, mas que, por outro lado, está intimamente ligado à noção de honra, respeito ao seu patrimônio moral, à sua intimidade, à sua vida privada.

Tudo isso que foi dito, sem dúvidas, está sobremaneira à frente e acima de qualquer autonomia da vontade privada, posto que são situações jurídicas que envolvem muito mais do que a relação entre particulares, mas que envolve uma carga histórica e humana de grandes proporções.

Tais explanações também podem ser analogamente utilizadas para a questão das prostitutas (certamente aquelas que “vendem” seus corpos por não ter outra opção de garantir seu mínimo existencial), bem como para àquelas participantes dos chamados *peep shows*¹⁹⁹.

Chega-se, portanto, ao fim dessa breve análise acerca das relações laborais e sua dignidade humana, concluindo-se que, não se pode, de nenhum modo, admitir a execução de trabalhos indignos, insalubres ou forçados, em condições de exercício que não se identifique com a noção verdadeira de dignidade humana.

Não é apenas a proibição da instrumentalização do ser humano que corresponde à autonomia enquanto exigência de respeito da dignidade da pessoa humana. O sentido essencial, portanto, da definição de dignidade está centrado na impossibilidade da pessoa ser tratada como mero objeto²⁰⁰; volta-

¹⁹⁹ Apresentação em que uma pessoa se submete, como objeto à vontade de outra.

²⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 62.

se, então, ao imperativo categórico de Kant, em que o indivíduo não pode mais ser tratado como um meio para atingir objetivos, mas, somente, como um fim em si mesmo.

Toda essa abordagem, em diferentes quadrantes, põe em destaque a evidência do pensamento de que a dignidade da pessoa humana, como fruto de uma construção histórica, deve ser o princípio máximo informador e construtor da hermenêutica constitucional, em que todos os seus valores se direcionam à concretização dos direitos fundamentais como base normativa e antropológica do Estado Democrático de Direito.

Esse princípio condicionante da vida em sociedade, também tem como ponto expoente o limite à autonomia da vontade e a autodeterminação do indivíduo, operando para coibir os excessos e garantir a proporcionalidade de direitos e garantias a todos os seres humanos.

3.2.2 O caso da tortura salvadora: a proibição absoluta da tortura *versus* a defesa de vidas inocentes²⁰¹

Este tempo fértil de situações conflituosas nos colocam diante de dilemas polêmicos e de difícil resolução. São valores díspares e essenciais que estão envolvidos, em que, à primeira vista, não se pode (ou não se deve) abdicar de um em prol do outro, o que, por fim, leva-nos a um impasse paradoxal e, ao que tudo indica, sem solução.

Estar-se a falar do debate - reacendido então pelo pânico generalizado sentido pelas nações que sofreram (ou sofrem) ataques terroristas -, existente entre a proibição absoluta da tortura e a necessidade imperiosa de impedir novos atos que põem em causa a vida de muitos inocentes.

A proibição absoluta da tortura, entendimento fortemente consolidado tanto no Direito Internacional²⁰², quanto na generalidade dos direitos

²⁰¹ Esse tópico fora desenvolvido pela autora a partir de investigações direcionadas pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais em sua turma de Direito Constitucional do Mestrado em Direitos Fundamentais, tendo como resultado o relatório “A tortura e o estado democrático de direito: deve-se sacrificar a dignidade da pessoa humana em nome da segurança?” a título de avaliação.

²⁰² Art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; Art. 3º da convenção Europeia de Direitos Humanos; Art. 5º, n.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos; Art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos; Art. 2º da Convenção da Organização das

nacionais²⁰³, nasceu como resultado dos sentimentos jurídicos pós segunda guerra mundial, bem como pós ditaduras militares, em que o Estado, de forma alguma e para nenhum fim, poderá torturar. Construiu-se, portanto, no que concerne à essa temática, um espesso muro de proteção, um “tabu”, não somente coberto por uma proibição de ação, mas também por uma proibição de tematização e discussão.²⁰⁴

No entanto, o debate que ora se acende não concerne à proibição da tortura no que se refere à tortura-pena, por muito tempo praticada como consequência jurídica do delito; ou a tortura-prova, utilizada como meio de obtenção de elementos probatórios no processo penal; mas sim, sobre um novel instituto, chamado de tortura preventiva ou tortura de salvamento²⁰⁵, relacionada a situações de escolha trágica.

A propósito da tortura salvadora, essa é uma situação peculiar de colisão de pelo menos dois valores (*tragic choice- situation*) em que o respeito à dignidade humana de um indivíduo só é possível à custa da violação da dignidade humana de outro²⁰⁶. *“Trata-se, no fundo, de situações de tortura forçadas pelo dilema moral ou pela escolha trágica em que se vê colocada a autoridade pública que, para evitar um mal maior – a morte de pessoas inocentes, por exemplo- recorre à tortura altruísta, ou seja, utilizada em situações de emergência com estrita finalidade de salvar vidas humanas (...)”*²⁰⁷.

Adentra-se, então, em outro viés da discussão, segundo o qual um Estado de Direito que autoriza o procedimento de tortura por meio de seus

Nações Unidas contra a tortura e outras penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

²⁰³ V.g. Art. 5 °, III, da Constituição Federal Brasileira de 1988; Art. 25 °, n. 2 da Constituição Portuguesa; Art. ° 104, 1, da Constituição Alemã.

²⁰⁴ MOURA, Bruno. A propósito da chamada tortura salvadora: outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, 2013, p.231.

²⁰⁵ Beccaria rejeita em sua obra a espécie da tortura como punição, no entanto, dedica-se à tortura para salvamento, entendendo que deve ser aplicada ao réu quando “enquanto se forma o processo, ou para obriga-lo a confessar algum delito, ou pelas contradições em que incorre, ou para descobertas dos cúmplices, ou para não sei que metafísica e incompreensível purgação da infâmia, ou finalmente por causa de outros delitos de que poderia ser culpado, mas de que não é acusado”. BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Tradução de José Faria Costa, Revisão de Primola Vigiano, 4ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p.92.

²⁰⁶ MOURA, Bruno. A propósito da chamada tortura salvadora: outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, 2013, p.232.

²⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 202.

agentes oficiais, não pode ser, portanto, considerado Estado de Direito. Por outro lado, se o Estado não tortura, abandona um inocente ao imprevisível destino.

No caso concreto, todavia, não estão em causa apenas os deveres morais, mas também deveres juridicamente impostos, sobretudo às autoridades públicas, as quais têm o dever de observância da dignidade humana, mas também de proteção à essa mesma dignidade, bem como de outros direitos fundamentais.²⁰⁸

Temos, assim, como exemplo, o caso paradigma da bomba-relógio (*ticking time bomb*), em que sendo certo que foi colocada uma bomba-relógio em um determinado local (um aeroporto, estádio de futebol) e que esta, em pouco tempo, explodirá, convém-se submeter aquele indivíduo capturado e que tem fortes indícios de saber o local onde foi colocada a bomba a algum tipo de ameaça, pressão ou tortura?

Outro exemplo controverso relativo à mesma análise é o caso Daschner, ocorrido na Alemanha, em que um estudante de direito sequestrou uma criança de 11 anos, exigindo o pagamento do resgate. Capturado, e se negando revelar a localização do cativo, o vice-presidente do departamento de polícia de Frankfurt ordenou a coação do suspeito por meio da ameaça de tortura.

A primeira grande questão é se seria possível, levando-se em consideração os dois exemplos citados alhures, a existência de uma analogia com o cenário do “tiro fatal”, em que é admissível um policial matar um criminoso para salvaguardar bens relevantes ou salvar vidas ameaçadas.

Conforme o Doutor Jorge Reis Novais, seria uma análise que seguiria a lógica de que “se admitimos o *mais* (que seria a morte do suspeito), também deveríamos admitir o *menos* (qual seja a dor física)”²⁰⁹.

O que se pretende com esse tópico, é, senão, portanto, analisar (ainda que de forma sucinta) se “ainda existe lugar para a existência de normas ‘irrenunciáveis’ – como a garantida da dignidade da pessoa humana – em uma sociedade hipercomplexa onde o sistema jurídico se mostra cada vez mais

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016, p. 204.

suscetível à maleabilidade”²¹⁰ ou se predominará a lógica da ponderação no que se refere à dignidade da pessoa humana, fazendo ir a baixo todo o debate jurídico filosófico em que restou fortemente consolidada a ideia de rigidez e caráter absoluto – em tese, como será visto - desse princípio.

Apesar da tradicional força da proibição de torturar, o seu envoltório dogmático não se apercebe como um conteúdo pacificado. Até mesmo o seu conceito, apesar de majoritariamente uniformizado, ainda sugere consideráveis dúvidas e discussões, não só no que diz respeito à sua definição e a seu sujeito ativo (somente o Estado, ou também o particular?), mas também -e, sobretudo- ao limite da intensidade (qual é o ponto que delimita os maus tratos da tortura?) e a sua equiparação entre a ameaça de tortura e a sua efetiva realização.

De acordo com Silva Dias²¹¹, em seu artigo “Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror”, a ameaça de tortura também deve ser considerada tortura, posto que não há distinção entre “tortura boa” e “tortura má”²¹².

Isso porque apesar das Convenções e as leis referirem-se sempre à inflicção de sofrimento psicológico agudo, não se tem como mensurar qual ameaça, qual pressão implicará em sofrimento psicológico agudo, isso porque o grau de sofrimento face à uma ameaça varia de pessoa para pessoa. Para esse autor, portanto, não deve haver grau de gravidade a se tomar em consideração.

Todavia, a ameaça de privação de liberdade, de privação de comida, de sono, de inflicção de dores, ou qualquer outro tipo de ameaça nunca será admissível? A ameaça nesses casos já implicará um sofrimento psicológico agudo ou tal gravidade só se verificará com a efetivação do mal ameaçado?²¹³

Para discutir essa problemática não se tem como deixar de mencionar o famoso caso Daschner e a sua consequente decisão judicial proferida pelo

²¹⁰ MOURA, Bruno. A propósito da chamada tortura salvadora: outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova? Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 101, 2013, p. 233-234.

²¹¹ DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, v 71, 2012, p. 215 et seq.

²¹² Ibidem, 211.

²¹³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Uso da tortura e impedimento de actos terroristas. Multiculturalismo e Direito Penal, Lisboa, v. 1, 2012. p.40.

tribunal alemão. Este é o exemplo mais emblemático para proceder à essa discussão.

No caso em questão, uma criança foi sequestrada e o suspeito pelo crime, detido. Apesar do interrogatório, o suspeito recusou-se a revelar a localização da criança, o que fez com que o subcomandante da polícia de Frankfurt, Wolfgang Daschner, decidisse iniciar um procedimento de ameaça à tortura, para que o suspeito revela-se, então, o paradeiro do cativo. Apesar da tortura não ter sido levada a cabo, somente com a ameaça verídica e concreta, o suspeito revelou onde estava o corpo da criança, pois essa, apesar dos esforços policiais, já havia sido morta.

Nesse sentido, com fundamento no caráter absoluto da proibição legal de ameaça de exercício de violência sobre os detidos, decorrente da dignidade da pessoa humana, o subcomandante Daschner e seu subordinado, como esperado, foram condenados por terem preparado e obtido confissão de criminoso através de coação.

No entanto, apesar da normalidade aparente da condenação, a uma segunda vista, pode configurar-se incoerente a sentença do Tribunal. O subcomandante e seu subordinado foram condenados tão somente a uma pena de multa e admoestação.

Sobre este assunto, e concordando com a orientação do Doutor Reis Novais²¹⁴, ou o Tribunal, considerando as circunstâncias do caso, deveria promover a ponderação dos bens em questão e, com isso, não censurar o ato e o comportamento dos oficiais – portanto, não procedendo à condenação-; ou deveria considerar plenamente a existência de tortura do detido, com a consequente violação da dignidade da pessoa humana, fundamentando, neste sentido, a condenação dos policiais.

Entretanto, a brandura da pena aplicada aos oficiais da polícia de Frankfurt foi resultado do entendimento do Tribunal Alemão segundo o qual o que aconteceu no caso Daschner não foi em si uma violação da dignidade da pessoa humana do detido, mas, sim, uma violação ao regime legal dos deveres de tratamento para com os acusados, segundo os quais os policiais estão subordinados e vinculados.

²¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016. p. 215.

Para o Tribunal sentenciante, segundo palavras do Doutor Jorge Reis Novais, o ocorrido também não configurou prática de tortura, mas tão somente, ameaça dela²¹⁵.

Amás disso, foram levadas em consideração, também, as motivações dos agentes envolvidos, em que, conquanto as Convenções Internacionais proibam a tortura (ou ameaça de tortura, como no caso em concreto), por outro lado também proclamaram o direito à vida, configurada enquanto exercício não desproporcionado de legítima defesa de terceiros, como justificada através do recurso à teoria geral dos deveres estatais de proteção.

Em resumo, implicitamente, a justiça alemã deixou transparecer ser correto o emprego da tortura em situações extremas no intuito de salvar a vida de vítimas inocentes.

O caso Daschner abriu precedentes, então, para o retorno de uma discussão que há muito já estava adormecida: devemos admitir a necessidade de ponderação da dignidade contra outros valores, por exemplo, dignidade contra segurança, e, eventualmente, fazermos ceder a dignidade?²¹⁶ E, especificamente no que concerne ao presente trabalho: como conciliar o respeito pela Dignidade e vida de pessoas inocentes em perigo com a dignidade de um suposto criminoso prestes a cometer, por exemplo, um ato terrorista?

²¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016. p, 219. “Mesmo que, de acordo com a referida concepção ampla, abrangente, se considerasse aquela ameaça como sendo uma forma de tortura, ela não representaria, em qualquer caso, uma violação da dignidade, na lógica, que vimos sustentando, de que o conteúdo juridicamente protegido pela dignidade não se identifica com todo o âmbito normativo de proteção dos direitos fundamentais, mas, quando muito, apenas com o seu conteúdo essencial. Portanto, se nos encontrávamos na periferia dos direitos fundamentais à integridade física e psíquica, não estaríamos ainda, verdadeiramente, no quadro de uma afectação da dignidade da pessoa humana”.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 207.

4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM CONSTITUCIONAL LUSO-BRASILEIRA

No que diz respeito à própria compreensão do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica considerada em seu conjunto, como já fora visto no tópico anterior, segue-se a farta discussão em nível doutrinário e jurisprudencial.

Dessa forma, nosso objetivo nesse capítulo segundo é, portanto, apresentar e analisar como a dignidade da pessoa humana tem sido objeto de proteção, reconhecimento e promoção no âmbito das leis, da doutrina e, principalmente, da jurisprudência constitucional brasileira e portuguesa, de modo a se avaliar como se compreende e se aplica o princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional luso-brasileira.

Au début, podemos dizer que a Constituição – num sentido geral de interpretação -, assim como assevera Vieira de Andrade²¹⁷, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, repousando, portanto, na dignidade da pessoa humana, ou seja, tornando a *pessoa* fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Com efeito, uma vez que “é para a pessoa humana que o próprio mundo existe”²¹⁸, necessariamente toda a ordem jurídica assenta na noção de pessoa humana. Sendo assim, nesse contexto, o Direito Constitucional existe em função da pessoa humana e não do Estado: “se tudo o que existe no Direito é em função do homem – incluindo o próprio Estado -, então, o fenómeno constitucional nunca poderá deixar de comungar dessa mesma centralidade do humano”²¹⁹.

²¹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 97. No mesmo sentido, v. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. IV, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 197, referindo que a Constituição a respeito do seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância ao sistema de direitos fundamentais.

²¹⁸ NEVES, A Castanheira. A revolução e o Direito, in A. Castanheira Neves, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, I, Coimbra, 1995, p. 144.

²¹⁹ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 351.

Retomando a ideia já analisada formulada por Kant e São Tomás de Aquino a propósito da natureza do homem (o que é o Homem?), bem como a recondução da dignidade da pessoa humana à essência do imperativo categórico, assim também o Direito Constitucional não pode deixar de assumir essa mesma postura antropocêntrica: o arquétipo da Constituição não pode ser o Estado ou o Poder²²⁰, antes, assenta no ser humano a inviolabilidade da sua dignidade.

Como preleciona o Doutor Paulo Otero, colocando o homem no centro do fenómeno constitucional, estabelece-se a essência primordial de cada Constituição, qual seja a busca incessante de um modelo de organização do poder político que tenha por objetivo edificar uma sociedade mais justa, mais livre e mais segura²²¹.

À partida, os legisladores constituintes brasileiros e portugueses gravaram no âmago das suas respectivas Cartas Magnas a dignidade da pessoa humana como valor axiológico, conferindo unidade e sentido aos preceitos constitucionais, conseqüentemente irradiando os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

De mais a mais, segundo o alemão Christian Starck²²², a dignidade da pessoa humana é, portanto, um conceito chave constitucional para a relação do indivíduo com o Estado, sendo responsável pelo alicerce do Estado, estendendo seus efeitos jurídicos tanto sobre a organização estatal, como

²²⁰ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). Pessoa humana e direito. Coimbra: Almedina, 2007, p. 351. “Fazer do Estado o centro da Constituição e da sua análise é ainda, no limite, tributar homenagem a uma linha de pensamento transpersonalista de base hegeliana: o ensino autónomo do *Staatsrecht*, da *Allgemeine Staatslehre* ou ainda de um Direito Constitucional exclusiva e naturalmente centrado no Estado como seu pressuposto mostram-se exemplos académicos ilustrativos de uma metodologia de fidelidade a Hegel. Bem pelo contrário, encontrar na resposta à interrogação ‘Was ist der Mensch?’ o objecto da Constituição e do ensino do Direito Constitucional significa a adopção de uma postura filosófica que, ao invés de Hegel, nega ver no Estado o referencial da existência e da essência do Homem: não é verdade que ‘só no Estado é que o homem tem existência racional’, tal como se mostra inaceitável uma concepção constitucional que, defendendo encontrar o indivíduo a essência da sua liberdade no Estado, faça da integração do homem como membro do Estado o seu ‘mais elevado dever’, assim como se mostra ainda de rejeitar a ideia de que ‘o homem deve ao Estado tudo o que ele é; só nele tem a sua essência’”.

