



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE INALIENÁVEL DAS AÇÕES DO  
JUDICIÁRIO**

**FERNANDA KNIJNIK**

**MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**  
**DIREITO CONSTITUCIONAL**

**LISBOA**

**2024**

**FERNANDA KNIJNIK**

**A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE INALIENÁVEL DAS AÇÕES DO  
JUDICIÁRIO**

**Dissertação apresentada como requisito parcial para  
obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-  
Políticas – Especialidade Direito Constitucional, da  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a  
orientação do Sr. Dr. Prof. Pedro Abel Carvalho de  
Amaral Fernández Sánchez.**

**LISBOA**

**2024**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais Mauro e Ana Knijnik pela vida e pelo apoio aos estudos desde muito cedo. Às minhas amadas filhas Camila e Ana agradeço pela alegria e sentido que dão à minha vida. Agradeço às minhas colegas de mestrado Eufrásia e Juliana pela parceria nos estudos e pela amizade que será para a vida. Às minhas amigas Letícia e Lisiane, meu muito obrigada por todas as sugestões na realização do trabalho e por me ouvirem nos momentos de angústia. Ao meu orientador Pedro Fernández Sánchez sou grata por todos os ensinamentos, diretrizes, correções e paciência.

## Resumo

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana foi recepcionado nos Estados democráticos como pilar de todo o edifício constitucional após as atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial. Apesar de sua importância, o preenchimento de seu conteúdo jurídico permanece envolto em incertezas. Trata-se de um conceito aberto e inclusivo, avesso a definições limitantes. Não obstante, a delimitação de seu conteúdo não pode dispensar o apelo à autonomia e autodeterminação individual no desenvolvimento da própria personalidade, tal como se exemplifica em casos de estudo extraídos do Direito de Família. Uma de suas importantes dimensões é limitar ou fundamentar o ativismo judicial, o qual pode encontrar legitimação nas tarefas que cabem originalmente ao legislativo.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Princípio da dignidade da pessoa humana. Conteúdo jurídico. Autonomia e autodeterminação. Ativismo judicial.

## **Abstract**

The constitutional principle of human dignity was accepted in democratic States as a pillar of the entire constitutional structure after the atrocities that occurred in the World War II. Despite its importance, the completion of its legal content remains shrouded in uncertainty. It is an open and inclusive concept, averse to limiting definitions. However, the delimitation of its content cannot dispense with the appeal to individual autonomy and self-determination in the development of one's own personality, as exemplified in case studies drawn from Family Law. One of its important aspects is to limit or base judicial activism, which can find legitimacy in the tasks that are originally the responsibility of the legislature.

**Keywords:** Constitutional Law. Principle of human dignity. Legal content. Autonomy and self-determination. Judicial activism.

## ADVERTÊNCIAS

A autora escreveu segundo o acordo ortográfico que vigora desde 2009, no Brasil, mas as citações mantêm o texto original. Assim sendo, as designações e as citações *ipsis verbis* de passagens de obras ou publicações periódicas escritas na língua portuguesa de Portugal ou na do Brasil que não observem o acordo ortográfico dos respectivos países (ou respeitando o acordo de ortografia vigente à altura da sua produção) foram reproduzidas, por razões de fidedignidade, conforme as regras utilizadas pelos respectivos autores, pelo que não serão convertidas para as convenções de ortografia ora vigente.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I - CONTORNOS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	13
1 - Panorama da história da dignidade no mundo ocidental.....	13
1.1 - <i>A fórmula de Kant</i> .....	20
1.2 - <i>A dignidade da pessoa humana pós-Segunda Guerra mundial</i> .....	22
2 - Referências às teorias que buscam o fundamento da dignidade da pessoa humana.....	24
2.1 - <i>Teoria do dote ou da dádiva</i> .....	24
2.2 - <i>Teoria da prestação</i> .....	26
2.3 - <i>Teoria do reconhecimento</i> .....	27
<b>3 - A recepção da dignidade nas constituições alemã, portuguesa e brasileira</b> .....	29
3.1 - <i>Na Constituição da Alemanha</i> .....	32
3.2 - <i>Na Constituição de Portugal</i> .....	36
3.3 - <i>Na Constituição do Brasil</i> .....	40
3.4 - <i>Da delimitação do tema</i> .....	42
<b>CAPÍTULO II - DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO</b> .....	43
1 – <i>Eu referencial</i> .....	46
2 - <i>Recurso ao princípio da dignidade humana</i> .....	51
3 - <i>A dignidade como garantia a um mínimo de direito fundamental</i> .....	54
<b>CAPÍTULO III - O CASO EXEMPLAR DA RELAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM O DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	60
1 - <i>A evolução das famílias</i> .....	61
2 - <i>Evolução jurídica da família no Brasil e em Portugal</i> .....	63
<b>CAPÍTULO IV - O ESTADO DEMOCRÁTICO LIMITADO PELO DIREITO</b> .....	76
<b>CAPÍTULO V - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO GARANTIA DE DIREITOS E LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	81

1 - Eficácia positiva e negativa.....	83
2 - Linhas sobre o ativismo judicial.....	86
3 - Linhas sobre a judicialização da política.....	90
4 - A dignidade humana como limite e incentivo do ativismo.....	93
5 - Densificação do conteúdo.....	97
6 - Da pessoa individual.....	100
7. A (i)mutabilidade de valores.....	104
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>112</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>118</b>

## INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana como limite e fundamento do ativismo judicial é uma das relevantes dimensões jurídicas em que o princípio pode se apresentar. Isto significa que esse caráter é o fundamento e o limite orientador da ordem ou sistema de direitos fundamentais que funciona como unidade normativa-valorativa<sup>1</sup>.

A dignidade é um conceito presente em quase todas as constituições nos Estados de Direito. Embora expresso nos textos normativos, há divergências jurídicas quanto ao seu conteúdo. Ele é avesso à claridade, parecendo se obscurecer na medida em que se aprofundam os estudos para o desvendar<sup>2</sup>. Não obstante, admite-se a possibilidade de uma delimitação negativa de seu conteúdo normativo autônomo, tendencialmente consensual, em um espaço de pluralismo razoável<sup>3</sup>, mediante a identificação dos atos que violam a dignidade.

Talvez a dificuldade para esclarecer o conceito resida no fato de a dignidade da pessoa humana tratar mais de expressar um conjunto de problemas morais ao invés de propor uma técnica para os resolver<sup>4</sup>.

Assim, no âmbito deste estudo, pretende-se abordar o seu sentido e extensão, com a intenção de ser peso e contrapeso da atividade dos julgadores, a fim de obter uma compreensão coerente desse conceito. Ao mesmo tempo, procura-se evitar que a dignidade da pessoa humana se torne uma reserva de equidade, ou seja, uma definição vaga que os julgadores utilizam livremente para decidir casos difíceis, adotando um sentido arbitrário, guiado por valores e sentimentos pessoais – o que é inadmissível em um Estado de Direito.

Desde os primórdios da civilização<sup>5</sup>, os seres humanos têm garantido sua sobrevivência graças à interação. A solidariedade humana sempre esteve presente na sociedade. Todavia, dada a diversidade de comportamentos, surge o Direito para garantir a ordem da vida em comunidade – através de normas, atos, decisões, objetivos, vontade, sistema de pensamentos e ideias, ordem<sup>6</sup>.

---

1 Andrade, 2019, p. 97.

2 Alexandrino, 2010, p. 13-14.

3 Novais, 2018. v. 2, p. 67-98.

4 Sobre o assunto, consulte José de Melo Alexandrino (2010, p.13-14). Para esclarecer a abrangência e a caracterização da dignidade, é preciso delimitar o plano valorativo e o normativo, ou seja, o campo axiológico, da dignidade considerada como um valor moral, e o campo normativo, da positividade da dignidade como princípio jurídico nas Constituições. (Miranda, 2018).

5 A antropóloga Margareth Mead considera um fêmur fraturado e cicatrizado como o primeiro sinal de civilização há 15 mil anos. Alguém alimentou, levou para um lugar seguro esse sujeito para que pudesse sobreviver e se recuperar, sem que fosse uma presa fácil para outros predadores.

6 Moncada, 1955, p. 377.

A dignidade insere-se nesse contexto de identificação do ser humano relacional, cujos pares são livres e iguais em dignidade e direitos, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Por sua vez, o ativismo judicial mostra-se apto à discussão das tarefas e limitações do Poder Judiciário, sendo um tema contemporâneo e polêmico. Como tal, possibilita analisar cientificamente a dignidade da pessoa humana como balizadora das funções dos poderes de Estado, em especial do Poder Judiciário, bem como da relação entre particulares num contexto de diversidade.

A metodologia da pesquisa desta dissertação está pautada na revisão bibliográfica sobre o tema, bem como na análise de decisões judiciais da Corte Suprema que dão sentidos diversos ao mesmo princípio.

Com o intuito de alcançar esse objetivo geral, a dissertação está estruturada da seguinte forma.

A construção deste estudo inicia com um panorama multicultural do conceito de dignidade humana ao longo da história até a recepção constitucional do princípio no pós-Segunda Guerra mundial. Há referência às teorias do dote ou da dádiva, da prestação e do reconhecimento, as quais contribuem para fundamentar o preenchimento material do conceito e o sentido da sua previsão na Constituição. Como se verá, o bem jurídico protegido é a solidariedade. Há um sentido relacional na concepção jurídica da dignidade, na medida em que é através da comunicação que os indivíduos se reconhecem como mutuamente dignos dos mesmos direitos e deveres.

Logo é feita uma breve descrição sobre a entrada em vigor do princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições alemã, portuguesa e brasileira, respectivamente em 1949, 1976 e 1988, no artigo 1º do texto de cada Carta, explicitando a sua relevância. Demonstra-se que, com a derrubada do regime antidemocrático, o princípio se apresenta organicamente articulado com a vontade do povo, ávido em recompor a humanidade abalada na Segunda Guerra Mundial; o princípio passa a dar uma unidade de interpretação jurídico-constitucional ao sistema de direitos fundamentais<sup>7</sup>.

O segundo capítulo aborda a autonomia e autodeterminação como atributos do ser humano para desenvolver sua personalidade e constituir família, sem os quais poderá haver lesão

---

7 Andrade, 2019, p. 45.

à dimensão da dignidade da pessoa humana como sujeito. De acordo com o que será apresentado, a dignidade pressupõe a autonomia, em relação ao Estado e a particulares<sup>8</sup>, imprescindível a não instrumentalização do indivíduo. Haverá ou não ofensa ao princípio de acordo com a postura mais liberal ou social do Poder Público.

Dando continuidade, se apresentará a relação do princípio dos princípios com o Direito de Família, conforme evolução jurídica da constituição dos núcleos familiares em Portugal e no Brasil até os dias de hoje. Quais as formas de família protegidas pelo Estado? Até onde é possível avançar sem atingir a liberdade individual ou a dignidade?

A partir disso, se abordará acerca do Estado Democrático limitado pelo Direito, como último reduto capaz de impedir limitações à liberdade individual. Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito deve prevalecer a vontade da maioria, a qual também está limitada por um conjunto de valores, cujo pilar é a dignidade da pessoa humana, a qual submete a todos, entes públicos ou particulares.

O último capítulo aborda o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana como fomento e limite do ativismo judicial. Como restará dito, o instituto serve de ferramenta hermenêutica para determinar o sentido normativo dos direitos fundamentais, bem como de parâmetro para orientar soluções nos casos de colisões. Nesta dimensão, a dignidade determina que o Estado respeite, proteja e promova os direitos fundamentais, limitando a atuação dos particulares e do próprio Poder Público ou determinando um agir que garante a plenitude da dignidade para todos. A dignidade é defensiva e prestacional<sup>9</sup>, podendo assim legitimar ou eivar de inconstitucionalidade o ativismo judicial, em um contexto de judicialização da política. Não se pactua que haja redução das garantias constitucionais, somente ampliação.

A Constituição sustenta a irreduzível individualidade e subjetividade de cada ser humano, em oposição a uma concepção objetivista, advinda da universalidade do espírito de Hegel, ou abstrata kantiana<sup>10</sup>. Na tensão entre a dignidade e a separação de poderes, vence a dignidade. Deste modo, o ativismo pode se mostrar constitucional ou não. Importa que não seja aplicado como um algoritmo.

Finalmente, o que se persegue é resolver as seguintes indagações a fim de concluir se o princípio da dignidade da pessoa humana serve de limite ou fomento ao ativismo judicial em

<sup>8</sup> Miranda, 1999, p. 476.

<sup>9</sup> Sarlet, 2015, p. 36-37, 97, 192, 1148, nota 116 (2.2. A noção de dignidade da pessoa na perspectiva jurídico-constitucional: tentativas de aproximação e concretização).

<sup>10</sup> Otero, 2007, p. 31.

determinado caso concreto. É uma questão de violar os direitos fundamentais ou é uma situação que atinge o princípio da dignidade? É somente uma situação que fere o princípio da igualdade ou fere a dignidade? Trata-se de violar o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade ou o princípio da dignidade? É apenas uma situação de violação da autonomia ou um caso que atinge a dignidade?

Se afetar o direito sem uma gravidade maior que transpasse a já prevista, trata-se de violar o direito fundamental. Contudo, se vai além, fere a dignidade, sendo algo mais grave. Neste sentido, o núcleo essencial do direito fundamental deve ser ofendido para atingir a dignidade. Para desvendar, é necessário perquirir de forma transparente a respeito dos reais conflitos de necessidades e interesses.

Inobstante, nos casos de Direito de família levados à indagação do Judiciário, as famílias homoafetivas e simultâneas merecem proteção do Estado sem prévia previsão legislativa? Importa saber se há inconstitucionalidade por violação da dignidade? Por ação ou omissão? O que não pode é se tratar de argumento retórico, tampouco “fechar” o princípio da dignidade da pessoa humana.

## CAPÍTULO I – CONTORNOS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

### 1 – Panorama da história da dignidade no mundo ocidental

A margem do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana é definida sem exatidão. Se assim não fosse, compreender-se-ia a dignidade humana com uma orientação *fechada*, o que presume que a Constituição, ao adotar tal conceito, teria acolhido uma visão particular do princípio, em detrimento de outra não consensual e mais controversa<sup>11</sup>.

Todavia, o que se pretende hoje em dia em uma sociedade aberta, como é o Estado Democrático de Direito, é justamente o contrário. Busca-se definir um princípio da dignidade da pessoa humana sobre o qual a ordem jurídica possa repousar, dotado de um conteúdo aberto, inclusivo e dinâmico<sup>12</sup>. Para tal, há uma *tendência consensual* sobre o seu significado, em que, dentro de um *pluralismo razoável*, em um determinado tempo, os indivíduos possam se identificar ou ver<sup>13</sup>.

Dito de outra forma, definir um conteúdo categórico para a dignidade é o mesmo que fechar as portas para a sua compreensão, uma vez que não se trata de uma ciência exata. É certo que compreender o seu conteúdo torna mais eficaz a sua aplicação. Por isso, a etimologia – o legado histórico, político, filosófico e religioso – serve de instrumento para descobrir se há inconstitucionalidade por ofensa ao princípio supremo, conteúdo que interessa ao Direito, pois fortalece a base do conhecimento. É de especial importância nos *hard cases*<sup>14 15</sup>, nos quais é difícil identificar se uma justiça mínima está sendo preservada.

<sup>11</sup> Novais, 2018, v. 1, p. 24.

<sup>12</sup> Canotilho, 2012a, p. 180-181.

<sup>13</sup> Novais, 2018, v. 2, p. 79-87.

<sup>14</sup> “When a particular lawsuit cannot be brought by a clear rule...”. (Dworkin, 2002b, p. 81) (“...he should therefore decide hard cases with humility”. (Dworkin, 2002b, p. 130). O termo *hard case* (caso difícil), criado por Dworkin, diz que se deve utilizar princípios, e não argumentos políticos, para enfrentar um caso de difícil solução. Trata-se de caso jurídico da mais alta indagação. “Quando casos são levados à apreciação judicial, espera-se que o juiz, ao solucionar a controvérsia a partir dos fatos apresentados pelas partes no processo, decida o caso baseado nas regras jurídicas. Muitas vezes a resposta do Judiciário esbarra numa indefinição. Nessas situações, as regras jurídicas não são claras ou não regulam as questões de fato e de direito controvertidas. São os chamados casos difíceis ou complexos (*hard cases*). Neles, a decisão depende de uma interpretação do direito além das regras jurídicas positivadas”. (Leite; Dias, 2016, p. 150).

<sup>15</sup> Posner defende que argumentos políticos podem fundamentar uma decisão judicial e que, em razão da indeterminabilidade do Direito, *hard cases* não têm apenas uma resposta certa. Por sua vez, Dworkin questiona se, de fato, não pode haver uma única resposta certa, e defende, em princípio, que argumentos políticos não podem servir de fundamento para decisões judiciais. (Sobre o assunto, consulte Leite; Dias, 2016, p. 149-169).