²²¹ *Idem*.

²²² STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Advogado, 2009, p. 210.

sobre a proteção e respeito aos interesses mais essenciais do homem, sendo obrigação do Estado não apenas respeitar a dignidade, mas, reiterar-se, garanti-la e protegi-la.

A partir do momento em que se considera que o Estado está obrigado a proteger a dignidade da pessoa humana, direta ou indiretamente, a dignidade passa a produzir consequências jurídicas em todos os planos e domínios da ordem jurídica. Assim sendo, a recepção constitucional da dignidade não pode ser reduzida a fato jurídico banal, na medida em que a forma como ela é constitucionalmente inserida aponta para a atribuição de uma especial relevância.

O valor da dignidade humana assume, nesse sentido “uma importância essencial não apenas como primeira referência simbólica, de toda ordem constitucional, mas também enquanto princípio de onde decorrem as consequências práticas próprias da irreduzível inconstitucionalidade de que enfermam quaisquer violações do princípio”²²³.

Por conseguinte chegou-se a afirmar que dignidade da pessoa humana atua como o “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais²²⁴.

Neste contexto, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais (não podendo confundir-se com tais direitos), razão porque, para muitos, justifica-se sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

No mesmo sentido, o insigne professor Jorge Miranda, entendeu tratar-se de um “princípio axiológico fundamental” que ao mesmo tempo pode operar como limite transcendente do poder constituinte²²⁵.

No que concerne a essas premissas, ainda que sumariamente expostas e carentes de amplo desenvolvimento e discussão, e levando em consideração, em todo modo, o caráter normativo e, portanto, vinculante da

²²³ NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015. 1 v, p. 20.

²²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 200.

²²⁵ *Idem*.

dignidade da pessoa humana (como princípio e valor fundamental da ordem jurídica), consegue-se perceber, que não obstante as inúmeras controvérsias que porventura possam se desenvolver sobre seu alcance e conteúdo normativo, a existência de uma violação ao princípio assume uma gravidade irremissível num contexto de Estado de Direito constitucional.

Como bem assevera Paulo Otero, o Direito Constitucional reflete isso mesmo, ele é, simultaneamente, um “Direito da garantia e da desconfiança, da satisfação de reivindicações e reivindicativo de insatisfações, inquietantemente problematizante de novas soluções e pacificamente tranquilo quanto aos fins ou propósitos que devem guiar as suas soluções”²²⁶.

Portanto, fazer de cada *homem* o eixo central do fenômeno constitucional não significa dizer, entretanto, que o Direito Constitucional já tenha alcançado um modelo perfeito de organização política ou mesmo que consiga, quiçá, um dia conseguir²²⁷.

Vale lembrar, noutro pórtico, que nos deparamos aqui com um processo em constante evolução e que, de mais a mais, costuma ter resultados insatisfatórios face à importância e grandeza dos fins que norteiam o seu propósito.

4.1 CONCEPÇÃO LEGAL, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL PORTUGUESA

A dignidade da pessoa humana tem sustentáculo legal na Constituição da República Portuguesa de 1976 em diversos pontos dispersos pelo Texto Constitucional, iniciando-se em seu art. 1º²²⁸, que afirma que a República de Portugal é baseada na dignidade da pessoa humana. O art. 13²²⁹, por sua vez,

²²⁶ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). Pessoa humana e direito. Coimbra: Almedina, 2007, p. 351

²²⁷ *Idem*.

²²⁸ Art. 1º - 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.

²²⁹ Art. 13 - Princípio da igualdade

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem,

reconhece em todos os cidadãos a “mesma dignidade social”; o art. 26²³⁰, 3, impõe a incumbência de promover a “dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano”; o art. 67²³¹, 2, por exemplo, dispõe sobre o âmbito familiar, incumbindo o Estado de “regulamentar a procriação medicamente assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”; porquanto que o art. 59, 1²³², enuncia as referências à “existência condigna” e as condições de trabalho “socialmente dignificantes”; o art. 206²³³ também

religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

²³⁰ Art. 26 - Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

²³¹ Art. 67 - Família

1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.
2. Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família:
 - a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares;
 - b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade;
 - c) Cooperar com os pais na educação dos filhos;
 - d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;
 - e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana;
 - f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares;
 - g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado;
 - h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

²³² Art. 59 - Direitos dos trabalhadores

1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:
 - a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna;
 - b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar;
 - c) A prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde;
 - d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas;
 - e) À assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego;
 - f) A assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional.

²³³ Artigo 206 - Audiências dos tribunais

garante a “salvaguarda da dignidade das pessoas” através da possibilidade de os tribunais poderem determinar o carácter não público de suas audiências.

Como se pode depreender da leitura dos dispositivos da Carta Constitucional Portuguesa referenciados, conclui-se que a dignidade da pessoa humana é definida constitucionalmente como a base a qual se assenta a República, podendo, através desse alcance, ser considerado o princípio supremo da ordem jurídica lusa.

Nesse sentido, deve prevalecer, portanto, sobre quaisquer outras razões, valores, bens, interesses ou direitos que apontem em sentido divergente ou contrário²³⁴. Exemplo disso é que uma possível inconstitucionalidade, “decretada com fundamento em violação do princípio da dignidade da pessoa humana, é definitiva, irremissível, insuperável, mesmo que se procurasse superá-la através de eventual processo de revisão constitucional”.

Os tribunais, por sua vez, incluindo o Tribunal Constitucional, têm se habilitado a recorrer ao princípio para decidir casos de grande complexidade.

No entanto, assim como em diversas outras ordens jurídicas, a exemplo da brasileira, como se verá a seguir, o significado da dignidade da pessoa ainda remanesce obscuro, incompleto e duvidoso no constitucionalismo português, o que ainda faz perdurar a incerteza acerca do seu conteúdo normativo.

Independentemente dessa opinião relativa ao seu sentido, seja como valor moral, seja como referência identitária das sociedades (o ímpecto conectivo, demasiadamente referido nesta tese), mister se faz observar que a Constituição Portuguesa, sem sombra de dúvidas, como se pode depreender dos seus enunciados normativos, reconheceu a dimensão jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, essa recepção constitucional do princípio, que se deu há 43 anos, impôs juridicamente a sua observância por todos os poderes do

As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento.

²³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2015, p. 9.

Estado, ficando os entes estatais, portanto, obrigados a garantir o seu respeito, à sua proteção e à sua promoção²³⁵.

Como curiosidade, assinala o insigne Professor Douro Jorge Reis Novais, que ao contrário do que vinha sendo concebido pela legislação estrangeira, a dignidade da pessoa humana só chegou verdadeiramente ao constitucionalismo português na revisão constitucional de 1951, e não na Constituição Salazarista de 1933²³⁶.

Isso porque, a Constituição Portuguesa de 1933 não integra o conjunto de documentos onde se manifestam precocemente a adesão à uma ideia de dignidade, apesar de na sua versão original, garantir, sim, às classes sociais menos favorecidas a impossibilidade e impedimento de descenderem “abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente²³⁷”.

Portanto, somente após a Segunda Grande Guerra e já depois do acolhimento do conceito de dignidade da pessoa humana em textos de Direito Internacional e em outros textos constitucionais, é que a Constituição Portuguesa, em 1951 alterou a incumbência do Estado quanto a esse princípio, que passou a ser a de assegurar às classes sociais mais desfavorecidas um nível de vida compatível com a dignidade humana”²³⁸²³⁹.

²³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2015, p. 18.

²³⁶ *Ibidem*, p. 49

²³⁷ Art. 6º da CP de 1933 – Incumbe ao Estado:

1º - Promover a unidade moral e estabelecer a ordem jurídica na Nação, definindo e fazendo respeitadas os direitos e garantias resultantes da natureza ou da lei, em favor dos indivíduos, das famílias, das autarquias locais e das corporações morais económicas;

2º - Coordenar, impulsionar e dirigir todas as atividades sociais, fazendo prevalecer uma justa harmonia de interesses, dentro da legítima subordinação dos particulares ao geral;

3º - Zelar pela melhoria de condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente.

²³⁸ Art. 6º da CP de 1951 – Incumbe ao Estado:

[...] 3º - Zelar pela melhoria das condições das classes sociais mais desfavorecidas, procurando assegurar-lhes um nível de vida compatível com a dignidade humana.

²³⁹ ALEXANDRINO, José de Melo. A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Direitos e interconstitucionalidade entre dignidade e cosmopolitismo*, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 22 e 23. José de Melo Alexandrino e José Joaquim Gomes Canotilho, no contexto da Constituição Portuguesa, afirmam, por exemplo, que o texto constitucional luso optou pela “consagração acoplada de direitos sociais e de políticas públicas”, podendo a jurisprudência do Tribunal Constitucional português ser sintetizada nas palavras contenção, diferenciação e perplexidade. Nesse contexto da contenção, diferenciação e perplexidade, José de Melo Alexandrino, no mesmo posicionamento que Reis Novais e Canotilho, explicou a *contenção* como sendo “uma clara condescendência relativamente às margens de opção

Esse sentido da consagração constitucional de um rol de direitos fundamentais que por ventura possa não se fazer presente no ordenamento jurídico vigente, mas que os respeita, garante-os e os promove, confirma a força normativa, vinculativa e concretizadora atribuída à ideia de República baseada na dignidade da pessoa humana.

Situação prática acerca dessa temática desenvolvida pela Corte portuguesa deu-se no Acórdão 349/91, segundo o qual o Tribunal se pronunciou acerca da consagração constitucional de um direito fundamental a um mínimo de sobrevivência²⁴⁰.

Nesse caso em análise, admitiu-se ser defensável que quando um direito não possa se ver garantido expressamente na CRP, mas, por não se querer abdicar de encontrar um fundamento constitucional para esse direito e por não conseguir orientá-los diretamente ao conteúdo de qualquer dos direitos fundamentais expressamente enunciados pela Constituição, elevou-se, sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte direta e imediata de direitos fundamentais²⁴¹.

Em relação à ponderação de valores e colisão de direitos igualmente tutelado (seja expressamente pela Constituição, seja pela inferência teleológica que a dignidade da pessoa humana concede) no Acórdão 349/91, o TC

política na efetivação dos direitos sociais: por um lado, porque, apelando às ideias de auto-revisibilidade, flexibilidade e ponderação holística, tem deixado praticamente à mercê do legislador a realização da dimensão principal desses direitos (mesmo relativamente ao núcleo de direitos fundamentais considerados básicos por apelo ao *standard* internacional); por outro, porque, salvo na intermitente utilização do parâmetro da proporcionalidade, não soube retirar consequências jurídicas relevantes da dimensão negativa reconhecida a certos direitos sociais”. No que concerne à *diferenciação*, Alexandrino assevera que essa se dá “na medida do favor concedido a um núcleo restrito de direitos sociais, mas também na medida do reconhecimento da natureza análoga (a de direitos de liberdade) de certas dimensões dos direitos sociais e da afirmação de um eventual conteúdo mínimo dos mesmos (além de reconhecer a presença de imposições precisas e determinadas, em certos direitos sociais)”. Por fim, o ilustre autor, no mesmo sentido que Gomes Canotilho, assevera que a jurisprudência portuguesa tem característica de perplexidade “na medida em que, na decisão mais marcante de todas (o Acórdão n.º 509/2002, sobre o rendimento social de inserção), o Tribunal Constitucional, em vez de ter procurado identificar (no decreto que retirava aos cidadãos entre 18 e 25 anos a possibilidade de acesso ao rendimento social) uma afecção ilegítima ao direito à segurança social, optou por considerar que a solução legislativa em causa atingia o direito a um mínimo de existência condigna: com isso, o Tribunal Constitucional acabou por colocar entre parênteses os direitos econômicos, sociais e culturais, resumidos a refrações sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos standards mínimos de existência”

²⁴⁰ PEREIRA, Marcos Keel. O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência dos tribunais portugueses. Uma perspectiva metodológica. Working Paper. Curso de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2002, p. 11.

²⁴¹ *Idem*.

considerou, então, em havendo colisão *entre o direito do credor e o direito do devedor a uma pensão que lhe garanta uma sobrevivência condigna, deve o legislador, para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sacrificar o direito do credor, na medida do necessário e, se tanto for preciso, mesmo totalmente, não permitindo que a realização deste direito ponha em causa a subsistência do devedor*²⁴².

Pelo exposto, claramente se percebe a importância que a Corte Constitucional portuguesa tem dado ao princípio da dignidade, elevando-a ao patamar de *valor supremo*.

Ainda no que concerne à jurisprudência do Tribunal Constitucional português, percebe-se que são nos limites do processo penal que aflora mais nitidamente a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana nos moldes da “fórmula do objeto” – que será nos próximos tópicos comentada²⁴³.

Reflete-se isso, por exemplo, nos direitos de defesa dispostos no art. 32º da Constituição, que dispõe sobre as garantias do processo criminal. Tal expressão da dignidade da pessoa humana pode ser vislumbrada, mais especificamente, como fundamento para rejeitar qualquer caráter infamante ou censurável às penas.

²⁴² TRIBUNAL Constitucional. Acórdão nº 349/91, Rel. Cons. Alves Correia. “Este preceito constitucional poderá, desde logo, ser interpretado como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes. Mas, ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63º da Lei Fundamental um direito a um mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há-de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana, condensado no artigo 1º da Constituição [cfr. o Acórdão nº 232/91 (ainda inédito)]. Ora, entre os dois direitos fundamentais de que são titulares o credor e o pensionista pode existir uma colisão ou um conflito (sobre a problemática da colisão de direitos fundamentais, cfr. J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1986, p. 495-498, e J.C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, Almedina, 1987, p.220-224) [...] O exercício do direito do credor em ver realizado o seu direito - o qual, como se viu, encontra guarida no nº1 do artigo 62º da Lei Fundamental - pode colidir com o direito fundamental do pensionista em perceber uma pensão que lhe garanta uma sobrevivência condigna, condensado, como já se referiu, ou no artigo 63º ou no artigo 1º da Constituição. Em casos de colisão ou conflito entre aqueles dois direitos, deve o legislador, para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sacrificar o direito do credor, na medida do necessário e, se tanto for preciso, mesmo totalmente, não permitindo que a realização deste direito ponha em causa a sobrevivência ou subsistência do devedor”.

²⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, (Reimpressão), 2014 p. 64.

Sobre essa situação em concreto, tem-se o Acórdão 16/84²⁴⁴ prolatado pelo Tribunal Constitucional, a respeito do art. 30²⁴⁵,3 da CRP, no qual se vê plasmada além da proibição de penas com carácter infamante, como visto alhures, também a atribuição de efeitos automáticos estigmatizantes que perturbem a readaptação social do delinquente, considerando-se, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio estrutural da República Portuguesa.

Por óbvio se faz a associação de que do princípio da dignidade decorrem os grandes princípios constitucionais da política criminal, bem como os princípios definidores da atuação do Estado de Direito democrático que estruturam a Constituição Portuguesa.

Ainda nesse pórtico, conclui-se que se da aplicação de uma pena resultasse, como efeito necessário, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, far-se-á tábua rasa daqueles princípios, figurando o condenado como um proscrito, o que constituiria um flagrante atentado contra o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana²⁴⁶.

No que tange aos direitos de personalidade e às garantias de liberdade e autonomia privada, o Tribunal tem sido contido na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando, em diferentes ocasiões, o assentimento com a visão aberta do seu conteúdo²⁴⁷. Isso porque, em diversos Acórdãos prolatados pela Corte, a exemplo do n.º 105/90²⁴⁸, que teve como

²⁴⁴ TRIBUNAL Constitucional. Acórdão n.º 16/81, Rel. Relator: Cons. Mário Afonso.

²⁴⁵ Artigo 30.º - Limites das penas e das medidas de segurança

1. Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.

2. Em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, poderão as medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade ser prorrogadas sucessivamente enquanto tal estado se mantiver, mas sempre mediante decisão judicial.

3. A responsabilidade penal é insuscetível de transmissão.

4. Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.

5. Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução.

²⁴⁶ TRIBUNAL Constitucional. Acórdão n.º 16/81, Rel. Relator: Cons. Mário Afonso.

²⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, (Reimpressão), 2014 p. 65.

²⁴⁸ TRIBUNAL Constitucional. Acórdão n.º 105/90, Rel. Cons. Bravo Serra. “Simplesmente, não pode também deixar de reconhecer-se que a ideia de «dignidade da pessoa humana», no seu conteúdo concreto — nas exigências ou corolários em que se desmultiplica —, não é algo de

relator o Excelentíssimo Magistrado Bravo Serra, o Tribunal tem entendido pela impossibilidade de uma visão atemporal da dignidade da pessoa humana, contemplando-a como um princípio de dimensão cultural que se atualiza e se concretiza nas ordens jurídicas²⁴⁹.

Sobre o Acórdão em destaque (105/90), a propósito do requerimento de divórcio, e mais ainda, do profundo debate acerca do valor da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico português, Maria Lúcia Amaral²⁵⁰ esclarece que o Tribunal Constitucional Português sustentara o alcance prescritivo do princípio da dignidade, afirmando, categoricamente, que não se nega que a dignidade da pessoa humana é, portanto um valor axial e nuclear da constituição portuguesa, inspirando e fundamentando todo o ordenamento.