A importância de analisar o panorama histórico reside no fato de que o conceito de dignidade, mesmo que impreciso, é construído ao longo do tempo, em diferentes culturas e localidades, e influenciado por elementos diversos. A noção de dignidade da pessoa humana que temos hoje é um somatório de características que se sobrepuseram entre si ao longo do tempo.

A origem dessa evolução colabora para se entender o conceito de dignidade da pessoa humana, pois viabiliza o progresso do pensamento científico frente aos limites imprecisos e conteúdo desse princípio que norteia a vida contemporânea dentro de uma visão constitucionalista.

Portanto, o sentido de dignidade está em constante evolução, ou seja, passa por diversos movimentos necessários que aprimoram seu significado.

Partindo dessas premissas, a evolução histórica do significado da dignidade pode iluminar o seu sentido. Assim, segue-se uma breve cronologia a respeito dos aspectos e influências multiculturais que inspiram o princípio da dignidade da pessoa humana tal como previsto hoje em dia na ordem constitucional.

Do ponto de vista etimológico, a palavra *dignidade*, de acordo com o dicionário Priberam, significa “a qualidade de ser digno, maneira de proceder que atrai o respeito dos demais, um brio, gravidade, cargo ou título de grande graduação, honra. Trata-se de um substantivo feminino”<sup>16</sup>. Conforme o dicionário brasileiro da língua portuguesa Michaelis *on line*, dignidade significa (i) o modo de proceder que transmite respeito, honra, autoridade, nobreza; (ii) a qualidade do que é nobre, tem grandeza moral; (iii) honestidade, honra, gravidade, autoridade; (iv) honraria, título ou cargo de graduação elevada; (v) amor-próprio, respeito a seus sentimentos e valores<sup>17</sup>. No inglês, *dignity* refere-se ao comportamento calmo, sério e controlado de uma pessoa que leva os outros a respeitá-la. É relacionada ao valor e à importância que alguém tem, que faz com que ele se respeite ou que outras pessoas o respeitem<sup>18</sup>.

Do ponto de vista histórico, a *dignidade*, tal como utilizada até o século XVIII, tem pouca semelhança com o princípio jurídico da *dignidade da pessoa humana* consagrada atualmente nos Estados de Direito.

---

<sup>16</sup> Dignidade. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa.

<sup>17</sup> Dignidade. In: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis.

<sup>18</sup> Cambridge Dictionary. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/dignity>>. Acesso em: 24 jan. 2023.

Novais<sup>19</sup> afirma que existem duas dignidades: i) a *dignidade* romana, que se pode ter ou não, ser merecedor ou não, adquirir ou perder em diferentes graus; ii) e a atual *dignidade da pessoa humana*, que é incondicional, inalienável e inerente à condição humana, e evoca a ideia de *igual dignidade*. Esta última é a dignidade enquanto valor humano, que o torna digno de uma existência com valor material e espiritual, pelo fato de sua humanidade.

Em que pese essa robusta distinção, os termos *dignidade* e *dignidade da pessoa humana* costumam ser utilizados ora como sinônimos, ora com significados diferentes conforme o contexto, podendo significar tanto altivez de uma pessoa quanto atributo incondicional do ser humano, com capacidade para funcionar como princípio jurídico universal, o qual será objeto do presente estudo.

Antes disso, é preciso retornar ao significado de *dignidade*: a noção de *dignidade humana* ainda é composta por duas ideias diferentes – a dignidade da *pessoa* humana e a dignidade da *espécie* humana. A dignidade da *espécie* humana é baseada no reconhecimento de que o ser humano é um ser privilegiado, que ocupa uma posição superior a todos os outros seres que habitam a Terra. A concepção de dignidade da *espécie* humana é anterior à da dignidade da *pessoa* humana, a qual pressupõe uma faceta de igualdade<sup>20</sup>.

Sarmiento<sup>21</sup> acrescenta que a dignidade da *pessoa* humana compreende o reconhecimento de que o ser humano possui uma posição superior e privilegiada entre todos os seres vivos. Há diferentes motivos que originam tal diferenciação ou superioridade, como a racionalidade e o livre-arbítrio e, no campo religioso, a criação à imagem e semelhança de Deus. A dignidade da *pessoa* humana envolve a noção de que todos os indivíduos, pelo simples fato de serem humanos, têm uma dignidade intrínseca e merecem ser tratados com consideração e respeito.

Por sua vez, Antonio Pele<sup>22</sup> afirma que o entendimento moderno da dignidade humana tem um “alcance vertical”, que implica “a superioridade dos seres humanos sobre os animais” e, ao mesmo tempo, um “alcance horizontal”, que consiste “na igualdade dos seres humanos entre si, independentemente da função que cada um desempenha na sociedade”.

Já Paulo Otero fala em três dimensões da dignidade: (i) *dimensão vertical*, quando se refere a uma espécie de valores aos quais o Poder Público está submetido; (ii) *dimensão*

---

19 Novais, 2018. v. 1, p. 31-33.

20 Sarmiento, 2016, p. 27-28.

21 Sarmiento, 2016, p. 27-28.

22 Pele, 2004 *apud* Sarmiento, 2016, p. 28.

*horizontal*, quando o respeito à dignidade orienta todas as pessoas nas suas relações entre si; e (iii) *dimensão autorreferencial*, quando se refere a cada indivíduo perante si próprio<sup>23</sup>.

Feitas essas anotações, é válido dizer que a história da dignidade humana não é linear no tempo e no espaço. O que se pretende aqui é abordar de forma genérica a evolução do termo “dignidade” antes do seu reconhecimento positivo para melhor apreender o que é possível acerca de seu sentido.

Inicialmente, há uma sincronicidade na Era Axial (entre 800 a.C. e o ano 200 a.C.), com o despertar da consciência do homem sobre si mesmo na Índia, na China e na Grécia: o pensamento filosófico do homem migra de um ideário cósmico para uma preocupação reflexiva sobre si próprio.

Foi um período de extrema importância, o qual impulsionou novas reflexões e a busca de outras soluções para os questionamentos humanos a respeito de si próprio e do universo: o *logos* contra o mito.

Após essa grande marca do pensamento humano, pode-se dizer que as raízes históricas e filosóficas da ideia de “dignidade da pessoa humana” no mundo ocidental são o ideário judaico cristão e o pensamento clássico, com o desenvolvimento posterior por notas de racionalização e laicização<sup>24</sup>.

A noção de que todos os humanos possuem igual dignidade, independentemente de qualquer característica que lhe possa ser atribuída, é uma ideia moderna, enquanto a dignidade dos humanos sobre os demais seres é bem mais antiga. Já constava no primeiro livro do Antigo Testamento, o Gênesis, que o homem é feito à imagem e semelhança de Deus<sup>25</sup>, sem que isso

23 “O respeito pela dignidade da pessoa humana, sendo uma categoria axiológica de vinculação subjetiva do Poder (: dimensão vertical), de todas as pessoas nas suas relações entre si (: dimensão horizontal) e ainda de cada ser humano perante si próprio (: dimensão auto-referencial), não resulta de uma qualquer forma de auto-subordinação ao Poder, nem traduz o resultado de um simples reconhecimento jurídico-positivo: a dignidade humana e o seu respeito universal decorrem da própria natureza do ser humano como entidade racional que se impõe como realidade anterior e superior ao Estado e ao Direito”. (Otero, 2010, v. 1, p. 37).

24 Gomes, 2009, p. 24.

25 “GÊNESIS, 1:26-28: “26. Então disse Deus: ‘Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. Domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os grandes animais de toda a terra e sobre todos os pequenos animais que se movem rente ao chão’. 27. Criou Deus o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou. 28. Deus os abençoou e lhes disse: ‘Sejam férteis e multipliquem-se! Encham e subjugam a terra! Dominem sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todos os animais que se movem pela terra’”. (Gênesis 1:26-28).

“Tanto o Antigo como o Novo Testamento fazem referência ao fato de todo o ser humano ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, sendo, portanto, dotado de uma autonomia ética própria, de um valor próprio e que lhe é inerente, não podendo ser instrumentalizado. Nessa referência bíblica não podemos deixar de vislumbrar uma certa ideia de dignidade da pessoa humana, ideia essa com um claro fundamento teológico”. (Gomes, 2009, p. 24).

implicasse que todas as pessoas eram portadoras de igual forma de dignidade. Foi no judaísmo e no cristianismo que se encontram as primeiras referências a valores com identidade da dignidade da pessoa humana, em que pese as crueldades praticadas posteriormente na “Santa Inquisição”, como bem lembra Ingo Sarlet<sup>26</sup>.

Mas não é apenas na religião que houve manifestações sobre a dignidade do ser humano, embora diversas palavras já foram utilizadas para se referir à *dignidade*. Conforme a classe social a qual pertencia, o indivíduo era considerado mais ou menos digno, *importante* ou *valioso*. Inexistia uma igual dignidade a todos os humanos. Tal fenômeno demonstra que, no pensamento político e filosófico da Antiguidade Clássica, havia uma “autêntica quantificação da dignidade, no sentido de haver pessoas mais ou menos dignas<sup>27</sup>”.

Mais adiante na história, os filósofos estoicos<sup>28</sup>, em contraposto aos Antigos, passaram a considerar a dignidade da pessoa humana um atributo intrínseco de *todos os seres humanos*<sup>29</sup>. É nesse período que Marco Túlio Cícero exalta que o homem se distingue dos demais animais por fazer uso da *razão*. Em seu livro, *De Officiis (Dos Deveres)*<sup>30</sup>, ele traz a noção de que a dignidade está associada à racionalidade. Logo, o ser humano tem seu valor, não apenas por dádiva divina, mas também pelo seu uso da razão. Desta forma, pode melhorar seu *status* social por seus próprios esforços. Em outras palavras, é possível conquistar *mais dignidade* ao fazer escolhas que levam a uma vida alinhada com os costumes morais e religiosos do seu tempo.

Segundo Cícero, o homem deve considerar os interesses de seus semelhantes, uma vez que todos estão sujeitos às mesmas leis naturais, ficando proibido que uns prejudiquem aos outros<sup>31</sup>. Todavia, isso não o impede de aceitar que pessoas fossem feitas escravas, tratadas como “coisas”, limitando-se apenas a criticar as violências excessivas cometidas muitas vezes pelos proprietários contra seus escravos.

---

26 Sarlet, 2015, versão digital, cap. 2, item 2.1. Antecedentes: algumas notas sobre a dignidade (da pessoa) humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental).

27 Gomes, 2009, p. 22-38.

28 Marco Aurélio, o imperador-filósofo, é um grande representante do estoicismo. Muito de seus pensamentos estão contidos no livro *Meditações* (Tradução Fábio Kataota. Barueri: Camelot, 2021).

29 Contrapondo-se ao pensamento da antiguidade, os estoicos entendem que todos os humanos são dotados da mesma dignidade, e que isso os diferencia das outras criaturas. Neste aspecto, o pensamento de Cícero, o qual desvincula a dignidade do cargo ou da posição na sociedade, fundamenta a dignidade na “natureza humana e na posição superior ocupada pelo ser humano no ‘cosmos’”. (Gomes, 2009, p. 25).

30 “Há uma diferença especial entre os homens e os brutos; estes últimos são governados por seus sentidos, enquanto os primeiros são criaturas dotadas de razão, a qual lhes dá um poder para descobrir as causas antes que elas tenham produzido seus efeitos”. (Marco Túlio Cícero. *De Officiis*).

31 Disponível em: <<https://archive.org/details/deofficiiswithen00ciceuoft/page/110/mode/2up>>. Acesso em: 11 abr. 2023.

A supremacia humana também foi ressaltada quatro séculos depois por Aurélio Agostinho de Hipona, conhecido universalmente como Santo Agostinho (354-430), segundo o qual o ser humano é um animal racional, cuja inteligência lhe foi atribuída por Deus. Não obstante, a teoria agostiniana nada tem de igualitária, uma vez que afirma que apenas alguns podem se salvar, devido à graça divina, enquanto outros são hierarquicamente inferiores<sup>32</sup>.

Séculos mais tarde, São Tomás de Aquino (1225-1274) discorreu que a superioridade da raça humana advém da racionalidade, e, da mesma forma que o arbítrio, teria sido presentada por Deus no momento em que criou o homem à Sua imagem e semelhança. Para Aquino, a pessoa humana é a criação divina mais perfeita<sup>33</sup>. Falando das diferenças sociais, ele afirma que há uma ordem hierárquica criada pelo divino. Na sociedade, dever-se-ia aceitar que alguns nasceram para servir, enquanto outros, para serem superiores, sendo dotados de maior poder e racionalidade, conforme sua visão de mundo.

Nessa época em que as classes sociais eram estagnadas, os direitos e os deveres de um indivíduo advinham do fato de nascer em uma família mais ou menos abastada financeiramente. Mudanças eram raras. Normalmente, nascia-se e morria-se na mesma classe social, o que determinava quem mandava e quem obedecia<sup>34</sup>.

Durante um longo período prevalece a concepção estamental da sociedade, na qual predominava a desigualdade entre os seres humanos.

Quando surge o Renascimento na Europa, que se inicia no meio do século XIV, abandona-se a visão teocentrista, de que Deus está no centro e é a causa de tudo, em prol do antropocentrismo, que coloca o homem no centro da vida. O filósofo humanista Giovanni Pico della Mirandola, marcante representante do período, escreve o *Discurso sobre a Dignidade do Homem*<sup>35</sup>, um manifesto sobre o espírito renascentista. Nesta impactante obra, ele reforça a dignidade da pessoa humana com base na autonomia de escolha do ser humano no que tange ao sentido que deseja dar à sua vida. Ainda, através de seu discurso *Oratio de Hominis Dignitate*, ele justifica que a dignidade humana existiria não apenas por ser o homem feito à imagem e

32 Santo Agostinho, 2011 *apud* Sarmiento, 2016, p. 31.

33 Tomás de Aquino, 1978 *apud* Sarmiento, 2016, p. 31.

34 Disponível em: <<https://archive.org/details/summacontragenti01thomuoft/page/82/mode/2up>> <<https://archive.org/details/summacontragenti01thomuoft/page/82/mode/2up>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

35 “Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-las-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei”. (Mirandola, 1989, p. 51-53).

semelhança de Deus, mas por sua *natureza incompleta*, já que, mesmo sendo uma criatura de Deus, pode definir seu destino segundo seu próprio *livre-arbítrio*<sup>36</sup>. Ele trata o homem como um grande milagre pela sua capacidade de escolha entre equiparar-se a um animal ou elevar-se, pela liberdade concedida por Deus.

A partir dessa época abandona-se a fundamentação religiosa, ligada ao paradigma da *Imago Dei*<sup>37</sup>. “A personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente pela ideia de sua dignidade como ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem”<sup>38</sup>.

Todavia, em contraposição à valorização do indivíduo, surge na Europa continental um modelo absolutista de Poder real. A realeza representa a própria divindade na Terra, com poder soberano, absoluto, acima de tudo e de todos<sup>39</sup>, reduzindo a liberdade e o livre-arbítrio do homem ao seu Poder.

Porém, com o intuito de *limitar tal poder do Estado*, já no século XVII, fortalecem-se as ideias de *liberdade, igualdade e propriedade* – as quais eventualmente se tornam as bases do liberalismo oitocentista<sup>40</sup>.

Samuel Pufendorf (1632-1694), perseguido e proibido na Inquisição, afirma que, embora Deus seja o autor da lei natural, é através da razão do homem, ser inteligente e dotado de vontade, que se revela o Direito Natural. Desta forma, sendo o indivíduo incapaz de sobreviver sozinho, sem auxílio de seus semelhantes, a lei natural postula que ele deve viver em sociedade. Assim, ele defende o conceito de que, depois de Deus, o melhor para o homem é o próprio homem<sup>41</sup>.

Por sua vez, é no Iluminismo que a dignidade humana atinge seu maior patamar. No século XVIII, também conhecido como “Século das Luzes”, ocorre o movimento intelectual, iniciado na Europa, que enaltece a razão humana como forma de garantir o progresso para uma vida digna. As ideias de igualdade e liberdade ganham cada vez mais espaço. Os poderes absolutos dos monarcas são questionados, bem como a intervenção do Estado na economia. A livre iniciativa é defendida, e os burgueses são valorizados.

---

36 Gomes, 2009, p.25.

37 Zilles, 2012, p. 66-67 *apud* Sarlet, 2015, nota 31, versão digital.

38 Sarlet, 2012, p. 38.

39 Otero, 2007, v. 1, p. 133-134.

40 Otero, 2007, v. 1, p.179.

41 “a sociedade existe pelo indivíduo e para o indivíduo”. (Otero, 2007, v. 1, p. 183).