Nesse sentido, válido é o destaque do seguinte excerto do Acórdão, *in verbis*:

Não se nega, decerto, que a dignidade da pessoa humana seja um valor axial e nuclear da Constituição portuguesa vigente, e, a esse título, haja de inspirar e fundamentar todo o ordenamento jurídico. Não se trata efectivamente — na afirmação que desse valor se faz logo no artigo 1.º da Constituição — de uma mera proclamação retórica, de uma simples «fórmula declamatória», despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor — o valor eminente do homem enquanto «pessoa», como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua «unidade existencial de sentido» — como um verdadeiro *princípio regulativo* primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de «validade» das respectivas normas». E, por isso, se dele não são dedutíveis «directamente», por via de regra, «soluções jurídicas concretas», sempre as soluções que naquelas (nas «normas» jurídicas) venham a ser vasadas hão-de conformar-se com um tal princípio, e hão-de poder ser controladas à luz das respectivas exigências. Quer tudo

puramente apriorístico e ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente «cultural». Para dizer ainda com Vieira de Andrade: o valor da dignidade da pessoa humana [...] corresponde a uma *potencialidade* característica do ser humano, que se vai actualizando nas ordens jurídicas concretas. Ora, este ponto reveste-se da máxima importância, quanto à possibilidade de emitir um juízo de inconstitucionalidade sobre determinada solução legal, com base tão-só em que ela viola esse valor, ideia ou princípio”.

²⁴⁹ *Idem*.

²⁵⁰ AMARAL, Maria Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional. In: COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da (Dir.). *Jurisprudência Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, n. 13, p. 6.

isto dizer — em suma — que o princípio da «dignidade da pessoa humana» é também seguramente, só por si, padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas²⁵¹.

Importante também é o destaque a se fazer a um dos mais emblemáticos casos apreciados pela Corte Constitucional Portuguesa, o qual resultou no Acórdão de n° 509/02²⁵², sob a relatoria do excelentíssimo Conselheiro Luís Nunes de Almeida.

Nessa decisão, o TCP se pronunciou pela inconstitucionalidade do Art. 4°, n° 1, do Decreto da Assembleia da República n° 18/IX²⁵³, que tinha por objetivo proceder com a revogação do rendimento mínimo garantido previsto na Lei n° 19-A, de 29 de junho de 1996, substituindo-o pelo rendimento social de reinserção.

O juízo de inconstitucionalidade deu-se em virtude do dispositivo analisado ter passado a restringir a titularidade do rendimento de inserção social somente aos cidadão maiores de 25 anos, retirando das pessoas entre os 18 e os 25 anos o direito ao rendimento social de inserção a que anteriormente tinham acesso²⁵⁴.

A importância dessa decisão deriva da fundamentação desenvolvida pelo Tribunal no sentido de reconhecer a dimensão objetiva do princípio da

²⁵¹ TRIBUNAL Constitucional. Acórdão n° 105/90, Rel. Cons. Bravo Serra.

²⁵² TRIBUNAL Constitucional. Acórdão n° 509/802, Rel. Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida.

²⁵³ Artigo 4.º - Titularidade

1 - São titulares do direito ao rendimento social de inserção as pessoas com idade igual ou superior a 25 anos e em relação às quais se verifiquem os requisitos e as condições estabelecidos na presente lei.

2 - Poderão igualmente ser titulares do direito ao rendimento social de inserção as pessoas com idade inferior a 25 anos e em relação às quais se verifiquem os demais requisitos e condições previstos na presente lei, nos seguintes casos: a) Quando possuam menores a cargo e na sua exclusiva dependência económica; b) Quando sejam mulheres grávidas; c) Quando sejam casados ou vivam em união de facto há mais de um ano.

²⁵⁴ TRIBUNAL Constitucional. Acórdão n° 509/802, Rel. Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida. II – Fundamentação: “E, mais adiante, instado para concretizar as medidas que foram tomadas para compensar os jovens entre os 18 e os 25 anos, o mesmo membro do Governo, depois de esclarecer que, face à escassez de recursos, «em política social há uma questão fundamental, que é ter prioridades, e ter prioridades significa escolher umas coisas em detrimento de outras», logo acrescentou: Portanto, a nossa ideia é a de que para este grupo dos 18 aos 25 anos – considerando, repito, que esta é uma prestação de último recurso – há muitas e melhores soluções de opções prioritárias, designadamente nos programas de emprego, de formação profissional, de formação qualificante, de aprendizagem, de combate à toxicod dependência [...] onde devem radicar as questões fundamentais destes jovens, onde lhes pode ser garantida autonomia, independência, dignidade cívica e capacidade laboral e não, pura e simplesmente, ser alimentados através de subsídios [...]”.

dignidade da pessoa humana, associado ao direito à segurança social, por meio da proibição de o Estado revogar normas e preceitos fundamentais que assegurem pressupostos materiais mínimos a uma existência condigna a seus cidadãos, a exemplo de prestações pecuniárias²⁵⁵.

O Tribunal Constitucional optou, portanto, por “fundamentar a inconstitucionalidade da norma, que suprimia as anteriores ajudas e que não fornecia qualquer alternativa ou compensação eficaz, como resultando de uma violação directa do princípio da dignidade da pessoa humana”²⁵⁶²⁵⁷.

No mesmo sentido da análise acerca do papel da dignidade da pessoa humana no ordenamento legal português, bem como em sua jurisprudência e doutrina, tem-se a lição do Professor Doutor Jorge Miranda²⁵⁸, sobre a dignidade da pessoa humana, resume o princípio a partir de algumas proposições: i) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa humana individual de concreta; ii) a dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento; iii) a dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher; iv) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; vi) a dignidade determina respeito pela liberdade da pessoa, mas não pressupõe capacidade psicológica de autodeterminação; vii) a dignidade da pessoa permanece, independentemente dos seus comportamentos sociais; viii) a dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material; ix) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; x) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; xi) a dignidade de cada

²⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, (Reimpressão), 2014 p. 67.

²⁵⁶ *Idem*.

²⁵⁷ TRIBUNAL Constitucional. Acórdão nº 509/802, *op. cit.* “A jurisprudência do Tribunal Constitucional, no entanto, deduziu do art.º 1º da Lei Fundamental, que garante a dignidade do homem, um direito subjectivo aos meios necessários à existência do indivíduo. Num acórdão de 18 de Junho de 1975, o Tribunal decidiu que a assistência social faz parte das obrigações de um Estado Social «que decorrem do próprio conceito»; e que deve ser garantida uma existência «digna». Dada a diversidade dos meios possíveis para atingir esse fim, é o legislador que decide quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio, se não se tratar do «mínimo indispensável». Esse mínimo é, pois obrigatório e poderia eventualmente ser invocado perante a jurisdição administrativa”.

²⁵⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 199-215.

pessoa é um *prius* em relação à vontade popular e, por fim, xii) a dignidade da pessoa está além da cidadania portuguesa.

No mesmo sentido, o Professor Doutor Jorge Reis Novais²⁵⁹ destaca que a dignidade da pessoa humana ascende nos nossos dias como valor supremo por parte do Estado de Direito, garantindo aos indivíduos uma posição absoluta da igualdade nos fins e modos de vida, o que no modelo de um Estado Democrático se traduz na recepção constitucional (expressa, ou não) do núcleo de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Para os insígnis juristas Canotilho e Vital Moreira²⁶⁰, por sua vez, asseveram que a dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio-limite no ordenamento jurídico português, mas um valor próprio, com dimensão normativa específica, que está na base e no fundamento do direito à vida, ao desenvolvimento da personalidade, à integridade física, entre outros.

Apesar da breve explanação acerca da concepção legal, doutrinária e jurisprudencial portuguesa do princípio da dignidade da pessoa humana, compulsando alguns Acórdãos que valem o destaque, percebe-se que a Ordem Constitucional Portuguesa, inserindo-se também nesse viés a sua jurisprudência, recepcionam a dignidade como um verdadeiro pilar de sustentação e elemento propulsor da adequação progressiva tanto da ordem infraconstitucional, como da ordem constitucional propriamente dita.

4.2 CONCEPÇÃO LEGAL, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Do exposto nos capítulos precedentes, viu-se que os princípios gerais de direito passaram de fonte subsidiária nos Códigos à fonte primária de normatividade, incorporando, na nova ordem jurídica, seus valores supremos, dos quais, conseqüentemente derivam os direitos e garantias fundamentais²⁶¹.

²⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, (Reimpressão), 2014 p. 51 e 52.

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 2. ed Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 198-200.

²⁶¹ CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e o fim do direito : a positivação da dignidade da pessoa humana / Agenor Casaril. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto alegre, n.62 (Nov.2008-Abr.2009), p. 105.

Inquestionável é o compromisso do Estado Constitucional contemporâneo, compreendido, por sua vez, como um Estado Democrático de Direito, pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira, de 05 de outubro de 1988, por sua vez, encontrou sua melhor expressão em seu artigo 1º, inciso III²⁶², sendo a dignidade da pessoa humana erigida pelo legislador constituinte a fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil²⁶³.

Inserindo tal princípio na composição constitucional, o legislador constituinte definiu, de forma categórica, a adoção de princípios e valores na estrutura constitucional brasileira, com destaque, é claro, para a dignidade da pessoa humana na meritória função de norma fundamental do ordenamento.

Vale notar, preliminarmente, que ao examinar jurídico-normativamente a dignidade da pessoa humana no âmbito do ordenamento constitucional brasileiro, verifica-se que, diversamente de outras ordens jurídicas²⁶⁴, a dignidade da pessoa humana não está incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º da CF/88), conferindo a ela, como já reiterado inúmeras vezes, a condição de princípio e valor fundamental.

Mas, importante lembrar, outrossim, que muito embora a dignidade esteja abarcada no rol no Título dos princípios fundamentais, isso não impede

²⁶² Art. 1º 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 - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²⁶³ CASARIL, Agenor, *op. cit.*

²⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998 : algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Ingo Wolfgang Sarlet In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa.. et al. . - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 951, nota 35.

Sarlet relembra que “assim ocorre, por exemplo, na Alemanha, onde, inexistindo título autônomo para os princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana consta no catálogo dos direitos fundamentais (art. 1º, inc. I), sendo considerada – de acordo com a doutrina majoritária e jurisprudência constitucionais – simultaneamente um direito fundamental e um princípio fundamental da ordem de valores objetiva, havendo, contudo, quem negue o caráter de direito fundamental da dignidade da pessoa humana”.

que, em diversas situações a dignidade ganhe contornos de regra jurídica, ou propriamente de fundamento de regras jurídicas, como é o caso, por exemplo, da proibição da tortura e da proibição da pena de morte²⁶⁵.

No caso da proibição da pena de morte, esta acaba por ser autoevidente²⁶⁶, já que elimina a base física da existência moral. Já nas outras situações que abrangem crueldade o ordenamento jurídico brasileiro lida com dispositivos mais abertos à interpretação ou construção de seus sentidos, tendo a sociedade e o Direito que refletirem seus valores, que vão, a cada momento histórico e social, dizer o que é ou não cruel, o que seria ou não desumano ou degradante; portanto, o que afetaria ou não a dignidade humana.

Ao olharmos a carta de direitos fundamentais brasileira, encontrar-se-á um considerável conjunto de direitos que circulam diretamente no âmbito do direito à dignidade, a exemplo da proteção à vida, expressamente consignada pelo *caput* do art. 5º²⁶⁷; o direito à integridade física, psíquica e moral, protegido pelo inciso III²⁶⁸ do mesmo artigo, ao afirmar que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; ou ainda a vedação às penas de morte, de caráter perpétuo ou cruel, trazidas pelo inciso XLVII, também do art. 5º²⁶⁹²⁷⁰.

Adite-se que a dignidade da pessoa humana também é peremptoriamente homenageada nos artigos 170²⁷¹, 226, §7º²⁷², 227²⁷³ e 230²⁷⁴

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 952.

²⁶⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 63.

²⁶⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

²⁶⁸ [...] III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

²⁶⁹ [...] XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

²⁷⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 63.

²⁷¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...].

²⁷² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e

da Constituição do Brasil. Ademais, o Brasil também ratificou e incorporou ao seu ordenamento quase todos os tratados internacionais de direitos humanos que contêm referências à dignidade.

Nessa via, impõe-se que o ordenamento jurídico brasileiro recebeu a dignidade da pessoa humana como seu núcleo básico e informador, como critério e parâmetro de valoração, que orientam a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988²⁷⁵.

Pode-se dizer, sendo assim, que a dignidade passa a ser dotada de uma força que irradia e toma para si a responsabilidade de compeli-la a critério interpretativo de todas as normas do ordenamento nacional²⁷⁶.

Nesse sentido se manifestou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posicionando-se no sentido de que a dignidade da pessoa humana é princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo e verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática²⁷⁷.

Portanto, a dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro²⁷⁸.

científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁷³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

²⁷⁴ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

²⁷⁵ RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (Im)possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO., Paulo de Tarso. Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 155.

²⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353.

²⁷⁷ STF: HC 85.237, Rel

²⁷⁸ *Idem*.

No entanto, não seriam as normas vigentes brasileiras que estariam a salvo de qualquer crítica à proteção integral aos direitos e necessidades de seus cidadãos. Apesar de não caber aqui, nesta oportunidade, tratarmos verdadeiramente acerca dos problemas nacionais mais crônicos, com o enraizamento de feições pré-modernas, como a desigualdade e a ausência de condições reais de acesso aos direitos fundamentais por parte da população menos privilegiada, tentar-se-á, mesmo que breve e simbolicamente, tecer comentários sobre os entraves enfrentados pela sociedade para a otimização e garantia do princípio da dignidade.

Daniel Sarmiento defende que o problema da invisibilidade dos mais pobres e excluídos, bem como a violação dos direitos mais básicos não estão necessariamente atrelados ao ordenamento brasileiro. O Brasil contemporâneo é detentor de boas leis que se assentam na igual dignidade das pessoas, como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Execução Penal, o Estatuto da Igualdade Racial, a Lei Maria da Penha, dentre outros diplomas.

Todavia, a desigualdade, que está enraizada na cultura brasileira, como diz Pierre Bourdieu²⁷⁹, instalada abaixo do nível da nossa consciência racional, sabota o devido emprego das normas jurídicas, que acabam não protegendo a todos os seus destinatários e se sujeitando a aplicações assimétricas pelas autoridades estatais, inclusive do Poder Judiciário²⁸⁰.

E isso ocorre inclusive com o princípio da dignidade da pessoa humana que, apesar de sua força constitucional diretiva e *suprema* é sujeita a abusos e silêncios eloquentes. Exemplo anedótico, como sugere Sarmiento, deu-se no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão que invocou a dignidade do magistrado, para obrigar os empregados do condomínio em que vive um juiz a chamarem-no apenas de “doutor” ou “senhor”²⁸¹²⁸².

²⁷⁹ BOURDIEU, Pierre. Razões Práticas: sobre a teoria da ação. Trad. Mariza Corrêa. Campinas: Papyrus, 1996; BOURDIEU, Pierre. A Economia das Trocas Simbólicas. Trad. Sérgio Miceli et al. São Paulo: Perspectiva, 1987.

²⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 57.

²⁸¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9ª Câmara Cível, Processo 2004.002.173, Rel. Des. Gilberto Dutra. A decisão do desembargador relator foi posteriormente confirmada pela 9ª Câmara Cível do TJ/RJ, por 2 votos a 1. Os termos da decisão são eloquentes: “Tratando-se de magistrado, cuja preservação da *dignidade* e de decoro da função que exerce,

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, também foi palco de caso emblemático, em que se valeu da dignidade humana para afirmar que o valor do dano moral devido por ofensas praticadas contra magistrados deveria ser maior²⁸³.

Como se pode perceber, então, a invocação da dignidade tem se tornado moeda corrente no discurso jurisdicional, a ponto de suscitar legítimas preocupações doutrinárias quanto à sua banalização²⁸⁴, motivo pelo qual esse tema se torna de extrema relevância para a conclusão da presente tese no sentido de analisar como a dignidade da pessoa humana é verdadeiramente conduzida pelos tribunais brasileiros. Esse tópico será abordado mais detalhadamente no capítulo derradeiro desse estudo.

Noutro sentido, como é de conhecimento geral, emblemático é o caso do tratamento dado aos presos no sistema carcerário brasileiro. Amais disso, quanto à questão da responsabilidade por danos morais decorrente do encarceramento em condições degradantes.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, foi instado a apreciar um recurso interposto contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que denegou o pagamento de danos morais a um preso que permanecera por cerca de cinco anos em cela superlotada, nas mais precárias, indignas e desumanas condições²⁸⁵²⁸⁶.

Em sua decisão, o STJ reverteu decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que fixou o dano moral para o preso em dois mil reais. Nesse sentido, é perceptível e translúcida – veja-se o valor estipulado para a indenização para uma *pessoa* que teve sua dignidade

e antes de ser direito do agravante, mas um dever e, verificando-se dos autos que o mesmo vem sofrendo, não somente um enorme *desrespeito* por parte de *empregados subalternos* do condomínio, mas verdadeiros desacatos, mostra-se, data vênia, teratológica a decisão do juízo *a quo* ao indeferir a antecipação da tutela pretendida. Isto posto, defiro-a de plano”.

²⁸² SARMENTO, Daniel, *op. cit.*

²⁸³ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 5ª Turma, AC 2009.34000045541, Rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF de 27/06/2013, p. 192.

²⁸⁴ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 50.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 58.

²⁸⁶ Supremo Tribunal Federal. RE 580.252, Rel. Min. Teori Zavascki. Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso manifestaram-se a favor da possibilidade da reparação de danos. O Ministro. Barroso, no entanto, entendeu que a reparação deve se dar prioritariamente pela remição da pena, e não por pagamento em pecúnia.

ultrajada pela prisão durante anos²⁸⁷ – a hierarquia (social, política, econômica) existente no processo de aplicação do Direito no Brasil²⁸⁸²⁸⁹.