Na sequência de Pufendorf<sup>42</sup>, Immanuel Kant revela a ideia de *igual dignidade*. Dada a relevância desse pensador, raiz do conceito atual de dignidade humana, cria-se uma sessão especial.

### 1.1 – A fórmula de Kant

A noção de dignidade de Kant é produto de contribuições anteriores, desde a configuração judaico-cristã até Samuel Pufendorf<sup>43</sup>.

Durante o Iluminismo, Immanuel Kant (1724-1804), em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, escreve que: “No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando alguma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”<sup>44</sup>.

O filósofo alemão elabora a famosa tese de que o ser humano não pode ser tratado (nem tratar a si mesmo) como simples *coisa* ou objeto, nem como *meio*, sendo um *fim* em si mesmo<sup>45</sup>. Desse imperativo categórico kantiano advém o Princípio da Humanidade<sup>46</sup>, que trata ela própria (humanidade) como dignidade: ser tratado como um fim é a *raiz* da dignidade humana do indivíduo<sup>47</sup>.

Para Kant, todos os seres humanos, independentemente de classe social, raça, preferência política, são capazes de se autodeterminarem pela lei moral, sendo dotados de autonomia<sup>48</sup>. A ideia de dignidade como um valor absoluto e irrenunciável, inerente ao ser humano, onde “cada homem se pode valorar em pé de igualdade perante os demais”<sup>49</sup>; “o conceito de dignidade parte

---

42 No “pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII assistiu-se a um processo de racionalização e laicização do conceito de dignidade da pessoa humana sem, contudo, se desconsiderar a nota de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade”. (Gomes, 2009, p.25).

43 Otero, 2007, v. 1, p. 212.

44 Kant, 2001, p.77.

45 O imperativo clássico é o seguinte: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*”. (Kant, 2001, p. 69).

46 Nesse sentido cf.: Otero, v. 1, p. 206-208.

47 Otero, 2007, p. 209.

48 Como consignou John Rawls, para Kant, “o fundamento da dignidade é a capacidade de fazer a lei universal e de agir segundo o princípio de autonomia”. (Rawls, 2005, p. 242 *apud* Sarmiento, 2016, p. 35).

49 Otero, 2007, v. 1, p. 209.

da autonomia ética do ser humano”<sup>50</sup>. Pode-se dizer que aqui nasce a dignidade da pessoa humana com a noção que ainda se tem hoje, através da conhecida “fórmula do objeto” de Kant.

Todavia, a igualdade de Kant é uma igualdade formal, não material. A crítica mais comum à teoria do objeto é a de que os indivíduos incapazes não estão incluídos no imperativo categórico<sup>51</sup> (lei “universal” sobre a moral), posto que não possuem autonomia de vontade para se determinarem a si mesmo. Ademais, não basta ser tratado como objeto ou coisa: é preciso que o tratamento seja humilhante, devassador da qualidade humana.

Desta feita, considerando a herança de Kant, atualmente existe inconstitucionalidade quando qualquer pessoa (acrescente-se: capaz ou incapaz), for (acrescente-se: degradada) à situação de coisa ou meio para alcançar fins alheios<sup>52</sup>.

Assim, a influência kantiana identifica dignidade como a *autonomia* ética da pessoa, ou seja, com o reconhecimento de sua *independência* e valor intrínseco de ser dotada de autonomia moral, com um fim em si mesma, não substituível ou sujeita a valor econômico. Todavia, é preciso referir que, não havendo degradação da pessoa humana e, desde que, de forma eventual e não exclusivamente, o sujeito até pode servir como meio para fins alheios, nos atos da vida

---

50 A dignidade tem na autonomia do humano, face à sua natureza racional, o seu fundamento. A autonomia da vontade é uma faculdade do indivíduo de se autodeterminar. Nesse sentido cf.: Gomes, 2009, p. 25.

51 “Se muestra que la originalidad de la ética kantiana está determinada por su universalismo, su alta apreciación de la autonomía del individuo y el estricto desinterés de actuar éticamente. Se explica que el imperativo categórico es un legislador interno, cuyas órdenes liberan de la sumisión ciega a las demandas externas y a los impulsos personales”. (Malishev, 2014, p. 9).

52 Conforme o professor Jorge Reis Novais, a dignidade é violada quando a pessoa, aqui entendida como *qualquer* pessoa, não apenas a dotada de capacidade de autodeterminação moral (como para Kant), é degradada a mero objeto da ação do Estado. Há desrespeito à dignidade quando, de forma intencional ou negligente, a coisificação da pessoa seja de tal sorte a ponto de não a considerar como sujeito autônomo e fim em si e seja degradada à condição de algo fungível, apenas instrumento ou forma de realização de fins alheios. Assim usualmente identificada como concepção kantiana de dignidade construída pela proibição da instrumentalização da pessoa, a *objektformel* não esgota todo o sentido jurídico-constitucional do conceito, mas é uma dimensão essencial da dignidade como integridade.

Por óbvio, a “fórmula do objeto” não pode ser utilizada de forma automática ou meramente subsuntiva, sem atender à subjetividade e à necessária contextualização. Além da dificuldade de se determinar o que significa utilizar a pessoa só como meio, é importante verificar que, por um lado, uma pessoa pode ser tratada como meio e não haver violação de sua dignidade e, por outro, pode ser tratada, atendendo sua condição de pessoa, e haver violação de sua dignidade. Nesse ponto, o doutrinador traz exemplos práticos, citando M. ROSEN, *Dignity*, Cambridge, Mass., 2012, págs. 82 e segs., de alguém que se esconde atrás de outras pessoas em um dia de chuva para não ser atingido pela água e lama dos carros que passam com velocidade na via de trânsito enquanto elas aguardam na parada de ônibus. No caso, a pessoa pensa nas demais apenas como meios para evitar que a lama lhe atinja, só como paralamas-lamas, embora não viole a dignidade dessas pessoas, tampouco da própria pessoa humana. Por outro lado, o senhorio que alcança cobertores a seus escravos em um dia frio, e não está neste particular os utilizando como meios, demonstrando até alguma preocupação com eles, não evita que a sua dignidade seja violada, uma vez que se relaciona com eles na condição de dono, que os mantém como escravos, ou seja, impedindo que sejam tratados como pessoas, com autorrespeito e autoestima. NOVAIS, 2018b, p. 121-122. (Knijnik, 2022, nota de rodapé 61, p. 27).

comum, sem que haja violação da dignidade. Exemplificativamente, quando alguém é usado como apoio para que outro possa alcançar uma prateleira alta, não se ofende a dignidade de ninguém. Também o intérprete que possibilita a terceiros compreenderem uma palestra realizada em língua estrangeira, em que pese estar sendo utilizado como meio de acesso ao conteúdo transmitido em um idioma não compreensível a alguns, não é degradado como sujeito. Dessa forma, para que a coisificação seja violadora, deve ser feita de forma a desrespeitar a humanidade intrínseca da pessoa, afetando sua autodeterminação.

Na dignidade da pessoa humana pós-Kant (1770-1831), destaca-se o pensamento hegeliano. Vale lembrar a essencialidade para Hegel do Estado como referência da existência e essência do homem. De forma clara, para Hegel, o indivíduo apenas se realiza através do Estado, daí transparecendo sua visão do Estado divino. Tal entendimento transpersonalista e divinizador do poder público foi utilizado para fomentar o totalitarismo como forma de organização política<sup>53</sup>, em especial, o nazismo.

A essência do pensamento de Hegel pode ser traduzida pelas ideias: (i) de liberdade, realizada através da vontade humana e (ii) do reconhecimento – *seja uma pessoa e respeite os outros como pessoas*. É ao reconhecer o outro que o indivíduo adquire igual dignidade. Daí que a dignidade humana exige um reconhecimento de um indivíduo pelo outro. Finalmente (iii) a liberdade é realizada através do Estado. É no Estado que o sujeito se realiza, o Estado é a vida ética, ao qual o homem deve tudo e na qual reside a sua essência<sup>54</sup>.

## 1.2 – A dignidade da pessoa humana pós-Segunda Guerra mundial

Seguindo o raciocínio histórico, a dignidade da pessoa humana sofre grande influência do pós-guerra. Durante a Segunda Guerra Mundial, os nazistas alemães cometem atrocidades, em especial, contra a humanidade do povo judeu, mas também de outras minorias como ciganos e homossexuais. Entre 1939 e 1945, mais de seis milhões de judeus foram exterminados pelo simples fato de serem judeus, mesmo sem terem cometido nenhum crime que porventura justificasse tal pena. Muitas dessas pessoas identificavam-se mais como alemães do que como judeus. Indiferentemente, todos foram tratados de forma desumana, torturados, submetidos a

<sup>53</sup> Otero, 2007, v. 1, p. 219.

<sup>54</sup> Otero, 2007, v. 1, p. 219-222.

trabalhos forçados, mortos de fome ou de frio, ou assassinados em câmaras de gás. A eles foi retirado o direito à dignidade: perderam seu valor como seres humanos, sendo tratadas como simples coisas ou meios para fins alheios de forma degradante<sup>55</sup>.

A grande guerra durou até 1945 com a derrota da Alemanha nazista. A resposta a tais barbáries buscou evitar que o fenômeno desumano se repetisse. Para tal, foi necessário retomar o ideal de igualdade, valorizar o ser humano pelo simples fato de o ser, além de fortalecer a solidariedade, a justiça e o bem-estar social.

Doravante, o Direito deveria garantir os direitos fundamentais e a dignidade humana, que estavam no centro do pensamento da humanidade<sup>56</sup>. Daí a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana em praticamente todos os Estados de Direito<sup>57</sup>.

Dada a sua importância, é dedicado um subtítulo à entrada do princípio da dignidade humana nas Constituições portuguesa, brasileira e alemã. A escolha recai exclusivamente sobre tais Cartas, já que, no caso de Portugal, a presente dissertação é apresentada a uma Faculdade de Direito deste país, não podendo omitir o foco no seu ordenamento. Por sua vez, o Brasil é o país de origem da autora do presente estudo, bem como o local onde exerce sua principal atividade como Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Finalmente, mas não menos importante, entende-se que a reação pós-Segunda Guerra Mundial é a mola propulsora para a positivação da dignidade da pessoa humana em praticamente todos os Estados de Direito. Já a Alemanha é o país que gerou tal catástrofe, sendo até hoje grande fomentadora de ações que visam (i) trazer a reparação possível e (ii) evitar a repetição desses atos, nada mais natural que a incluir nesse pequeno rol.

---

55 “É ISTO UM HOMEM? Vocês que vivem seguros em suas cálidas casas, vocês que, voltando à noite, encontram comida quente e rostos amigos, pensem bem se isto é um homem que trabalha no meio do barro, que não conhece paz, que luta por um pedaço de pão, que morre por um sim ou por um não. Pensem bem se isto é uma mulher, sem cabelos e sem nome, sem mais força para lembrar, vazios os olhos, frio o ventre, como um sapo no inverno. Pensem que isto aconteceu: eu lhes mando estas palavras. Gravem-na em seus corações, estando em casa, andando na rua, ao deitar, ao levantar; repitam-nas a seus filhos. Ou, senão, desmorone-se a sua casa, a doença os torne inválidos, os seus filhos virem o rosto para não vê-los”. (Levi, 1988, p. 9).

56 Nesse sentido, conforme as palavras até hoje atuais de Rudolf Von Ihering, o fim do Direito é a paz, e o meio para atingi-la, a luta. Enquanto houver injustiça e tratamento desumano, ou seja, enquanto o mundo for mundo, o Direito terá de lutar. (Ihering, 2007, p. 1-2).

57 Constituição francesa (1946), Constituição italiana (1947), Constituição alemã (1949), Constituição portuguesa (1976), Constituição espanhola (1978), Constituição brasileira (1988), Constituição irlandesa (1990), Constituição suíça (1999), Constituição finlandesa (1999, em vigor em 2000), Constituição de São Tomé e Príncipe (1990), Constituição de Cabo Verde e Angola (1992), Constituição de Guiné Bissau (1993), Constituição de Timor Leste (2002), Constituição de Moçambique (2004), Constituição de Afeganistão e Iraque (2004). (Otero, 2007, v. 1. p. 347-359).

O princípio da dignidade da pessoa humana não está expressamente previsto na Constituição francesa, porém, é utilizado o conceito de ordem pública que inclui o conteúdo da dignidade.

## 2 – Referências às teorias que buscam o fundamento da dignidade da pessoa humana

Antes de abordar o tema da previsão expressa do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Alemã, Portuguesa e Brasileira, no pós-Segunda Guerra Mundial, vale refletir sobre as teorias que buscam sistematizar diversas concepções jurídicas desse princípio.

Em que pese o acolhimento constitucional ser suficiente para a fundamentação normativa da dignidade da pessoa humana como princípio que assenta o Estado de Direito, a indefinição que impera sobre o preenchimento material do conceito e o sentido prático de sua recepção constitucional justifica uma discussão mais profunda. Desta forma, pretende-se contribuir para a compreensão do conteúdo normativo autônomo que é extraído desse princípio basilar<sup>58</sup>.

Há mais de uma matriz de explicação. Niklas Luhmann<sup>59</sup> tem o mérito de evidenciar pela primeira vez a diferença entre dois modelos conceituais distintos: a tese ontológica e a tese funcionalista. Esta última é posteriormente catalogada como teoria da prestação<sup>60</sup>. O autor, adepto da tese funcionalista, entende que *o ser humano é sobretudo ele mesmo*, indivíduo, ou seja, que a natureza social do homem só pode ser pensada posteriormente. Por maior que seja a sua importância, ela é sempre vista apenas como uma condição de seu estilo de vida, como uma barreira ao seu autodesenvolvimento ou como uma transformação idealista ou normativa de sua personalidade existencial em uma personalidade boa e correta, mas não como esfera constitutiva de sua própria individualidade (como: tempo e espaço)<sup>61</sup>.

Posteriormente, a catalogação tripartite de Hasso Hofmann (1993) é a que ganha maior destaque no mundo jurídico: i) a teoria do dote, ii) a teoria da prestação, e iii) a teoria do reconhecimento ou da comunicação<sup>62</sup>.

### 2.1 – Teoria do dote ou da dádiva

Segundo a teoria do dote (*Mitgifttheorie*), a dignidade humana é dádiva divina ou da natureza, conforme a concepção religiosa ou filosófica. Daí advém a sua valia, justamente por ter

---

58 Novais, 2018, v. 2, p. 39.

59 Niklas Luhmann é representante da corrente não-ontológica.

60 Alexandrino, 2010, p. 21.

61 Luhmann, 1965, p. 58.

62 Novais, 2018, v. 2, p. 40.

sido um presente do Criador ou da natureza ao ser humano, o que por si só revela a sua importância. A dignidade humana é vista como a propriedade ou qualidade concedida ao indivíduo. De certa forma, ainda se tem nessa concepção a ideia do homem criado à imagem e semelhança de Deus<sup>63</sup>.

Assim sendo, o dote é percebido como um valor intrínseco de cada homem pelo simples fato de ele ser humano. Por isso, diz-se que essa teoria tem cunho jusnaturalista ou ontológico. A dignidade persiste independente da vontade, capacidade ou do comportamento do ser humano.

O *dote* ou *valia intrínseca* faz do homem um ser único, dotado de autonomia e capacidade de gerir sua vida conforme decisões próprias. Em outras palavras, essa teoria ensina que, independentemente da capacidade de entendimento do humano sobre o mundo que o circunda e, mesmo sem conseguir agir em relação à sua autodeterminação, ele segue tendo dignidade, já que ela se trata de um dote divino ou da natureza intrínseco do ser humano, distinguindo-o dos demais animais.

Os adeptos da teoria do dote seguem a tradição do idealismo alemão e sua ética do ser-pessoa. Se, para Kant, o homem possui dignidade – “um valor interno absoluto” – é porque, graças ao seu intelecto moral-prático, ele se concebe não apenas como um ser da natureza, como uma “coisa”, mas como uma pessoa, isto é, como um sujeito que tem autonomia para praticar seus atos<sup>64</sup>.

Dessa maneira, o Estado deve *respeitar* o homem, pois é dotado de valia natural por ser um humano<sup>65</sup>, possuindo conteúdo valioso e pré-existente de dignidade, de origem natural ou divina, e que deve ser respeitado por todos.

Contudo, mesmo que a dignidade seja um atributo de cada pessoa, independente de sua vontade, situação ou prestação, num esforço de generalização, a crítica feita é no sentido de que não se atribui uma igual dignidade a todos frente à diferenciação da recepção de cada pessoa àquilo que compõe o *dote*<sup>66</sup>.