Em contrapartida, é comum o STJ admitir, sem qualquer hesitação, dano moral pela devolução indevida de cheque sem fundos e por diversos outros aborrecimentos irrisórios²⁹⁰.

Podemos concluir, portanto, que a resposta a essa questão vincula-se ao fato de que a “dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que a simples circunstância de se tratar de um ser humano”²⁹¹. Pelo que se pode depreender, retornamos então à práxis greco-romana quando os direitos da polis estavam diretamente relacionados à renda e às classes sociais.

Essa visão não ontológica da dignidade humana repercute, como não poderia deixar de ser, na formação dos convencimentos e na eleição das prioridades dos magistrados e outros profissionais do meio jurídico. Neste espectro demasiadamente distorcido, os presos não são dignos, logo, os seus direitos mais básicos não necessitam ser assegurados²⁹².

Portanto, como visto no presente tópico, o principal déficit relativo à efetividade da dignidade da pessoa humana no Brasil deriva não necessariamente de uma razão jurídica ou legislativa. A problemática está em

²⁸⁷ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 58. “De acordo com os parâmetros jurisprudenciais estabelecidos pelo STJ, o valor de referência para danos morais em caso de cancelamento indevido de voo aéreo é de 8 mil reais, e de 10 mil reais para o caso de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Portanto, indenizações, que causam lesões a personalidade incomparavelmente menores às “pessoas de bem” recebem um tratamento muito mais generoso do que a prisão prolongada em condições desumanas de detentos”.

²⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 962.934, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 04/05/2011

²⁸⁹ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*

²⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 326. Como bem assevera Maria Celina Bodin de Moraes, “a reparação do dano moral corresponde à contrapartida do princípio da dignidade da pessoa humana: é o reverso da medalha. Quando a dignidade é ofendida, há que se reparar o dano injusto sofrido”. No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, “parece indiscutível que a manutenção de presos em celas superlotadas e insalubres – infelizmente, fato corriqueiro no falido e degradante sistema prisional brasileiro – atinge de modo superlativo a dignidade humana dos detentos. Nesse cenário jurídico, o que explicaria a recusa judicial ao reconhecimento do direito à indenização do preso, ou mesmo o arbitramento dos danos em valor irrisório, quando comparado à intensidade da lesão infligida à dignidade da vítima? Mais do que isso, o que estaria por trás da persistência da situação verdadeiramente infernal das prisões brasileiras, que é do pleno conhecimento de todas as autoridades competentes?”.

²⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula. Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana. Revista de Direito Administrativo, n. 254, 2010, p. 39.

²⁹² *Ibidem*, p. 55.

sua cultura popular (ou a falta dela – ou o que seria cultura?) que não concebe todas as pessoas como iguais e como igualmente dignas. Nesse diapasão, a dignidade corre o risco de, paradoxalmente, converter-se no seu inverso: um vetor utilizado para reproduzir e reforçar as assimetrias e hierarquias, “consagrando privilégios à custa do tratamento indigno dispensado a outros”²⁹³.

4.2.1 A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, norma suprema e valor-fonte do Estado Democrático de Direito

Podemos, então, dizer que os princípios positivados constitucionalmente constituem as normas supremas do ordenamento jurídico, ou seja, são consideradas as normas das normas.

Isso porque, aqui também se comunga do entendimento de que, além de os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição brasileira encontrarem – é o que sugere a sua grande parte – seu fundamento na dignidade da pessoa humana, a partir dela também se pode, como se deve, deduzir-se posições jusfundamentais como os direitos e deveres, mesmo que não expressamente positivados, de tal maneira que, neste sentido, seria possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, ainda que daí não decorra, pelo menos não obrigatoriamente, a existência de um direito fundamental à dignidade²⁹⁴.

Vale lembrar, ademais, como já fora dito²⁹⁵, que a dignidade é valor que dá unidade e coerência aos direitos fundamentais como um todo,

²⁹³ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 59.

²⁹⁴ Cf. Defendem tal posicionamento, entre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998 : algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Ingo Wolfgang Sarlet In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa.. et al. . - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 952; MAURER, Béatrice. “Notes sur le respect de la dignité humaine... ou Petite Fugue Inachevéé Autour d’um Thème Central”, in Alain Sérieux et allii. *Le Droit, Le Medicine et L’être Humain*, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 1996, p. 207; SILVA, Virgílio Afonso da, Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183.

²⁹⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 97.

independentemente destes estarem rotulados e elencados como tal nos artigos 5º (direitos e deveres individuais e coletivos), 6º a 11 (direitos sociais) e 14 a 17 (direitos políticos)²⁹⁶.

Nesse sentido, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, por exemplo, chegou a analisar tal objeto, considerando que a dignidade da pessoa humana não poderia ser negada a qualquer ser humano, ainda que sua pretensão de respeito e proteção que dela decorrem pudesse, sim, ser violada²⁹⁷.

Logo, a dignidade da pessoa humana, por inerência ao seu valor intrínseco e princípio-valor alicerce da ordem jurídica, não constitui e nem poderá ser um direito fundamental a ser concedido.

Em outras palavras, sendo, finalmente, o valor gerador, a pedra angular, a fonte fundamental da ordem jurídica, a dignidade não poderia ser concedida pelo ordenamento jurídico, porquanto ela o precede e o fundamenta.

Sendo assim, uma vez aceito que a dignidade da pessoa humana constitui norma jurídica positivada, dotada de eficácia plena e imediata, tratando-se de princípio constitucional fundamental (art. 1º, III, CF/88), conclui-se, portanto, que ela alcança a condição de valor jurídico fundamental da comunidade²⁹⁸.

Na mesma perspectiva, Jorge Miranda se manifesta sobre a temática entendendo a dignidade da pessoa humana no contexto da sua posituação constitucional como um “princípio axiológico fundamental”, operando, sincronicamente, como “limite transcendente do poder constituinte”²⁹⁹.

²⁹⁶ CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e o fim do direito : a posituação da dignidade da pessoa humana / Agenor Casaril. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto alegre, n.62(Nov.2008-Abr.2009), p. 106.

²⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998: algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Ingo Wolfgang Sarlet In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa.. et al. . - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 952.

²⁹⁸ CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e o fim do direito : a posituação da dignidade da pessoa humana / Agenor Casaril. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto alegre, n.62(Nov.2008-Abr.2009), p. 107.

²⁹⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. IV, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 200.

Em outras palavras, como preleciona Sarlet³⁰⁰, “na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional)”, razão pela qual se justificaria absolutamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa³⁰¹.

Levando em consideração, ademais, e já adiantando-se um pouco do que será visto logo adiante, que o princípio da dignidade antes de ser um mandado de otimização conforme concepção alexeniana³⁰², é norma de conduta, já que positivado, este, impõe um certo modo de agir (ou não agir), configurando-se medida e referência comportamental, com características de generalidade, obrigatoriedade e coercibilidade.

Gordillo Cañas, sobre esse assunto, considera que a Constituição materializa também uma ordem objetiva de valores, o que se dá quando a dignidade humana e os direitos de personalidade constituem as bases da ordem política e social³⁰³. Sendo assim, pode-se compreender a dignidade como expressão do “consenso social sobre os valores básicos”; o então “mínimo ético comum” comentado no primeiro capítulo desse estudo³⁰⁴.

Com a brevidade que a natureza desse tópico requer não poder-se-ia estender quanto a distinção necessária entre princípio e valores, contudo, mas o necessário e melhor entendimento do conteúdo da presente tese, vale o

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, *op.cit.*, p. 953

³⁰¹ FARIAS, Edilson Pereira *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, *op.cit.*, p. 955, nota 48. “Quanto a este ponto, reitera-se aqui uma particular reserva em relação ao argumento de que todos os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 podem ser reconduzidos diretamente e de modo igual ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja pela extensão do catálogo de direitos e garantias consagrado pela Constituição brasileira, seja pelas peculiaridades de algumas normas de direitos fundamentais, tal como ocorre com as regras sobre prescrição em matéria de direito do trabalho, a gratificação natalina (13° salário), o dispositivo que impõe o registro dos estatutos dos partidos políticos junto ao TSE 9art. 17 da Constituição de 1988), etc.

³⁰² CASARIL, Agenor, *op. cit.*, nota 57. “O jusfilósofo alemão, em sua teoria dos Direitos Fundamentais, trata princípios e valores como categorias lógicas distintas. Como pontos de identificação, aduz que se pode cogitar de uma colisão e respectiva ponderação de princípios e assim também, uma colisão e respectiva ponderação de valores. Igualmente, a possibilidade de realização gradual dos princípios admite a contrapartida da realização também gradual dos valores. Em decorrência, a Corte Constitucional alemã elabora enunciados sobre princípios aplicáveis a valores e vice-versa, mantendo-se válido o conteúdo deles.

³⁰³ CAÑAS, Gordillo, *apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 260-261.

³⁰⁴ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*

adendo de que, com efeito, enquanto os princípios são conceito de tipo deontológico (consistente em um mandado, ou dever ser), os valores são conceitos do tipo axiológico, eu se expressam pela ideia de que algo é bom ou ruim e não que algo é ou não devido.

Como enuncia Dias Revorio³⁰⁵, parece ser adequado relacionar os valores presentes na sociedade e porventura positivados na Constituição como um finalístico *bem* porquanto que somente assim o *bem* poderia materializar-se como o que é devido. Ressalta, amais disso, que o valor é um conceito que, além de jurídico, é metajurídico, já que os valores, embora pertençam às constituições não se limitam ao mundo jurídico.

“No campo do direito constitucional, se chegaria à dessubstancialização da Constituição, dos valores superiores que propugna, da dignidade da pessoa, do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e da distinção entre lei e direito”³⁰⁶. Do exposto, podemos concluir, então, que uma norma ordena condutas, tendo por seu conteúdo um valor, no qual esse valor constitui um princípio.

Em termo gerais, no direito brasileiro, como será visto no capítulo subsequente, a jurisprudência tem aderido à ideia de que a dignidade cumpre a função de valor-fonte da ordem jurídica³⁰⁷. O Supremo Tribunal Federal, seguindo essa linha de entendimento afirma, reiteradas vezes que a dignidade humana constitui “verdadeiro valor fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”³⁰⁸.

Pelo exposto, podemos concluir, então, que se a dignidade da pessoa humana é valor jurídico e, por consequência, conteúdo material do respectivo

³⁰⁵ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 117 e 118.

³⁰⁶ VERDÚ, Pablo Lucas, *apud* CASARIL, Agenor, *op. cit.*, p. 109.

³⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998 : algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Ingo Wolfgang Sarlet In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa.. et al. . - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 953.

³⁰⁸ Acórdão proferido no HV 87.676/ES, relatado pelo Ministro Cezar Peluso.

princípio, de fato, a positivação da dignidade da pessoa humana no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil torna inquestionável sua condição de valor jurídico com força normativa fundante³⁰⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro sedimenta, portanto, a premissa de que a pessoa humana é o fim primeiro e último, alfa e ômega do direito e do Estado como valor superior da ordem constitucional³¹⁰.

4.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SE TRATA DE UMA VIGA MESTRA ABSOLUTA OU RELATIVA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO?

Sem sombra de dúvidas um dos debates mais acesos tanto na academia, quanto na jurisprudência, acerca da dignidade da pessoa humana envolve o dilema sobre seu caráter absoluto ou relativo. A orientação à primeira vista sustentada por diversos autores é, por consequência até da filosofia Kantiana, da sua fórmula do objeto e do imperativo categórico, que faz emergir uma máxima absoluta acerca da dignidade, tratando essa qualidade do princípio, portanto, como regra universal e incondicional, válida para toda e qualquer situação.

Essa orientação adotada, sobretudo pela jurisprudência constitucional alemã, considera o princípio da dignidade da pessoa humana absoluto, não se sujeitando a qualquer tipo de ponderação ou restrição. Sobre isso, Daniel Sarmento alerta, no entanto, que se paga um preço, já que somente raras vezes a dignidade é diretamente aplicado, devido à limitação do seu âmbito de incidência. Porém essa limitação é deveras importante no sentido de funcionar como um contraponto necessário à atribuição do caráter absoluto da dignidade³¹¹.

³⁰⁹ CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e o fim do direito : a positivação da dignidade da pessoa humana / Agenor Casaril. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto alegre, n.62(Nov.2008-Abr.2009), p. 110.

³¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 76.

³¹¹ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89.

O Professor Paulo Otero³¹², por exemplo, considera que a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto, que não é passível de nenhuma cedência e que goza de uma supremacia sobre as demais normas do ordenamento. No mesmo sentido seguem Vieira de Andrade³¹³ e José Afonso da Silva, que, respectivamente, entendem a dignidade como autonomia ética do homem e um valor absoluto e como base de toda a vida nacional, da República, da Federação, do País, revelando-se, também, como um valor absoluto.

Essa opinião também está expressa nas decisões dos Tribunais Constitucionais da Europa do Leste, a exemplo dos da Hungria, Lituânia e Ucrânia que tomaram a dignidade da pessoa humana como absoluta pra fundamentar a abolição da pena de morte nos respectivos ordenamentos jurídicos³¹⁴.

Francisco Fernández Segado³¹⁵, também ressalta a proeminência absoluta da dignidade da pessoa humana, a qual preside o trabalho de interpretação e implementação das demais normas constitucionais, podendo ser utilizada como fundamento autônomo e suficiente para embasar decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de preceitos que, por ventura, entrem em colisão. No entanto, ressalta a sua pouca densidade normativa.

Do mesmo modo, Ulfried Neumann, de maneira mais hostil e categórica, defende que o indivíduo sequer dispõe de sua dignidade, não podendo, portanto, renuncia-la. Tem a dignidade, portanto, caráter inato, inalienável e absoluto³¹⁶.

Contrariamente ao posicionamento que a dignidade tem caráter absoluto, a tese de Robert Alexy sustenta, como já foi visto no capítulo anterior, a possibilidade de ponderação e relativização desse valor, norma e princípio.

Especificamente no plano jurídico-constitucional, a dignidade da pessoa humana nas Constituições portuguesa e brasileira configura-se como um

³¹² OTERO, Paulo. Instituições políticas e constitucionais. Coimbra: Almedina, 2017, p. 561.

³¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 3. ed, Coimbra: Almedina, 2004, p. 113.

³¹⁴ HALMAI, Gábor *apud* RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (Im)possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO., Paulo de Tarso. Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 181.

³¹⁵ SEGADO, Francisco Fernandez *apud* RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Ibidem*, 182.

³¹⁶ NEUMANN, Ulfried *apud* RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima, *Idem*.

sobreprincípio, uma norma suprema, que funciona como valor axial e nuclear da constituição, assim como vetor paradigma para a interpretação das normas e dos valores constitucionais em colisão, como já fora visto³¹⁷.

A primeira vista essa informação pareceria confirmar o seu caráter absoluto. No entanto, apesar de confortável do ponto de vista retórico, como assevera Sarmiento, é preferível concebê-la como um princípio com amplo raio de incidência, no entanto, relativo, sob pena de adentrarmos em uma zona de pouca aceitação no que consiste a esse absolutismo encerrado³¹⁸.

Exemplo disso seria o sistema prisional brasileiro, o qual, caso levasse a dignidade da pessoa humana verdadeiramente como absoluta, deveria soltar todos os presos em condições degradantes ou transferi-los imediatamente para estabelecimentos em condições condignas³¹⁹.

Ainda no mesmo sentido, e concordando com Ingo Sarlet, percebe-se que a dignidade da pessoa humana, a qual se encontra assegurada por seus princípios e regras e mesmo sendo reconhecida como valor supremo nos ordenamentos em comento nesse tópico, é cristalino que não se trata de um axioma intangível e imponderável já que aquando de uma colisão todo valor é, por consequência viga mestra relativa e ponderável³²⁰.

Difícil é – ou quase impossível – sustentar uma visão da dignidade como princípio absoluto em uma sociedade tão plural e complexa como as hodiernas, ainda mais com o objetivo de disciplinar tantas áreas como acontece no ordenamento jurídico luso e brasileiro. Isso não quer dizer, por óbvio, que alguns de seus preceitos e mandamentos não o sejam.

Viu-se isso no Capítulo III da presente tese, em que, apesar do debate (aqui tão somente para fins acadêmicos) sobre a possibilidade da utilização da tortura como método para salvar vidas, sabe-se, que sua proibição é, por exemplo, absoluta, nada podendo jamais justificá-la.

³¹⁷ ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: Estudos em honra ao professor doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 509.

³¹⁸ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92

³¹⁹ *Idem*.

³²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150-152.

De fato, apesar da posição de destaque percebida pela dignidade da pessoa humana nas Cartas Constitucionais do Brasil e de Portugal, não seria lógico, nem tampouco verdadeiro, defender que ela é absolutamente adversa ou está a salvo de qualquer tipo de restrição ou limitação³²¹.

Diante do exposto, conclui-se que é possível, nos ordenamentos jurídicos lusitano e brasileiro a ponderação da norma em análise, seja na hipótese de colisão como princípio fundamental, seja quando fizer as vezes de vetor de interpretação, mesmo que nessa última sua ponderação seja parcial, já que a relativização ocorrerá sobre seus subprincípios e regras.

Como afirma Pontes de Miranda: “Só nos parece absoluto o que não é conhecido em sua significação mais extensa. O absoluto de hoje é a relatividade mais larga, que ainda não se sondou.”.

³²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998. 8. ed. Porto Alegre: Advogado 2010, p. 149.