---

63 Hofmann, 1999, p. 625.

64 Neste contexto, a concepção de cada homem ser ele mesmo e do seu valor absoluto, do qual deriva a sua dignidade – como dádiva ou como desempenho autônomo - ganhou tal plausibilidade e atratividade que, via de regra, destacou-se de todos os obstáculos históricos em que inicialmente se encontrava (24). A bastante discutível complicação metafísica que se confunde em certas interpretações jurídicas do art. 1 GG por razões cristãs, estoicas, idealistas, de filosofia dos valores (25), não pode mais prejudicar a sua eficácia social. (Hofmann, 1999, p. 626.).

65 Hampe, 2023, p. 25.

66 Novais, 2018, v. 2, p. 40-41.

Ademais, no mundo jurídico, não se prestam argumentos religiosos e transcendentais para proteger a dignidade do ser humano. No Direito, são necessários argumentos racionais com fundamentos jurídicos e laicos, que sirvam a todos de maneira igual.

## 2.2 – Teoria da prestação

De acordo com a teoria da prestação (*Leistungstheorie*), contrária à teoria do dote, a dignidade humana é entendida como um resultado do próprio agir. O homem ganha sua dignidade na medida em que determina autonomamente o seu comportamento, conseguindo construir para si mesmo uma identidade<sup>67</sup>. Assim sendo, a dignidade humana é interpretada como uma *prestação* do indivíduo<sup>68</sup>. É uma forma de prestação da individualidade do próprio homem. Traz a ideia da subjetividade humana, na medida em que o ser humano escolhe as ações que irá tomar para a sua própria vida.

Portanto, o sentido da dignidade não se encontra mais na qualidade de natureza divina do indivíduo, mas sim em sua forma de agir, no seu comportamento.

No entanto, as duas teorias jurídicas alemãs de dote e prestação não são fundamentalmente contraditórias. Na verdade, ambas se baseiam, em última instância, no princípio da personalidade do homem, da subjetividade do indivíduo, ou seja: no princípio da autonomia do indivíduo, que a partir do discurso *De dignitate homini* de 1486, do humanista florentino Giovanni Pico della Mirandola, conquistou o pensamento na Europa. Neste contexto, a concepção de cada homem ser ele mesmo e do seu valor absoluto, do qual deriva a sua dignidade – como dádiva ou como desempenho autônomo – ganhou tal plausibilidade e atratividade que, via de regra, se destacou de todos os obstáculos históricos com que inicialmente se encontrava.

Todavia, frente à diversidade deste conceito, o Estado teria o dever de *proporcionar e garantir condições* para que o *indivíduo* conseguisse *buscar* a sua dignidade<sup>69</sup>.

O problema dessa teoria é que ela não é universal, pois não reconhece a dignidade dos incapazes, mas apenas daqueles que possuem condições de optar por suas ações. Há um retrocesso, de certa forma, a um passado em que a dignidade era reconhecida de acordo com a

---

67 Hofmann, 1999, p. 626.

68 Alexandrino, 2010, p. 22.

69 Hampe, 2023, p.27 na versão digital enviada pela autora.

classe social do indivíduo. Aqui não se trata mais de classes sociais, mas de ser dotado de mais ou menos capacidade de escolha dos próprios atos.

Fica claro que essa teoria visa proteger a liberdade de personalidade, desde que dentro do ideário “cristão” ou seguindo os ditames da comunidade em que a pessoa esteja inserida. Assim, aquele que age conforme o esperado no momento, de forma padronizada, é digno. Caso contrário, não o é.

Desta forma, entende-se que essa teoria não pode fundamentar adequadamente a base jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que as compilações metafísicas que se imiscuem no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, seja de estoico, cristão ou de outra filosofia de valores, não podem mais prejudicar sua eficácia social<sup>70</sup>. Ao contrário, o que se espera é que o Estado de Direito seja laico e atenda a todos sem distinção, de forma igualitária, ajam como agirem.

### 2.3 – Teoria do reconhecimento

A teoria do reconhecimento (*Annerkennungstheorie*), também conhecida como teoria da comunicação, entende que a dignidade advém do pertencimento, da participação de um indivíduo em um determinado meio social. Esse pertencimento situa-se no tempo e no espaço, possuindo seu estatuto próprio, que, por alguma razão, é recíproco. Segundo esta teoria, a dignidade é um conceito construído através da intersubjetividade.

Para Hofmann, portanto, a dignidade humana está fundada no reconhecimento social. Assim, não é mais um conceito de substância, qualidade ou prestação, mas sim de comunicação ou relação. A dignidade é produto da convivência, quando um homem é reconhecido pelos seus semelhantes como pessoa digna de iguais direitos. Há, portanto, uma relação de cooperação e solidariedade entre elas.

Tendo em vista que o homem vive com seus pares em determinado meio, existem regras, direitos e deveres exigíveis a todos, sendo necessariamente reconhecida a dignidade com reciprocidade.

---

<sup>70</sup> Hofmann, 1999, p. 627.

Conforme Habermas, a dignidade não é uma qualidade que se *possui* por natureza, como os olhos azuis ou a inteligência, mas algo que só adquire significado “nas relações interpessoais de reconhecimento mútuo, ou seja, no relacionamento igualitário das pessoas umas com as outras”<sup>71</sup>. Em uma versão não transcendental, a *vontade livre* kantiana já não é mais uma dádiva ou qualidade, mas uma “conquista precária de existências finitas que, só tendo em vista a sua vulnerabilidade física e dependência social, conseguem adquirir algo com *força*”<sup>72</sup>.

Através desse reconhecimento social, há uma conotação de autoestima que se sustenta em determinado estatuto digno, sendo agora igual para todos, na medida em que é um “estatuto de cidadãos que obtêm a sua autoestima do facto de serem reconhecidos por todos os outros cidadãos como *sujeitos de direitos iguais e exigíveis*”<sup>73</sup>.

A teoria do reconhecimento opõe-se à visão de dignidade como dádiva ou como prestação por não se tratar de algo transcendental, recebido de Deus ou da natureza pelos humanos, tampouco depende da ação de cada um, mas sim da comunicação entre os indivíduos.

A partir desse ponto, a concepção jurídica da dignidade dá-se na medida em que há uma co-humanidade do ser humano, ou seja, o bem jurídico protegido é a solidariedade, não mais a qualidade ou prestação. Há um conceito relacional<sup>74</sup>.

O eu individual só surge em meio à socialização, na relação com os outros: é nas interações pessoais que se adquire individualidade e identidade.

Entende-se que a teoria do reconhecimento é a mais ampla e adequada. De fato, um ser humano só é considerado digno quando outro assim o considera e vice-versa. Em outras palavras, o reconhecimento dá-se pela comunicação entre indivíduos que se consideram mutuamente dignos dos mesmos direitos e deveres.

Trata-se da aceitação do direito a ter direitos pelos particulares e nas instituições. Daí serem necessárias regras de convivência que estabeleçam direitos e deveres exigíveis de forma igual, a fim de se perseguir a justiça.

Por isso, essa teoria está apta para fundamentar a exigência de não violação da dignidade da pessoa humana no mundo do Direito, garantindo que todos os indivíduos estão sujeitos a iguais direitos e deveres e podem usufruir de liberdade e autodeterminação<sup>75</sup>.

---

71 Habermas, 2006, p. 76.

72 Habermas, 2006, p. 76.

73 Habermas, 2006, p.43 *apud* Novais, 2018. v. 2, p. 43.

74 Alexandrino, 2010, p. 25.

75 Mais sobre o assunto em Novais. (2018. v. 2, p 39-62).

Então, o princípio da dignidade humana é um meio para uma sociedade justa, pois permite que cada pessoa faça o que desejar com o tempo que lhe cabe de vida, cada qual com idêntica liberdade para desenvolver uma autocompreensão ética que lhe possibilita conceitualizar o que é ter uma *vida boa*, respeitando suas crenças e capacidades próprias.

Por isso, nesta concepção teórica, todas as pessoas são sujeitas de direitos, em sintonia com a dignidade da pessoa humana prevista na Constituição. E, se tem direitos, “o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”<sup>76</sup>.

Feita esta pequena digressão, voltamos à constituição da legislação pós-Segunda Guerra Mundial, que permite ao Direito, pelo menos em tese, adequar a convivência dos seres humanos em direção a uma vida digna.

A partir de então, o Estado passa a servir aos cidadãos e não mais o contrário.

### **3 – A recepção da dignidade nas constituições alemã, portuguesa e brasileira**

A breve evolução esboçada acima fornece algumas notas sobre o conteúdo do conceito do princípio da dignidade humana, o qual apresenta características multiculturais e pessoais.