5 ANÁLISE EMPÍRICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: UM ESTUDO SOBRE OS HARD CASES

Depreendendo-se do que já fora analisado até então, podemos, pois, logo concluir, que o consentimento do indivíduo, independente de qualquer ação que ele esteja envolvido, seja como sujeito ativo ou passivo, é justificativa relevante para relativizar o alcance do princípio da dignidade humana, “na medida em que possa ser invocado como fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais”³²².

Isso porque, com efeito, questiona-se como poderia a dignidade ser densificada pelo seu próprio sujeito quando, em algumas circunstâncias, o mesmo sujeito não poderia renunciar à sua autodeterminação futura ou colocar-se numa situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar sua vida de acordo com os planos individualmente e livremente concebidos.

Alguns autores chegam mesmo a indagar como poderia aceitar-se e pretender-se isto num quadro em que o próprio sujeito seria, afinal, o autor da sua dignidade e não apenas o sujeito de dignidade.

No entanto, se esse indivíduo estiver em uma situação de hipossuficiência? Se ele fizer parte de uma minoria relegada e não suficientemente amparada pelo Estado? E se aquela situação “indigna” a qual ele se sujeita seja a única e última alternativa para manter o *mínimo existencial* de sua dignidade? Ou, seja mesmo resultado do seu direito à liberdade e de autodeterminar-se? Ainda sim, a sua autodeterminação será relativizada? A sua situação de “indignidade” deverá permanecer?

Não se precisa vasculhar muito na jurisprudência para encontrar situações exemplificativas para essas hipóteses.

Para isto, escolheram-se temas que se relacionam diretamente a conflitos de direitos que englobam a dignidade como limite à soberania do povo e à autoridade, a dignidade como limite aos direitos fundamentais de

³²² NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 65.

particulares e a dignidade como limite à renúncia dos direitos fundamentais entre os particulares³²³.

É importante ressaltar, no entanto, que os acórdãos aqui selecionados não são os únicos que contêm conflitos de direitos na jurisprudência brasileira, dos quais, o Supremo Tribunal Federal utiliza a ponderação de valores. Entretanto, deles decorrem a restrição de direitos individuais que tratam dos temas relevantes e considerados pertinentes à discussão aqui proposta.

Passar-se-á, nesse momento, a analisar algumas decisões do STF que se relacionam com a dignidade da pessoa humana. Por óbvio, impossível seria analisar todas as decisões pertinentes a esse trabalho, no entanto, restringiu-se, tanto quanto possível, uma amostra que fornecesse um panorama minimamente representativo.

5.1 DIGNIDADE COMO LIMITE À SOBERANIA DO POVO E À AUTORIDADE

A doutrina e a jurisprudência majoritária (embora não uníssona, sobretudo no que concerne ao direito estrangeiro) consideram que a dignidade da pessoa humana cumpre uma dupla função, atuando tanto como limite para a intervenção do Estado e de terceiros, até mesmo, por exemplo, para efeito da proteção da pessoa contra si mesma, quanto como tarefa, tanto no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção de sua dignidade contra o próprio Estado e contra terceiros.

Amais disso, acredita-se que o Estado e terceiros (que podem ser qualquer indivíduo, inclusive particulares) devem promover ativamente a dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição do princípio, ainda mais naquilo em que o indivíduo necessita do concurso do Estado e/ou da comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais básicas³²⁴.

³²³ Apesar de serem temas que apresentam conflitos de diferentes direitos, é possível a análise de todos como conjunto, pois o STF adota como meio para solucioná-los a ponderação de valores.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998: algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda /

Nesse sentido, percebe-se que se pode ter um viés limitativo a essas ações, através das restrições aos direitos, liberdade e garantias pessoais, no sentido de, como Jorge Reis Novais³²⁵ mesmo preleciona, admitir limite aos limites dos direitos fundamentais a partir da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, mesmo quando se considera que a limitação de um direito fundamental não, é, em princípio, ilegal ou ilegítima, “a forma, a extensão e o alcance dessa restrição, ou seja, a intervenção restritiva ou a afecção negativa, do direito, necessitarão de um controle de constitucionalidade que, como já visto, é, direta ou indiretamente orientado e conformado pela dignidade da pessoa humana”³²⁶.

Uma significativa parte da doutrina, nessa estando inseridos o Professor Doutor Jorge Miranda e um dos autores clássicos mais citados nesse contexto, Wolfgang Siebert, aderem à ideia de que “todas as exigências da comunidade não são, pois, limites externos, mas limites naturalmente insitos no direito”, a qual se justifica por meio da *teoria interna ou teoria dos limites imanentes*³²⁷.

Noutro pórtico, a *teoria externa ou teoria de intervenção e de limites*, capitaneada por Carl Schmitt³²⁸, e que comunga o mesmo entendimento de Reis Novais³²⁹, é sistematicamente repetida como direitos de liberdade ilimitados, em que o seu conteúdo e a sua extensão residem completamente na vontade do indivíduo. No entanto, defende o citado autor, que qualquer norma legal, qualquer intervenção das autoridades, qualquer intervenção estatal deve ser, por princípio, “limitada, mensurável, calculável, e qualquer controlo estatal deve ser, por sua vez, susceptível de ser controlado”.

A intervenção restritiva das sentenças jurisdicionais, dos atos, atividades ou comportamentos (públicos ou privados) produzem, portanto, uma redução ou encurtamento do âmbito de proteção de um direito. Por exemplo, pode-se dizer, sendo assim, que a ingerência sobre o direito ao nome, o direito à imagem e o direito à intimidade da vida privada pode qualificar-se como

coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa.. et al. - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 963.

³²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 179.

³²⁶ *Idem*.

³²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 341.

³²⁸ SCHMITT CARL *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Ibidem*, p. 342.

³²⁹ NOVAIS, Jorge Reis, *op. cit.*

intervenção restritiva privada³³⁰, é válido lembrar, todavia, que o simples reconhecimento de uma intervenção restritiva pode não dizer nada quanto ao resultado da ponderação ou balanceamento entre direitos fundamentais conflitantes.

Também, nessa última fase de apuração das restrições e intervenções restritivas nos direitos fundamentais, haverá sempre níveis mínimos de respeito, proteção e promoção da autonomia, liberdade e bem estar individuais que, como reitera o Professor Doutor Jorge Reis Novais, enquanto exigências diretamente determinadas pela dignidade da pessoa humana, terão de ser observados sob pena de inconstitucionalidade.

Por fim, é também devido à relação existente entre o Estado e o indivíduo que os poderes públicos devem não somente reconhecer, mas como também observar a dignidade da pessoa humana como *limite aos limites*, significando dizer que da dignidade da pessoa humana resulta também, mesmo que indiretamente, a ilegitimidade de limitações à liberdade que, mesmo sem porem diretamente em causa o valor da independência moral do sujeito, possam constituir a imposição de restrições ou de sacrifícios desiguais, excessivos, desproporcionados ou desarrazoados na liberdade de ação autonomamente conformada do indivíduo.

Finalmente, dar-se-á início à análise dos hard cases, a qual será feita por meio de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que através da sua diversificada e numerosa jurisprudência tem invocado a dignidade da pessoa humana na sua relação com os direitos fundamentais de caráter negativo e positivo.

5.1.1 Caso DNA (HC 71.373-4-RS/1994)

Nesse primeiro grupo de decisões, são enquadrados julgados que aplicam a dignidade da pessoa humana como regra impeditiva de determinadas condutas, com destaque à vedação de qualquer tratamento degradante, que corresponde justamente à noção subjacente à fórmula do objeto e que, define, portanto, o que se pode considerar de conteúdo nuclear

³³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op cit*, p. 345.

do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, operando, no caso do Habeas Corpus 71.373-4-RS/1996³³¹³³² como direito de defesa negativo³³³.

Nesse Habeas Corpus, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, estava em causa a legitimidade constitucional da condução coercitiva de um suposto pai, réu em ação de investigação de paternidade, para efeitos de realização de exame de sangue com vistas a apurar a paternidade (ou não) do investigado.

À essa época, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com uma novel realidade no campo da medicina legal, numa época em que o desenvolvimento científico e genético possibilitou o exame de determinação da paternidade por meio do exame de análise genética. Nesse momento, o exame de DNA passou a assegurar a verdade total sobre a relação de paternidade sem qualquer tipo

³³¹ Cf. Habeas Corpus nº 71.373-4 – RS, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ 22.11.1996. Habeas Corpus nº 71.373 - Diário da Justiça, 22/11/1996

³³² Habeas Corpus nº 71.373 - Diário da Justiça, 22/11/1996. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185162&modo=cms>. Acesso em: 10 maio 2019. “A condução forçada de indivíduo à realização de exame de verificação de paternidade viola os princípios da dignidade humana, da integridade física, da intangibilidade do corpo humano e da legalidade. A recusa do acusado deve ser resolvida no plano jurídico e não por meio de coação física. Trata-se de habeas corpus impetrado contra decisão que determinou que o investigado fosse forçado a realizar exame de DNA para verificação de paternidade após ter se recusado a ir voluntariamente.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu a ordem ao argumento de que não se pode forçar alguém a extrair material de seu corpo, sob pena de violação dos princípios da dignidade humana e da intangibilidade do corpo humano. Além disso, afirmou-se haver ofensa ao princípio da legalidade, considerando que não há lei específica sobre a matéria.

Decidiu-se que o direito ao reconhecimento da paternidade tem cunho eminentemente pessoal e patrimonial, de modo que não se justifica sua predominância sobre o direito à integridade física e à intimidade do acusado.

Esclareceu-se, por fim, que o ordenamento jurídico brasileiro fornece consequências jurídicas à referida recusa, que dispensam a coação física. No campo civil, por exemplo, o não comparecimento da parte, depois de intimada, implica a presunção da veracidade dos fatos contra ela alegados (artigo 343, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil).

Em votos divergentes, defendeu-se que a certeza científica do exame de DNA oferece importante elemento para construção da verdade que se compatibiliza com o direito ao conhecimento da origem e à identidade da criança e do adolescente. Assim, a verdade jurídica deixaria de ser fundada em presunções para se basear na verdade científica. Entendeu-se, também, que a recusa do investigado implicaria descumprimento do dever processual de colaboração com o Poder Judiciário, previsto no artigo 339 do Código de Processo Civil. Por fim, argumentou-se que o direito privado à intangibilidade do corpo não seria absoluto, pois cederia espaço ao direito à identidade da criança, caracterizado como nítido interesse público.”

³³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998: algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa.. et al. - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 967.

de dúvida, trazendo inovações, por consequência à jurisprudência dos tribunais constitucionais³³⁴.

O professor Caio Mário da Silva Pereira ponderou, há anos, em obra sua acerca da temática sobre o progresso constante da ciência em poder conduzir a fixação do tipo sanguíneo em termos tão precisos a ponto de poder constituir elemento de convicção definitiva de hereditariedade biológica³³⁵. Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, a nova técnica acabou por materializar a premonição do respeitado jurista³³⁶.

De outro lado, observa-se uma demasiada atenção do legislador constituinte de 1988 aos direitos das crianças e dos adolescentes, como o art. 277 da Constituição Federal³³⁷ e leis extravagantes como a n° 8.069/1990³³⁸, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei n° 8.560/1992, que passou a regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

A análise que aqui se fará é, portanto, sobre a ponderação entre os direitos à inviolabilidade corporal de um lado da contenda e o direito ao conhecimento à realidade genética do outro, ou seja, nesse caso, o direito a duas crianças terem conhecimento acerca da sua filiação biológica.

Tal acórdão foi de extrema relevância para a jurisprudência da Corte brasileira, pois, pela primeira vez se defrontou com a alegação do réu à submissão ao constrangimento ilegal em face da determinação de o paciente ser conduzido “debaixo de vara”, já que a não haveria lei que o obrigasse a sujeitar-se à prova dessa natureza³³⁹.

³³⁴ LANE, Renata. O Entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais. 2004. 34 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004.

³³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos. Forense, 1977, p. 128.

³³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 86.

³³⁷ Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³³⁸ Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

³³⁹ *Idem*.

O processo, que se iniciou na 2ª Vara de família e Sucessões de Porto Alegre, teve como solução, encontrada pela douta magistrada à época, a coação do impetrante à submissão aos exames periciais cogitados:

No presente caso estão em jogo interesses de duas menores. Outrossim, pelo que está nos autos, uma das partes está faltando com a verdade e o exame dirime dúvida, estabelecendo, praticamente, em definitivo, com quem está com a verdade, desmascarando-se ou a oportunista ou o que tenta eximir-se da responsabilidade da paternidade. [...] Não há motivo para que o réu se negue ao exame, a menos que esteja com receio do resultado. Hoje com o avanço das pesquisas genéticas, é inconcebível que não seja feito tal exame neste tipo de ação. [...] Assim, determino a realização do exame, a ser realizado pelo Dr. Jobim, já compromissado. Oficie-se para a marcação de data. Deverá o réu comparecer, assim que intimado, sob pena de condução sob vara, eis que, no caso, seu corpo é objeto de direitos, não sendo cabível invocar direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo.

O Ministério Público Federal ponderou que apesar de ser certo que as perspectivas são inconciliáveis, a recusa do investigado implica descumprimento de um “dever processual de colaboração, normativamente posto no art. 339 do Código de Processo Civil, *verbis*, ‘ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade’”. “Mas, a tal *desideratum*, e quando o conflito põe-se entre a sociedade e o indivíduo para privar ou preservar a liberdade – perspectiva típica do processo penal – ninguém pode ser obrigado a autoincriminar-se”.

Amais disso, alegou também que “se, todavia, o conflito põe-se entre o filho investigante e o pai investigado a que se estabeleça, ou não, o vínculo familiar, ninguém pode furtar-se à colaboração na definição deste vínculo”.

Neste diapasão, o Ministério Público destacou que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Devendo, a incolumidade corporal, por vezes, ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Nesse caso, o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar

lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público³⁴⁰.

Em relação à resistência ao exame, o ministro Carlos Velloso salientou que também houvera resistência à obrigatoriedade da vacina, mas que há, de todo modo, um certo “fetichismo” que se costuma emprestar a certos meios de prova³⁴¹.

Registrou, ademais, *que não presta obséquio à dignidade de uma pessoa ser esta sustentada por outrem, como se fora seu pai, simplesmente porque esse outrem não quis submeter-se ao exame, ficou sujeito à pena processual de confissão ficta. Isto, vale repetir, resolve a questão patrimonial. Nessas questões, entretanto, não conta apenas a questão patrimonial. Questões como esta demonstram, alias, que o direito de família não contém disposições privatísticas, que o direito de família é muito mais público do que privado*³⁴².

Concluiu pelo direito ao filho de conhecer o seu pai biológico, alegando que esse direito se insere naquilo que a Constituição assegura à criança e ao adolescente: o direito à dignidade pessoal.

O ministro Francisco Resek apontou, no mesmo sentido, que a criança tem o direito à sua real (e não apenas presumida) identidade, e que a recusa induz à presunção de paternidade, portanto, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigando³⁴³.

Os votos vencidos, portanto sustentavam, em síntese, o caráter não absoluto do direito ao próprio corpo e do direito à integridade física e corporal, não vislumbrando uma intervenção desproporcional por conta da condução coercitiva, mormente a prioridade do direito ao conhecimento, por parte do autor, da sua descendência biológica e do correlato direito aos alimentos (além das demais consequências)³⁴⁴.

³⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 87.

³⁴¹ STF, HC 71373, p. 409 e 410.

³⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*

³⁴³ *Idem.*

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998: algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda /

Noutro sentido, o Ministro Marco Aurélio atentou-se ao abuso de poder e inegável constrangimento ao paciente, ora réu, ao determinar-se a sua submissão ao exame contra a sua respectiva vontade e, mais ainda, “debaixo de vara”, como se fosse possível colocar o paciente em uma camisa de força e então leva-lo ao laboratório para, imobilizado, ver recolhido do próprio corpo o material necessário³⁴⁵³⁴⁶.

Defendeu, também, que os princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa, referindo-se, inicialmente ao princípio da legalidade no que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Fundamentou que inexistente, portanto, lei de amparo à ordem judicial atacada no *habeas corpus* e, mesmo se houvesse, restaria essa maculada, considerando os interesses em questão pela inconstitucionalidade, trazendo à baila a Carta Política da República sintetizada por Ulisses Guimarães como “Carta-Cidadã”, a qual consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, conforme disposto no art. 5º, inciso X³⁴⁷, da Constituição Federal.

Categoricamente o ilustre ministro afirmou que “a recusa do paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente, a análise cabível e definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu”³⁴⁸.

*Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade*³⁴⁹.

coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa.. et al. - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 969.

³⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*

³⁴⁶ STF, HC 71373, p. 409 e 410.

³⁴⁷ Art. 5º, X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998: algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa.. et al. - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 969.

³⁴⁹ *Idem.*

Por fim, indagou onde ficavam, portanto, no contexto da decisão que resultou no remédio constitucional ora em análise, a intangibilidade do corpo humano e a dignidade da pessoa humana.

Seguindo o voto do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Moreira Alves e Ministro Néri da Silveira, limitaram-se a afirmar o caráter disponível do direito do autor em face da indisponibilidade do direito personalíssimo do Paciente, da inviolabilidade da intimidade e do corpo, bem como a ausência de fundamento legal para a condução coercitiva.

Acompanharam o voto do Ministro Marco Aurélio, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves, Octavio Gallotti e Celso de Mello; sendo vencidos os Ministros Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

A ementa do acórdão assim foi assim redigida *in verbis*:

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.

(STF - HC: 71373 RS, Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397)

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordaram os Ministros do STF em sessão plenária, por maioria dos votos, pelo deferimento do pedido de Habeas Corpus. O voto do ministro Marco Aurélio, foi vencedor da tese que é “irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire das próprias veias, a porção de sangue, por menos que seja, para a realização do exame”

350

³⁵⁰ STF, HC 71373, p. 420.

Ainda que não se deva formular um juízo de valor sobre acertos os erros nas decisões (que aqui, como depreende-se, seria impossível de serem analisadas na sua integralidade, completude e merecida profundidade), importa-nos, portanto, constatar a utilização do argumento da dignidade da pessoa humana aquando da colisão de direitos e dos limites aos limites dos direitos fundamentais³⁵¹.

Este acórdão teve e tem sua relevante importância em função da considerável discordância que houve entre os ministros, prevalecendo, como se viu, a tese da predominância da intimidade diante do exame de DNA, frente à resolução que o próprio sistema impõe, no plano jurídico e instrumental, que é a presunção ficta.

No entanto, além da referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, que aqui é o que nos importa analisar e, apesar de todos eles reconhecerem que a questão tratava-se de direito conflitantes, nenhum dos ministros fez alusão ao sopesamento de direitos ou ao método da ponderação de valores, comprovando que os ministros expuseram suas fundamentações já tendo definido qual o direito ou qual o lado da contenda que escolheram defender na decisão.

5.1.2 Caso da anencefalia (ADPF 54-DF/2012)

Savigny já dizia que havia um elemento verdadeiro contido em um falso princípio de um direito originário do homem sobre sua própria pessoa. Não se pode desconhecer que o homem dispõe, licitamente, de si mesmo e de suas faculdades, e que, todo verdadeiro direito, tem, por base, implicitamente este poder. No entanto, essa possessão, mesmo nossa, tem necessidade de ser reconhecida e definida pelo direito positivo.

Todavia, nossa pessoa, una e indivisível como tal, tem a faculdade de livre determinação em grande número de atos que a afetam de uma maneira direta e que se encontrariam limitados em um suposto ato de outros indivíduos

³⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998: algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa et al. - Coimbra: Coimbra Editora, 2012. - 1.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 969.

que invadirem a esfera de nossa personalidade. Ferrara, citado por Antonio Borrell Maciá, afirma, que, as faculdades de disposições do corpo humano, na verdade, constituem apenas a exteriorização de uma atividade lícita no exercício de um direito.

No entanto, quando o assunto de dispor do nosso próprio corpo e de autodeterminar-se diante dele envolve o curso de uma gestação, o embate filosófico, sociológico, político e, principalmente, jurídico, começa a ser travado. Isso porque, em muitos países, o direito à vida ainda é arraigado às origens do catolicismo e às bases religiosas que proíbem, sob qualquer circunstância a interrupção voluntária de uma gravidez.

No entanto, levando em consideração a análise desse caso específico em um Estado de Direito Laico, a justificativa legislativa para a proibição da mulher dispor do próprio corpo da maneira que melhor lhe aprouver deve ser baseado em princípios instituídos por meio da Carta Magna.

Falaremos agora sobre a possibilidade – ou não – da interrupção da gestação em caso do feto ser anencefálico³⁵². Nesses casos, o grande perigo à vida e à saúde da mulher embasam a indicação médica de se provocar o aborto e finalizar, ainda no útero materno, a vida do feto.

Vale salientar que não caberá aqui nesse momento tratarmos acerca da possibilidade ou impossibilidade do aborto *per se* no ordenamento jurídico brasileiro, sua legalização ou suas fundamentações sociais, econômicas e éticas. Deteremos-nos, por enquanto, somente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54 e à posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao caso prático.

³⁵² Cf. MOURA, Niura; GOLLOP, Thomaz. Anencefalia: Sintomas, Tratamentos e Causas. Disponível em: <<https://www.minhavidacom.br/saude/temas/anencefalia>>. Acesso em: 20 mar. 2019. Anencefalia é uma má formação do cérebro durante a formação embrionária, que acontece entre o 16º e o 26º dia de gestação, caracterizada pela ausência total do encéfalo e da caixa craniana do feto. Em 100% dos casos, o diagnóstico é dado por meio de ultrassonografia, não havendo margem de erro. Não há tratamento possível para a anencefalia. A Organização Mundial de Saúde (OMS) não recomenda tentar a ressuscitação da criança em casos de parada cardiorrespiratória. No entanto, a conduta médica ainda é variável no Brasil, podendo haver o uso de suporte ventilatório para o bebê conseguir respirar enquanto estiver vivo. O prognóstico de um bebê com anencefalia é de algumas horas ou dias, não havendo condição de sobrevivência. A gestante de um bebê anencefálico pode sofrer um acúmulo de líquido amniótico dentro do útero, fazendo com que ele não se contraia corretamente e venha a causar hemorragias durante o pós-parto. Em função da má formação craniana, esses fetos assumem posições anômalas durante o parto, podendo dificultar o processo.

Em síntese³⁵³, o caso iniciou-se em 17 de junho de 2004 quando a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS formalizou a ADPF-54. Sob o ângulo da admissibilidade, no cabeçalho da petição inicial apontou, como envolvidos, os preceitos dos arts. 1º, IV – dignidade da pessoa humana -; 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade; 6º, *caput*, - que fala sobre os direitos sociais – e, por fim, o art. 196 – direito à saúde – todos da Constituição Federal de 1988.

Afirmou, ademais, a CNTS que diversos órgãos investidos do ofício judicante, juízes e tribunais, vêm extraindo do Código Penal, em detrimento da Constituição Federal e dos seus princípios contidos nos textos mencionados, a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos, alegando, ainda que a patologia em comento caracteriza-se por tornar inviável a vida extrauterina³⁵⁴.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, à época representada pelo Doutor Luís Roberto Barroso, buscou demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstanciava aborto, enfatizando que este envolveria a vida extrauterina em potencial e que, ainda, a antecipação terapêutica da gravidez de anencéfalos não se enquadraria nas hipóteses previstas nos arts. 124 a 126³⁵⁵ do Código Penal Brasileiro³⁵⁶.

Argumentou, ademais, acerca da interpretação evolutiva do direito penal quanto à matéria, defendendo que esta estaria abarcada pela excludente de

³⁵³ STF, ADPF-54, p. 289.

³⁵⁴ Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, medicina, mediante a Resolução n. 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais.

³⁵⁵ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

³⁵⁶ STF, ADPF-54, p. 984.

ilicitude do inciso I do art. 128 do Código Penal³⁵⁷, tendo em conta o estágio atual da ciência, capaz de diagnosticar a gestação de risco antecipadamente³⁵⁸.

O arguente trouxe à baila, em sua petição inicial, a dignidade da pessoa humana, a qual seria fundamento para assegurar a integridade física e moral da mulher, seu direito fundamental à saúde, como também o afastamento das hipóteses de incidência nos tipos penais nos casos de gravidez de fetos anencefálicos.

Em seu pronunciamento, a Advocacia Geral da União³⁵⁹, manifestou-se no sentido da procedência do pedido formulado pelo arguente, afirmando ter a gestante legitimidade para decidir acerca do prosseguimento da gestação, isso porque garantiu que a rede pública de saúde estaria preparada para diagnosticar com precisão a anomalia e atender prontamente à mulher qualquer que fosse a sua decisão quanto à gravidez.

A Procuradoria Geral da República, por sua vez, em sua manifestação, ressaltou a necessidade do direito acompanhar a evolução social e tecnológica, alegando que em 1940, época da redação do Código Penal em análise, ainda não havia recursos científicos suficientes para o diagnóstico concreto de uma possível má formação genética no feto para que a pudesse contemplar como excludente de ilicitude. A Procuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira consignou, por fim que deveria ser inviável o Estado intervir nas relações privadas de modo a ofender o direito à liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva, colocando em risco a saúde da gestante³⁶⁰.

Por fim a PGR se posicionou no sentido de que a antecipação terapêutica do parto, ante a impossibilidade de vida extrauterina não violaria o direito à vida.

³⁵⁷ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

³⁵⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 79.

³⁵⁹ STF, ADPF-54, p. 1.010.

³⁶⁰ STF, ADPF-54, p. 1.022.

Como assinalou o Ministro Ricardo Lewandowski, “Interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana”. Sendo por isso, necessário se faz, então, esclarecer de que maneira o Supremo Tribunal Federal utilizou o conceito da dignidade da pessoa humana durante o julgamento.

O Ministro e relator da ADPF-54, Marco Aurélio, iniciou seu voto fazendo menção a dados estatísticos de relevância ao tema como em que no ano de 2005 cerca de 3.000 autorizações judiciais para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade de feto com a vida extrauterina foram concedidas e que o Brasil seria o quarto país no mundo com mais casos de fetos anencéfalos, ficando atrás somente do Chile, México e Paraguai.

Fez considerações acerca da diferenciação entre aborto e antecipação terapêutica do parto, informando que a análise do caso em comento se debruçaria somente em relação à anencefalia, e que esta, para o ilustríssimo ministro, não era considerado um tipo de “aborto eugênico ou eugenésico”.

Destacou que existe um confronto entre de um lado os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram ou os que estivessem para nascer -, independentemente de sua condição física ou viabilidade de sobrevivência.

Informou que “o tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”, afirmando que no caso, não haveria colisão real de direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

O Ministro Marco Aurélio, salientou, ademais, que a questão precípua seria, portanto, saber se a tipificação penal e criminalização da interrupção da gravidez nesses casos de diagnóstico específicos se coadunariam com a dignidade da pessoa humana, com o direito à vida, à saúde, à proteção da autonomia e à liberdade³⁶¹.

³⁶¹ STF, ADPF-54, p. 1.350. O Ministro Marco Aurélio, ademais, também ressaltou que o sofrimento dessas mulheres poderia ser tão grande ao ponto dos estudiosos do tema classificarem como tortura o ato de estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo. Fundamentou seu argumento nas audiências públicas que teve a participação

Sobre o caráter absoluto ou não absoluto do direito à vida defendeu que inexistia hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos fundamentais, corroborando a esse entendimento o fato de o Código Penal Brasileiro prever como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade o aborto ético ou humanitário, quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro.

Por fim, ante o exposto, julgou procedente o pedido formulado na ADPF, sopesando prioritariamente o direito da mulher em finalizar a gestação de um feto anencéfalo em detrimento da vida daquele.

O próprio Min. Marco Aurélio, em seu voto³⁶², associou, portanto a autonomia à dignidade, querendo dizer que a gestante deve ter a prerrogativa de decidir sobre o feto que está a carregar. Essa perspectiva aparenta-nos, de todo modo, interessante, pelo fato de poder perceber, então, que o Ministro considerou que somente pessoas nascidas com vida são titulares de dignidade humana, então a gestante teria motivos para chamar a si a palavra final sobre continuar, ou não, grávida.

Entretanto, não fora discutido, nem ficou tão claro em que medida isso não geraria a descriminalização do aborto, já que os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto e Carmen Lúcia, por exemplo, tentaram distanciar-se, ao dizer que essa seria uma questão completamente distinta da examinada quando do julgamento da ADPF 54.89³⁶³.

O ministro Ricardo Lewandowski, a seu turno, defendeu a legalidade dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal, enfatizando que o legislador infraconstitucional, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessa situação, isentando de pena, somente e em caráter excepcional o aborto, desde que praticado por médico, em duas únicas

de diversos profissionais da área da saúde, a exemplo da Dra. Jacqueline Pitaguy a qual informou que “obrigar uma mulher a vivenciar essa experiência é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, ao seu marido ou companheiro e aos outros filhos, se ela os tiver [...] as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial de Saúde como o direito a um estado de bem-esta físico e mental, está sendo desrespeitado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado”.

³⁶² Voto do MIN. MARCO AURÉLIO na ADPF 54.

³⁶³ RIBEIRO NETO, João Costa. Dignidade humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2013. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

hipóteses: o chamado “aborto necessário” e o denominado “aborto sentimental”. Ou seja, considerou penalmente imputável o abortamento induzido de um feto malformado.

Defendeu o princípio básico de conservação das normas, a qual deriva a presunção de constitucionalidade destas e que seria, portanto, melhor conferir-lhes uma interpretação conforme a Lei Maior, sem, no entanto, declara-las inconstitucional. No mesmo pórtico, citou a Escola da Exegese através da máxima *In claris cessat interpretativo*, ou seja, quando a lei é claro não há espaço para a interpretação.

Argumentou, outrossim, que à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, o STF só poderia exercer, portanto, o papel de legislador negativo, cabendo-lhe unicamente a função de retirar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Fundamental.

Sem mais, o Ministro Lewandowski julgou improcedente o pedido formulado na inicial considerando que a autora da ADPF estaria a requerer ao STF uma interpretação extensiva de uma norma restritiva e a elaboração de uma norma abstrata que autorizasse o aborto eugênico, usurpando, assim, a competência privativa do Congresso Nacional para criar espécies de excludente de ilicitude.

No entanto, pela análise da maioria dos votos (o que aqui não pôde ser feito com a maior propriedade e extensão), ainda não ficou claro em que medida a interrupção da gravidez guardou relação com a dignidade da pessoa humana no caso em estudo. Em geral, os votos repetiram, ainda que alguns o tenham feito *en passant*, que a dignidade humana implica direito à saúde e à integridade física.

O que se pareceu é que, nesse acórdão, os Ministros pareciam negar a existência de um conflito de direitos e princípios constitucionais, não assumindo, portanto a realização de um sopesamento de interesse de valores. Portanto, mais uma vez, percebe-se que não houve no discurso, nem na fundamentação dos Ministros da Corte, o argumento da necessária proporcionalidade para a resolução do conflito de direitos, valores e interesses.

Os Ministros Gilmar Mendes³⁶⁴ e Celso de Mello³⁶⁵, por sua vez, pareceram consistentes nas suas fundamentações ao defender, quase que na integralidade de seus votos, que os tipos penais em que o aborto está previsto simplesmente não criminalizam a interrupção de gravidez de feto anencefálico. Para o Ministro Celso De Mello, tal aborto de feto anencefálico seria simplesmente atípico.

O Min. Gilmar Mendes, no mesmo sentido, mas com outras palavras, afirmou que, embora típico, o aborto nos casos de gestação de fetos anencéfalos estaria amparado pelo estado de necessidade e pela inexigibilidade de conduta diversa. Completou, ademais que, se não se entendeu assim no anteriormente fora devido a um erro anacrônico-interpretativo.

Não obstante as exceções citadas, a opinião que, parece-nos, prevaleceu no julgamento da ADPF afirma que a dignidade não tutela o nascituro, em absoluto. A Ministra Rosa Weber, por exemplo, asseverou que “do fato de que, cientificamente, o feto possui vida não se pode derivar que tal vida seja tutelada juridicamente ou que esteja abrangida pela dignidade da pessoa humana”. Para a ministra, na melhor das hipóteses, há seria “(...) dúvida sobre aplicação da proteção à vida do feto anencéfalo, ao passo que inexistiria hesitação sobre os direitos fundamentais da gestante”³⁶⁶.

Como bem lembrou Ribeiro Neto³⁶⁷, o Ministro Marco Aurélio, insipidamente, também fez referência à máxima da fórmula do objeto de Kant, em que não se deve “(...) coisificar mulher e ferir a sua dignidade”. Ela deve “(...) ser tratada como fim em si mesma, e não sob a perspectiva utilitarista”. Em outras palavras, em uma gravidez, só um ser tem dignidade e, para o ilustre Ministro, nesse caso em específico, seria a mãe.

No entanto, não foi bem explanado e não foi deixado às claras o porquê, exatamente, o feto não possui dignidade humana. É de todo defensável asseverar que ele realmente não a tem, mas esse ponto não parece ter sido

³⁶⁴ Cf. Voto do MIN. GILMAR MENDES na ADPF 54.

³⁶⁵ Voto do MIN. CELSO DE MELLO na ADPF 54.

³⁶⁶ Cf. Voto da MIN. ROSA WEBER na ADPF 54.

³⁶⁷ RIBEIRO NETO, João Costa. Dignidade humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2013. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

suficientemente justificado e debatido no voto do relator e dos outros ministros responsáveis pela tese vencedora. O argumento chave e principal consistiu em dizer, no entanto, que a dignidade está restrita a pessoas humanas e que nascituros não são pessoas³⁶⁸.

Por fim, interessante trazer ao presente estudo o voto do Ministro Cezar Peluso, que, apesar de voto vencido, trouxe uma argumentação lúcida e precisa, e de todo coerente e consistente no que tange à interpretação do que a dignidade humana abrange. Afirmou, o Ministro, que a dignidade da pessoa humana, por óbvio, engloba a natureza humana como um todo, sem que se possa fazer qualquer distinção arbitrária, e que, a proteção da autonomia do nascituro consistiria em, precisamente, ter seus interesses juridicamente resguardados, até porque não possuiriam condições de exercê-la.

Sua Excelência também afirmou que o aborto seria uma verdadeira pena de morte ao feto, o que atentaria contra a própria ideia de um mundo diverso, igualitário e plural e contra a própria dignidade humana. Conforme o Ministro Peluso, “o simples fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana garantir-lhe-ia, apesar da deficiência, proteção jurídica e constitucional”.

Na linha argumentativa do Ministro Cezar Peluso, portanto, podemos depreender a ideia absoluta de dignidade de pessoa humana e impossibilidade de relativização, portanto, do direito à vida, na qual tanto a extrauterina quanto a intrauterina guardariam nível idêntico de dignidade constitucional porquanto a dignidade da pessoa humana não admite graus.

O Tribunal, por maioria e nos termos dos votos do Relator, assim decidiu, *in verbis*³⁶⁹.

³⁶⁸ RIBEIRO NETO, João Costa. Dignidade humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2013. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

³⁶⁹ O Tribunal, por decisão unânime, deliberou que a apreciação da matéria fosse julgada em definitivo no seu mérito,abrindo-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República.Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.08.2004.Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio,Relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Em seguida, o Tribunal, acolhendo proposta do Senhor Ministro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da argüente nova oportunidade de sustentação oral. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso. E o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segunda qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli.

Porquanto que a ementa do acórdão assim foi assim redigida:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles

anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela argüente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 20.10.2004. Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Carlos Britto, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 09.12.2004. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, entendeu admissível a argüição de descumprimento de preceito fundamental e, ao mesmo tempo, determinou o retorno dos autos ao relator para examinar se é caso ou não da aplicação do artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.882/1999, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, que não a admitiam. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.04.2005.

que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

(STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-01 PP-00021)

5.1.3 Caso Ellwanger (HC 82.424-2-RS/2003)

Sabe-se que alguns juristas utilizam-se da dignidade da pessoa humana como baliza ou limite ao direito de liberdade de expressão, ou seja, um obstáculo às ofensas proferidas coletivamente contra determinados grupos étnicos, religioso, ou, ainda contra aqueles que possuem uma determinada origem de gênero, social, de orientação sexual ou de “raça”³⁷⁰.

A título de exemplo, Jeremy Wadron³⁷¹ em seu texto *Dignity na Defamation: the visibility of hate* parece ter exatamente esse ponto de vista, no sentido de que a dignidade da pessoa humana seria, portanto, um bem jurídico a legitimar o tolhimento da liberdade de expressão, uma vez que a coletividade poderia ter sua dignidade violada.

Essa teoria, no entanto, é bastante problemática no sentido de entender a dignidade da pessoa humana, portanto, como um “limite” às importunações da sociedade e do Estado, dando o direito ao indivíduo de autodeterminasse, sobretudo, no que concerne à própria imagem, à voz, à liberdade de expressão, aos direitos autorais. Seria o gozo ao direito de estar ou ser deixado só (*right to be alone*)³⁷².

No caso o qual se irá analisar agora, o conflito existente iniciou-se a partir do fruto de um trabalho intelectual, que, à primeira vista, nada mais seria do que uma das mais variadas formas garantida à pessoa humana sobre sua autodeterminação, sua própria personalidade, do próprio corpo e de seus

³⁷⁰ NETO, João Costa Ribeiro. Dignidade humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2013. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 41.

³⁷¹ WADRON, Jeremy, *apud* NETO, João Costa Ribeiro, *op. cit.* p. 42.

³⁷² O artigo científico *The Right to Privacy* emblemizou acélebre expressão *right to be let alone*, escrito pelos Doutores Samuel Warren e Louis Brandeis.

próprios pensamentos e ideias. Seria o que se pode chamar de extensão da personalidade, ou, extensão do direito à personalidade.

Vale lembrar que nessa oportunidade serão verificados somente os argumentos oportunos e necessários ao deslinde da presente tese, sem, no entanto, estender-se aos incidentes processuais que houveram no processo em questão, sobretudo acerca de outras temáticas debatidas também no Habeas Corpus 82.424-2/RS, a exemplo do pedido de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

O caso Ellwanger, mais conhecido como o “caso da liberdade de expressão *versus* dignidade humana” no direito brasileiro foi à época de seu julgamento, extremamente emblemático por ter suscitado diversas questões ainda não discutidas na Corte, mas não somente na Corte, mas em toda a sociedade em função da colisão de direitos que fora abordada em todos os votos. A importância do caso se deu, ainda mais fortemente, devido à preocupação clara dos ministros em fundamentar a escolha de qual direito deveria prevalecer no caso concreto através do método da ponderação de direito e valores.

A dignidade da pessoa humana, como será visto, e de modo aqui decisivo à escolha desse acórdão para o presente estudo, fora utilizada como argumento preponderante sobre os demais direitos fundamentais.

O caso do senhor Siegfried Ellwanger chegou à Suprema Corte brasileira através de um *Habeas Corpus* impetrado em função de publicações de livros anti-semitas, os quais ensejaram uma discussão que envolvia a resolução da problemática sobre o anti-semitismo ser ou não ser enquadrado no crime de racismo, rechaçado pela ordem constitucional brasileira e se seria possível limitar a liberdade de expressão do autor através da proibição da publicação e comercialização de suas obras.

Basicamente a discussão que se travou teve seus contornos delimitados em razão da dignidade do povo judaico e da liberdade de expressão garantida também pela dignidade do autor.

O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, utilizou-se do princípio da proporcionalidade em seu voto, afirmando que nesse contexto, ganharia relevância “a discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes à uma sociedade pluralista”.

Alegou, também, que o princípio da proporcionalidade, quem em sua visão também poderia ser denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou mesmo princípio da proibição do excesso, “constituiria uma exigência positiva e imaterial relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um *limite do limite* ou uma proibição do excesso na restrição dos direitos fundamentais.

Ou seja, que a proporcionalidade representaria um método geral para a solução de conflitos entre princípios por meio da ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos.

Citou também um enunciado proferido por Robert Alexy em uma palestra realizada em 1988 no Rio de Janeiro em que o mesmo afirmava que o *postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei da ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a interação em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.*

Teleologicamente, concorda-se que o legislador não pretendeu expurgar a intervenção estatal no que tange a esse assunto em todas as hipóteses, pretendeu, portanto, unicamente, que a disciplina legal não crie embaraços à liberdade de informação.

No que concerne ao constituinte originário, percebe-se, todavia, que a liberdade de informação não lhes passou despercebida, havendo essa de ser exercida de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada, conforme disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

O ilustre Ministro seguiu seu voto no entendimento que se teria que admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção estatal com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade, não se podendo atribuir, portanto, a primazia absoluta da liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista já que concebida juntamente com outros valores e posta *en face* da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Daí porque, explicita Gilmar Mendes, o texto da Carta Magna ter erigido o racismo de forma clara e inequívoca como crime inafiançável e imprescritível, conforme disposto em seu artigo 5º incisos XLI e XLII, reafirmando que a liberdade de expressão, portanto, não se afigura absoluta no texto constitucional brasileiro.

Nesse viés, vale lembrar, como bem elucidado pelo Professor Doutor Canotilho³⁷³, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, vinculado não somente o judiciário, mas como também o legislador e a Administração.

Para o Ministro Gilmar Mendes, ficou claro, portanto, que não se trata, *in casu*, de obras históricas, mas sim, de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade humana dos judeus, restando para si, evidente a adequada condenação do paciente pelo Tribunal do Rio Grande do Sul ao crime de discriminação contra os judeus, fundamentado no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, com redação dada pela Lei 8.081/1990.

Por fim, concluiu que há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sendo sacrificados na hipótese de se dar amplitude absoluta e intangível à liberdade de expressão na espécie, devendo ser preservadas, prioritariamente, a dignidade da pessoa humana. Nesses termos, votou no sentido de se indeferir a ordem de *Habeas Corpus*.

³⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, 264.

No mesmo sentido, o Celso de Mello enfatizou que o fato irrecusável no presente conflito de direitos é “o abuso no exercício da liberdade de expressão, o qual não deve ser tolerado, ao contrário, deve ser reprimido e neutralizado”.

Utilizou-se, para corroborar com seu entendimento da advertência dada pelo Juiz Oliver Wendell Holmes Jr, proferida em 1919 no caso “*Schenk versus Unites States*” que vale aqui a transcrição pela lúcida e clara acentuação acerca do tema ora em análise: “A mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e assim causasse pânico”, concluindo que “a questão em cada caso é caber se as palavras foram usadas em tais circunstancia e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual (*clear and presente danger*) de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau”.

O ilustre ministro seguiu seu entendimento reiterando a subscrição do Brasil à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto San José da Costa Rica, cujo art. 13, §5º exclui do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento “toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constituía incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

Apontou também que *os postulados da igualdade e da dignidade pessoal do seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio publico.*

No que tange à ponderação de valores, o Ministro Celso de Mello entendeu, outrossim, que o método apropriado e racional para dirimir o contexto da liberdade aparentemente em conflito seria o da ponderação concreta de bens e valores no sentido de atribuir ao Estado a obrigação de atuar na defesa de postulados essenciais como a dignidade da pessoa humana e permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa ofender à “alteridade, com inaceitável ofensa de valores da igualdade e da tolerância,

especialmente quando as condutas desviantes, como neste caso, culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis ódios raciais [...]”.

Por fim, concluiu que a decisão promulgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul bem evidenciou que o senhor Siegfried Ellwanger, a pretexto de veicular críticas políticas ou de professar convicções ideológicas ou, bem como asseverou, sustentar teses de revisionismo histórico, veio a exteriorizar, na realidade, nítidos propósitos criminosos de estímulo à intolerância e de incitação ao ódio racial, razão pela qual, no caso em concreto, não há o que se falar em liberdade de expressão.

Seguindo os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, posicionaram-se os Ministros Carlos Velloso³⁷⁴ e Nelson Jobim³⁷⁵.

Divergindo dos colegas supracitados, posicionou-se o Ministro Marco Aurélio, fundamentando seu voto através da lição de Stuart Mill segundo a qual “não existe uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual [...], proteger a liberdade não é somente se manifestar em favor da liberdade de consciência e de expressão, mas principalmente, lutar continuamente contra quem quiser restringi-la”.

Prosseguiu defendendo que a garantia da expressão apenas das ideias dominantes, que acompanham o pensamento oficial do Estado ou das politicamente corretas significaria viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já pré-concebida, arraigada e pré-estabelecida pela sociedade, o que implicaria um desrespeito ao direito de pensar independentemente.

Afirmou que não deveria ser possível um cidadão ser incriminado pelo Estado quando está a divulgar ideários controvertidos ou radicais, minoritários

³⁷⁴ STF, HC 82.424/RS, p. 59. “A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da república e do Estado Democrático de Direito que adotamos- CF, art. 1º, III- ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada”.

³⁷⁵ STF, HC 82.424/RS, p. 106. “Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco”.

ou desproporcionais, uma vez que essas ideias só são assim consideradas em virtude da comparação feita com a mentalidade comunitária.

Alegou o excelentíssimo ministro, que devem ser rechaçados unicamente meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento, através de qualquer manifestação de opinião que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que verdadeiramente exponha pessoas a situações de risco.

Sobre a questão de colisão de direitos fundamentais, o Ministro Marco Aurélio assevera que esse caso necessita de uma atitude de ponderação de valores, analisando se, de fato a dignidade da pessoa humana de determinado indivíduo ou de um grupo realmente fora atacada e se esse perigo é realmente extenso, se o meio empregado para a divulgação da opinião representa verdadeira afronta violenta contra a dignidade ao ponto de necessitar que se limite a liberdade de expressão.

Concluiu o ministro informando que para ele e seguindo o entendimento do Ministro Carlos Britto não conseguiu vislumbrar, após leitura aprofundada do livro gerador do conflito em questão, qualquer informação categórica acerca da superioridade alemã sobre uma “raça” judaica, ou de que os judeus se constituíam grupo inferior.

Seguiu o voto do Ministro Marco Aurélio³⁷⁶³⁷⁷ os Ministros Moreira Alves³⁷⁸, Carlos Britto³⁷⁹.

³⁷⁶ STF, HC 82.424/RS, p. 179. “Não é a condenação do paciente por esta Corte- considerado o crime de racismo- a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir de diferentes opiniões sobre os mesmos fatos”.

³⁷⁷ STF, HC 82.424/RS, p. 195. O Ministro Marco Aurélio votou no sentido que a interpretação do inciso XLII do art.5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de criar um tipo constitucional penal aberto. As demais condutas discriminatórias (não analisadas no presente estudo – grifo da autora) são puníveis por meio da legislação infraconstitucional sobre o assunto (art.20 da Lei nº8.081/90). Sendo assim, houve prescrição do delito cometido pelo autor.

³⁷⁸ LANE, Renata. O Entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais. 2004. 34 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004, p. 26. “O ministro Moreira Alves fundamenta o seu voto

Votos vencedores no sentido do indeferimento do pedido de Habeas Corpus pelo senhor Ellwanger proferidos pelos Ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ellen Gracie, César Pulluso, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Nelson Jobim. Votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves e Carlos Britto.

Analisando, portanto, o voto dos ministros, percebeu-se que todos se preocuparam com o conflito existente entre liberdades igualmente protegidas pelo ordenamento brasileiro, utilizando-se da ponderação de valores e da proporcionalidade para o deslinde da demanda.

No entanto, vale salientar, que alguns ministros apesar de terem fundamentado seus discursos e suas decisões na própria ponderação, utilizaram-na de maneira errônea ou desnecessária. Isso porque a exemplo do ministro Celso de Mello a solução da questão era só decidir se teria havido ou não racismo, e se sim, por ter havido crime, não necessitaria, portanto, de ponderação alguma.

Do mesmo modo, Carlos Ayres Britto utilizou a ponderação de valores, mas, ao analisar o mérito da questão estabeleceu como “questão de ordem” que não houve crime, pois à época do fato, não havia lei anterior que o imputasse³⁸⁰. No mesmo sentido, Marco Aurélio afirma que o crime cometido pelo paciente prescreveu. Ou sejam utilizaram a ponderação de valores em situações as quais ela não eram cabíveis ou necessárias.

em uma interpretação restritiva do texto constitucional, limitando-se a pretensão do constituinte, que diante do elemento histórico, visando somente, à discriminação da raça negra, não fazendo nenhuma alusão à amarela, vermelha, nem a grupos humanos com características culturais próprias”.

³⁷⁹ STF, HC 82.424/RS, p. 159. “É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente, literariamente, e em parte quixotesca. E obra de que professa ideologia. Ainda que pouco verossímil”.

³⁸⁰ LANE, Renata. O Entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais. 2004. 34 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004, p. 27.

5 CONCLUSÃO

Ao longo da presente tese viu-se que a concepção de pessoa vigente nos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito, é a do ser humano como um fim em si mesmo, dotado de razão e capaz de autodeterminar-se. Essa noção é de extrema valia para a definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana que, nos sistemas constitucionais dos Estados de Direito, por exemplo, tem campo de incidência extremamente amplo, vinculando o Estado e os particulares, envolvendo prestações positivas e negativas.

Do que se viu nesse estudo, resulta, portanto que a dignidade pode ser encarada, essencialmente, em quatro óticas distintas, que, por sua vez, completam-se e excluem-se entre si: a dignidade humana é um valor universal que deve ser partilhado por todos; a dignidade humana é um princípio que pode ser invocado a par de outros, como o da igualdade, autonomia e liberdade; a dignidade é o alicerce fundamental de direitos concretos e a dignidade humana é, também, por si só, um verdadeiro direito fundamental.

O conceito de dignidade humana, como já vastamente explanado até então, tem suscitado nas últimas décadas enorme controvérsia e dúvidas preliminares que nos podem revelar-se quando procuramos apurar o seu conteúdo normativo enquanto princípio constitucional.

Foi-se necessário, então, saber-se se é verdadeiramente imprescindível entender a dignidade humana objetivamente e se o seu conteúdo normativo autônomo apresenta um sentido próprio e específico capaz de resolver adequadamente problemas jurídicos que, de outra forma, não encontrariam do poder judicial uma resposta satisfatória e efetiva com o sentido material de justiça da comunidade próprias de Estado de Direito.

Ou seja, entender se há bens, interesses ou valores dignos de proteção jurídica e que não a obtenham de maneira suficiente e adequada através das outras normas constitucionais, designadamente as de direitos fundamentais, e que careçam, por isso, da intervenção específica do princípio da dignidade humana para a proporcionar.

Como se pôde depreender, então, as questões colacionadas no presente estudo estavam sempre intimamente ligadas à relação entre o

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, não podendo ser devidamente esclarecida sem a permanente referência ao respectivo conteúdo normativo.

No ordenamento jurídico brasileiro, em especial, a dignidade da pessoa humana desempenha múltiplas funções, sendo, portanto, fundamento moral do Estado e do Direito, ímpeto conectivo e hermenêutico de todo o sistema jurídico, instrumento para a ponderação de valores de interesses em conflito, parâmetro de validade dos atos estatais e privados, *limite aos limites* e limite ao exercício de direitos, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não expressamente positivados na Constituição.

A dignidade é, portanto, um princípio constitucional que tem enorme potencial para a proteção da personalidade humana em suas diversas dimensões, no entanto, por estar reiteradamente sendo utilizado como uma fórmula retórica vaga acabou se tornando objeto corrente no discurso jurisdicional, a ponto de suscitar legítimas preocupações doutrinárias quanto à sua banalização. No cenário brasileiro, os tribunais têm sido também sensíveis ao pressuposto ideológico, a uma argumentação política e à lógica do “quanto mais melhor” , o que conduziu a uma jurisprudência maximalista de forte ativismo judicial.

Esse cenário do poder discricionário do juiz para a resolução dos *hard cases* pôde ser visto no capítulo quinto da presente tese através da análise de alguns Acórdãos do Supremo Tribunal Federal que se utilizaram da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico para embasar suas decisões.

No entanto, percebeu-se que a aplicação do princípio não se dá da maneira mais correta conforme o sistema de ponderação e análise da proporcionalidade dos casos concretos e em conflito. Tal princípio, corretamente compreendido e aplicado, se converte em um poderoso instrumento em favor da inclusão e do respeito a todas as pessoas nas estruturas sociais e nas relações intersubjetivas.

Concluiu-se, também, que a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos fundamentais, não se confundido, todavia, com eles. Amais disso não se pode considerar a dignidade um direito fundamental em si, passível de ser ponderável com os demais, porquanto ela é parâmetro de ponderação e fonte formadora das próprias normas constitucionais.

Percebeu-se, também, que apesar de intitulada valor ou princípio fundamental, norma suprema e alicerce do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana para alguns autores não possui natureza absoluta, sujeitando-se, também a eventuais restrições e ponderação. No entanto, já para a outra parte da doutrina, a dignidade tem vinculatividade absoluta, mas seu conteúdo é aberto e sua aplicação relativizada ³⁸¹.

Conclusivamente, por óbvio, deverá ela ter precedência na maior parte das situações em que entra em confronto com outros princípios, no entanto, em determinados contextos, a exemplo de situações em que a dignidade de uma pessoa entrará em conflito com a dignidade de outra pessoa, essa acabará sendo sacrificada ³⁸².

Toda essa abordagem, em diferentes quadrantes, põe em destaque a evidência do pensamento de que a dignidade da pessoa humana, como fruto de uma construção histórica, deve ser o princípio máximo informador e construtor da hermenêutica constitucional, em que todos os seus valores se direcionam à concretização dos direitos fundamentais como base normativa e antropológica do Estado Democrático de Direito.

Esse princípio condicionante da vida em sociedade, também tem como ponto expoente o limite à autonomia da vontade e a autodeterminação do indivíduo, operando para coibir os excessos e garantir a proporcionalidade de direitos e garantias a todos os seres humanos.

Além de tudo o que já foi exposto, vale lembrar que se por um acaso toda violação do direito à vida fosse também uma violação à dignidade da pessoa humana, não faria sentido a posição sistemática utilizada por diversas Constituições (a exemplo da portuguesa e da brasileira) em que a Dignidade da Pessoa Humana é considerada um valor absoluto e imponderável e, portanto, superior ao próprio direito fundamental à vida.

Portanto, a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito repele qualquer ideia de projeção do Estado como um fim em si, reconhecendo, outrossim, o indivíduo como um fim em si, como pessoa singular, e não como membro qualquer de uma realidade

³⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016. 2 v, p. 157.

³⁸² Sobre esse tema, "Dignidade contra dignidade?", cf. NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016. 2 v, p. 183.

transpersonalista como a família, uma corporação, uma classe, uma casta, uma nação ou uma raça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: introdução geral**. 2. ed. Estoril: Príncipe, 2015.

_____. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zona de diferença no confronto com a constituição brasileira de 1988**. Lisboa, 2010. Tópicos da lição proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2 de fevereiro de 2010, a juristas brasileiros da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

_____. **O papel dos tribunais na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos**. Lisboa, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2Xzy74w>>. Acesso em: 09 jun. 2019. Texto da palestra proferida na “Conferência Alusiva ao 2º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola”, organizada pelo Tribunal Constitucional de Angola e pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 5 de Agosto de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda.

_____. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: **Estudos em honra ao professor doutor José de Oliveira Ascensão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? In **Revista da Faculdade de Direito do Porto**, nº VII, 2010, p. 147-169.

_____. A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes. Canotilho: Direitos e interconstitucionalidade entre dignidade e cosmopolitismo**, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 15-37.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge (Dir.). **Revista - O Direito**. Tradução de Paulo Pereira Gouveia. Lisboa: Almedina, v. 4, n. 146, p. 817-834, out./dez. 2014. Trimestral. ISSN 0873-4372.

_____. A construção dos direitos fundamentais. In: TRIVISONNO, Alexandre Treveçsoni Gomes (Org.). **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Epub.

_____. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010. Tradução para o inglês de Julian Rivers.

ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 46, n. 1, p. 623-648, jul./dez. 2005. Semestral. ISSN: 0870-3116.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. A igualdade e a proporcionalidade: reflexões sobre a ponderação do legislador e a ponderação do juiz nas ações afirmativas. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

AMARAL, Maria Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional. In: COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da (Dir.). **Jurisprudência Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, n. 13, p. 4-16, jan./mar. 2007. ISSN 1645-9938.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed, Coimbra: Almedina, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque**: volume II. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 37-58.

_____. O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 52, n. 1 e 2, 2011, p. 29-43. Semestral. ISSN: 0870-3116.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

_____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, mai. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<https://bit.ly/2K7XYNG>>. Acesso em: 09 Jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2019.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Editora Fórum, 2012.

_____. Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes. Canotilho: Direitos e interconstitucionalidade entre dignidade e cosmopolitismo**, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASILE, César Reinaldo Offa. **A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas**. 2009. 87 f. Dissertação (Mestrado)–Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2QWAZWH>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEIGNIER, Bernard; LAMY, Bertrand de; DREYER, Emmanuel. Droit de la presse et des médias. In : **La Semaine Juridique Edition Générale**, Paris, n. 47, 22 nov. 2006. Semanal.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. Tradução Sérgio Miceli et. al. São Paulo: Perspectiva, 1987.

_____. **Razões Práticas**: sobre a teoria da ação. Tradução de Mariza Corrêa. Campinas: Papyrus, 1996.

BRITO, Miguel Nogueira de. O conceito constitucional de dignidade humana entre o absoluto e a ponderação: o caso da reprodução humana. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes. Canotilho**: Direitos e interconstitucionalidade entre dignidade e cosmopolitismo, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 151-178.

BECCARIA, Cesar. **Dos delitos e das penas**. 4. ed. Tradução de José Faria Costa. Revisão de Primola Vigiano. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Dignidade e constitucionalização da pessoa humana. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de. et al. (Coord.). **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito constitucional e justiça constitucional**, v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 285-296.

_____. Direito constitucional de conflitos e proteção de direitos fundamentais. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v. 125, n. 3823, fev. 1993, p. 293-295.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CARLUCCI, Aida Kemelmajer de; LLOVERAS, Nora. Indivíduos sem a capacidade de dar consentimento. In: CASADO, Maria (Org.). **Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO**. Tradução de Janaina de Azevedo Baladão. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2013.

CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e o fim do direito: a positivação da dignidade da pessoa humana. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto alegre, n. 62, nov./2008-abr/2009, p.93-112. Quadrimestral. ISSN 0101-6342. Disponível em: <<https://bit.ly/2XDWtdw>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

CHUECA, Ricardo. La marginalidade jurídica de la dignidade humana. In: _____ (Ed.). **Dignidad Humana y Derecho Fundamental**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 29 e 31.

CÍCERO. **Tratado da República**. Círculo de Leitores/Temas e Debates, trad., introd. e notas de Francisco de Oliveira, 2008, p. 22.

COUTINHO, Luís Pereira. Human dignity as a background idea. In: BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan. (Ed.). **Human dignity as a foundation of law: proceedings of the special workshop held at the 24th world congress of the international association for philosophy of law and social philosophy in Beijing, 2009**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag - Nomos, 2013, p. 105-115. ISBN 978-3-515-10440-1.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. **Valores superiores e interpretación constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DÜWELL, Marcus et al (Orgs.). **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EBERLE, Edward J. Human dignity in American Constitutional Law. In: BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan. (Ed.). **Human dignity as a foundation of law: proceedings of the special workshop held at the 24th world congress of the international association for philosophy of law and social philosophy in Beijing, 2009**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag - Nomos, 2013, p. 255-263. ISBN 978-3-515-10440-1.

ENGISCH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**, 7.^a ed., Lisboa, Gulbenkian, 1996.

FABRE-MAGNAN, Muriel. La dignité en droit: un axiome. **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**, Bruxelles, v. 58, 2007, p. 1-30. DOI: 10.3917/riej.058.0001. Disponível em: <<https://bit.ly/2wLBd9M>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordinamiento jurídico. **Estado e Direito: revista semestral luso-espanhola de Direito Público**, Lisboa, Lisboa, n. 17-18, 1996, p. 97-129.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Madri: Trotta, 1999.

FONSECA, Washington. Euthanasia, orthotanasia and assisted suicide: a study on the primacy of the patient's freedom of choice and ethical-legal impacts. **Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Coimbra Editora, v. 9, n. 17, jan. 2013, p.71-77. ISSN 1646-0359.

GALEAZZI, Umberto. Por uma libertação da prisão da imanência. In: PENZO, Giorgio; GIBELLINI, Rosino (Orgs.). **Deus na filosofia do Século XX**. São Paulo: Loyola, 1988.

GUEDES, Néviton. Os Princípios, as Regras e os Direitos Fundamentais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes. Canotilho: Direitos e interconstitucionalidade entre dignidade e cosmopolitismo**, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

HERVADA, Javier. Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. **Humana lura: suplemento de derechos humanos (Persona y Derecho)**, Pamplona, n. 1, 1991, p. 345-379.

HILÁRIO, Esteves Carlos. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico e teleológico do Estado angolano. **Ivstitia**, Luanda, n. 1, 2013, p.179-194.

HOFMANN, Hasso. La promessa della dignità umana: la dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**, Milão, a. 76, n. 4, out./dez 1999, p.620-650. Trimestral.

JERÓNIMO, Patrícia. **Os Direitos do Homem à escala das civilizações: Proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico**. Coimbra: Almedina, 2001.

JORION, Benoît. La dignité de la personne humaine: ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, Paris, t. 115, n. 1, jan./fev. 1999, p.197-233.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. **Crítica da razão prática**. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Ed. Bilingue.

KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Tradução (para o espanhol) de Emilio Eiranova Encinas. Madrid: Marcial Pons, 2000. ISBN 84-7248-797-0.

_____. **Filosofia do direito**. Prefácio e tradução António Ulisses Cortês. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

KERN, Gisela Hildegard. O valor absoluto da vida humana: limite para a responsabilidade civil? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, a. 4, 2007, p.79-93.

KRIEDEL, Blandine Barret. **Les Droits de l'homme et le droit naturel**. Paris: Quadriga, 1989.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LECOURT, D. **La personne humaine. Academie des Sciences**. Conférence du 26.06.2000, disponível em <http://www.academiedessciences.fr>, acesso em 20 dez, 2017.

LINDNER, Josef Frazn. **Theorie der Grundrechtsdogmatik**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. **Los Derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

MAC CRORIE, Benedita. O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: OLIVEIRA, António Cândido de (Coord.). **Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho**. Coimbra: Almedina, 2004, p.151-174. ISBN 972-40-2075-4.

MACÍÁ, Antonio Borrell. **La Persona Humana: Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1954.

MADERO, Marta. Note sur la dignité de l'homme dans le droit romain médiéval. **Droits: Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Cultures Juridiques**, Paris, n. 53, 2011, p. 241-257.

MARTINS, Ana Maria Guerra. A Proteção da Dignidade Humana no Tratado de Lisboa. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes. Canotilho: Direitos e interconstitucionalidade entre dignidade e cosmopolitismo**, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, jan. 2012, p. 473-498.

MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegria. **La dignidade de la persona como fundamento del ordenamento constitucional español**. León: Universidade de León, 1996.

MODERNE, Franck. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976**, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996-1998, p. 197-230. ISBN: 972-32-0752-4.

MARQUES, Mário Reis. A dignidade humana: minimum invulnerável ou simples cláusula de estilo? In: SOUSA, Marcelo Rebelo de. et al. (Coord.). **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito constitucional e justiça constitucional**, v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 2010. 475 f. Tese (Doutorado em Direito Público)– Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/31kM74d>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

MAURER, Béatrice. Notes sur le respect de la dignité humaine ou Petite Fugue Inachevée Autour d'un Thème Central. In : SERIEUX, Alain et al. **Le Droit, Le Medicine et L'être Humain**. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque: Responsabilidade: entre passado e futuro**, v. 1. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 933-949.

MIRANDA, Jorge. A Constituição e a dignidade da pessoa humana. **DIDASKALIA**, Lisboa, v. 29, n. 1-2, 1999, p.473-485. Disponível em: <<https://bit.ly/2K76IJG>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

_____. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV. Direitos Fundamentais.** 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?. In: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). **La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos.** Madrid: Dykinson, 2006.

_____. Terrorismo y derechos fundamentales: la perspectiva penal. In: HUSTER, Stefan; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; MOLINA, Fernando. **Terrorismo y derechos fundamentales.** Madrid: Marcial Pons, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-143.

_____. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino. **Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos.** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NEVES, A Castanheira. A revolução e o Direito. In: _____. **Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros,** vol. I. Coimbra, 1995.

RIBEIRO NETO, João Costa. **Dignidade humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.** 2013. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

ROSEN, Michael. **Dignidade – Sua história e significado.** Trad. André de Godoy Vieira. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2015

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976**, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996-1998, p. 263-335. ISBN: 972-32-0752-4.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais**, v. 1. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Inconstitucionalidade**, v. 2. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017.

_____. **Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, (Reimpressão), 2014.

_____. **Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. **Revista do advogado**. São Paulo, a. 27, n. 95, dez./2007, p.119-135.

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 349-379. ISBN 978-972-40-3537-6.

_____. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Org.). **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão: Volume 1**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 107-138. ISBN 978-972-40-3568-0.

_____. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2017.

OTERO PARGA, Milagros. El valor dignidad. **Dereito:** Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, v. 12 n. 1, 2003, p.115-151.

PAIANO, Daniela Braga; FURLAN, Alessandra Cristina. **Direitos humanos fundamentais e dignidade da pessoa humana:** evolução e efetividade no estado democrático de direito. Disponível em: <https://www.diritto.it/pdf_archive/28101.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2019.

PAIXAO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal.** 2007. Tese (Doutorado em Direito do Estado)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/31vcfd0>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

PASSOS, Elizete. **Ética e psicologia:** teoria e prática. São Paulo: Vetor, 2007.

PEREIRA, Marcos Keel. **O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência dos tribunais portugueses. Uma perspectiva metodológica.** Working Paper. Curso de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2002.

PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. **Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário.** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PÉREZ, Jesús González. **La Dignidad de la Persona.** Madrid: Civitas, 1986.

PINKER, Steven. The Stupidity of Dignity. **The New Republic**, 28 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.newrepublic.com/article/the-stupidity-dignity>>. Acesso em 29 mai. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Direitos Humanos: o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: _____; GARCIA, Maria. **Teoria Geral dos Direitos Humanos.** Coleção Doutrinas Essenciais, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Pufendorf a expressão “ser humano” envolve, por si só, a ideia de dignidade.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo, Saraiva, 2010.

RESTA, Giorgio. La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità: note a margine della carta dei diritti. **Rivista di diritto civile**, Padova, a. 48, n. 6, nov./dez. 2002, p.801-848.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: <<https://bit.ly/2lu5Fut>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (Im)possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO., Paulo de Tarso. **Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 145-215.

ROLLA, Giancarlo. El valor normativo del principio de la dignidad humana: consideraciones en torno a las constituciones iberoamericanas. **Anuario iberoamericano de dercho constitucional**, Madrid, v. 6, 2002, p.463-489.

SAHD, Luiz F. N. de A. e Silva. **O contrato social em Samuel Pufendorf**. Revista Aurora de Filosofia. Curitiba, v. 21, n. 28, jan./jun. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos**. In: _____ (Org.). Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003,

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET (Org.), Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 111-144. ISBN 978-972-40-3246-7.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998: algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de. et al. (Cord.). **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito constitucional e justiça constitucional**, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 941-971.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1998**. 8. ed. Porto Alegre: Advogado 2010.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. ISBN 85-7387-405-8.

_____. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. ISBN 85-7387-918-1.

_____. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHLINK, Bernard. The Concept of Human Dignity: Current Usages, Future Discourses. In: MCCRUDDEN, Christopher (Ed.). **Understanding Human Dignity**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

SERRÃO, Daniel. A dignidade humana no mundo pós-moderno. **Revista portuguesa de bioética: cadernos de bioética**, Coimbra: Edição do Centro de Estudos de Bioética, n. 11, jul./2010, p.191-199. ISSN 1646-8082.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ww5XLm>>. Acesso em: 09 Jun. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Raphael Lemos Pinto Lourenço da. **Dignidade da Pessoa Humana: origem, fases, tendências, reflexões**. 2012. 22 f. Artigo Científico (Pós-Graduação *Lato Sensu*)–Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2LJcvN6>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOMÁS-VALIENTE IANUZZA, Carmen. La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: un concepto útil?. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, a. 34, n. 102, set./dez. 2014, p.167-208.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; TRINDADE, Vinícius Fox Drummon Cançado. A pré história do princípio de humanidade consagrado no direito das gentes: o legado perene do pensamento estoico. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Org.). **O princípio de humanidade e a salvaguarda da pessoa humana**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016. p. 49-73.

TRUCHET, Didier. La dignité et les autres domaines du droit. **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, a. 31, n. 6, nov./dez. 2015, p.1094-1099.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 4, jul. 2008, p. 441-464. Semestral.

_____. **Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

WANDERLEY, Maria do Perpétuo Socorro. **A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho**. Revista do TST, Brasília, v. 75, n. 3, p.106-115, set. 2009.

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL Constitucional. Acórdão nº 349/91, Rel. Cons. Alves Correia.

TRIBUNAL Constitucional. Acórdão nº 16/81, Rel. Cons. Mário Afonso.

TRIBUNAL Constitucional. Acórdão nº 105/90, Rel. Cons. Bravo Serra.

TRIBUNAL Constitucional. Acórdão nº 509/802, Rel. Cons. Luís Nunes de Almeida.

TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9ª Câmara Cível, Processo 2004.002.173, Rel. Des. Gilberto Dutra.

TRIBUNAL Regional Federal da 1ª Região. 5ª Turma, AC 2009.34000045541, Rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF de 27/06/2013, p. 192.

SUPERIOR Tribunal de Justiça, DJ 29 abr. 2010, REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins.

SUPREMO Tribunal Federal. ADI 4451 Referendo-MC/DF, rel. Min. Ayres Britto

SUPREMO Tribunal Federal. ADPF-54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.

SUPREMO Tribunal Federal. HC 87.676/ES, Rel. Min. Cezar Peluso.

SUPREMO Tribunal Federal. HC 71.373-4-RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

SUPREMO Tribunal Federal. HC 89.429, rel. min. Cármen Lúcia.

SUPREMO Tribunal Federal. HC 91.952, voto do rel. min. Marco Aurélio.

SUPREMO Tribunal Federal. RE 580.252, Rel. Min. Teori Zavascki.