Fica claro que cada um deve escolher o que é uma vida digna para si. Contudo, saber identificar a individualidade de cada pessoa ou de si próprio é o mais difícil e constitui verdadeira missão vitalícia do ser humano.

Daí que a genealogia<sup>77</sup>, ao buscar as origens, traga o passado que constitui o presente. Nada mais se é do que memórias, histórias e documentos que habitam o presente com vivências. As lembranças do passado devem ser ressignificadas no presente para formar o conceito atual. O acolhimento da fugacidade, da finitude de tudo, libera para a construção de um entendimento inaugural, autoral e caleidoscópico<sup>78</sup> que auxilia para se atingir o conteúdo possível da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>76</sup> Artigo 29º, 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <[http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item\\_id&value=1000443](http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=1000443)>. Acesso em: 27 abr. 2023.

<sup>77</sup> “Genealógico significa que a experiência da dignidade humana violada promove uma dinâmica ativa de indignação que oferece constantemente um impulso para a esperança numa institucionalização mundial, ainda que improvável dos direitos humanos”. (Habermas, 2012, p. 25).

<sup>78</sup> Adaptação de Christiane Ganzo e Denise Aerts. (*A arte de se fazer feliz*. Porto Alegre: Bororó, 2013).

Conforme Canotilho<sup>79</sup>, em especial, no prefácio que Habermas fez em seu livro, a carreira tardia do conceito de dignidade humana, no direito constitucional e internacional, parece apenas começar no contexto histórico do Holocausto. Após a massiva desumanização de seres humanos foi necessário concretizar valores que permitissem um mínimo existencial a ser defendido, respeitado e promovido pelo Estado e por particulares.

Incumbe ao Estado garantir condições sociais e econômicas necessárias a uma vida com dignidade<sup>80</sup>. O deputado português Olívio França resumiu o sentimento do constituinte: “Não quero liberdade sem pão”, mas tampouco, “a ideia de comer meu pão sem liberdade”<sup>81</sup>.

É através da positivação da dignidade humana que se abre a “porta de entrada” para a moral no Direito<sup>82</sup>. É essa a dignidade que efetivamente interessa ao Direito: como qualidade de norma jurídica ou, mais precisamente, princípio constitucional<sup>83</sup>.

Assim, após a Segunda Guerra Mundial, ocorre um processo de reconstrução da moral, trazendo aos poucos a positivação da dignidade humana, por meio da realização de tratados internacionais, declarações e textos constitucionais com o princípio da dignidade da pessoa humana insculpido expressamente. Nesse contexto pós-guerra, com todos os traumas envolvidos, a dignidade obtém grande aceitação em diversos ordenamentos, graças ao seu conceito ser aberto e receptivo a variações culturais<sup>84</sup>.

Diante disso, grande parte dos documentos internacionais passam a fazer referência ao direito à dignidade, tais como a Carta da ONU (1945) em seu preâmbulo, já no ano que findou a Guerra: (“A reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas”)<sup>85</sup>; a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no preâmbulo e artigos 1.º e 23.<sup>86</sup>; a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de

79 Canotilho, 2012b, p. 11.

80 Sánchez, 2023, p. 118-119.

81 “resumió el sentimiento de la Constituyente: «No quiero libertad sin pan», pero tampoco «la idea de comer mi pan sin libertad”. DAC, n.º 21, p. 514, citação feita em Sánchez. (2023, p. 119).

82 “Passados duzentos anos de história constitucional moderna, reconhecemos melhor as características desta evolução *desde o seu início*: a dignidade humana constitui, por assim dizer, o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito”. (Habermas, 2012, p. 37).

83 Novais, 2018, v. 1, p. 17.

84 Princípio constitucional supremo, com uma tentativa tendencialmente consensual dentro de um pluralismo razoável, de estabelecer um conteúdo normativo. (Novais, 2018, v. 1, p. 25).

85 Disponível em: <<https://unric.org/pt/wp-content/uploads/sites/9/2009/10/Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es- Unidas.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

86 “Artigo 1.º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Discriminação Racial de 1965 (preâmbulo)<sup>87</sup>; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (preâmbulo e parágrafo 1.º do artigo 10.º)<sup>88</sup>, além do Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos de 1966, que entrou em vigor em 1976, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1978, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, publicada em 1979, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção sobre a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)<sup>89</sup>.

A conjugação dos diferentes direitos e previsões constitucionais passa a clarificar a luz sobre a unidade do sistema, onde o que conta é a unidade da pessoa. A partir de então é que o “*homem situado* do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se

---

Artigo 23.º (...) 3 - Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/geral/legislacao-relevante/declaracao-universal-direitos-humanos>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

87 Preâmbulo: “OS ESTADOS PARTES NA PRESENTE CONVENÇÃO, considerando que a Carta das Nações Unidas fundamenta-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados-Membros comprometeram-se a agir, separada ou conjuntamente, para alcançar um dos propósitos das Nações Unidas, que é o de promover e encorajar o respeito universal e efetivo pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião; CONSIDERANDO que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que cada indivíduo pode valer-se de todos os direitos nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, principalmente de raça, cor ou origem nacional; CONSIDERANDO que as Nações Unidas condenaram o colonialismo e todas as práticas de segregação e discriminação que o acompanham, em qualquer forma e onde quer que existam, e que a Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais, de 14 de dezembro de 1960 (Resolução 1.514 {XV} da Assembleia Geral), afirmou e proclamou solenemente a necessidade de colocar-lhes fim, de forma rápida e incondicional; considerando que a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 20 de novembro de 1963 (Resolução 1.904 {XVIII} da Assembleia Geral), afirma solenemente a necessidade de se eliminar rapidamente todas as formas e todas as manifestações de discriminação racial através do mundo e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana”. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%20106%20\(XX\)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf](https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%20106%20(XX)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2023.

88 Preâmbulo:

“Os Estados-partes no Presente Pacto, considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, 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, reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,”

“Artigo 10.º

§1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

89 Sarmiento, 2020, p. 65.

muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino”<sup>90</sup>.

Vale ressaltar que, isso somente é possível em um regime democrático, como os dos países aderentes aos documentos internacionais e nacionais que enaltecem a dignidade humana como fundamento de existir do Estado, onde ocorre o diálogo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito. O princípio da dignidade revela que o Estado tem como fim o indivíduo e não o contrário. Dito de outra forma, é incompatível a coexistência da dignidade da pessoa humana com Estados antidemocráticos.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana está organicamente articulada com a vontade do povo, sendo igualmente fundamento e limite do Estado democrático configurado pela Constituição<sup>91</sup>.

Desta forma, à medida que o regime antidemocrático é derrubado, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a constar de forma evidente e destacada na própria arquitetura da Constituição, conforme se analisa de forma sucinta abaixo os casos da Alemanha, Portugal e Brasil.

### 3.1 – Na Constituição da Alemanha

“Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland/1949  
Artikel 1

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Miranda, 2020, p. 230.

<sup>91</sup> Miranda, 2020, p. 229.

<sup>92</sup> Deutscher Bundestag - I. Die Grun. Drechte Visto em 15/2/23. (Canotilho; Vital, 2007, v. 1, p. 198).

“Artigo 1.º (*Proteção da dignidade da pessoa humana*)

(1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de respeitá-la e protegê-la.

(2) O Povo Alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, da paz e da justiça no mundo.

A Alemanha, como protagonista do nazismo e do Holocausto, vinculou-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, com o intuito de jamais ser mais uma vez a motivadora de uma tragédia humanitária. O artigo 1, parágrafo 1, frase 1 da Constituição declara que *a dignidade humana é inviolável*. Assim, o Estado distancia-se, em termos negativos, do sistema de injustiças do Estado nacional-socialista que feriu de morte a dignidade humana. A dignidade do indivíduo passa a ser valorizada como identidade da nação<sup>93</sup>, já no artigo 1.º, o qual destaca o princípio da dignidade humana como base que assenta o Estado.

Segundo o professor da Universidade de Leipzig, Christoph Enders, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como princípio fundamental e valor na ordem jurídica e constitucional alemã a partir da Constituição de 1949, assumindo a função de princípio fundamental e orientador de todo o ordenamento jurídico, tal qual “uma espécie de ‘superdireito’ fundamental, no sentido de um direito a ter direitos”<sup>94</sup>. Dito em outras palavras, é princípio fundamental do direito constitucional objetivo, ou seja, princípio constitucional supremo da ordem constitucional.

“Admitir a dignidade humana como uma concepção mediante a qual se designa a essencialidade particular do ser humano, e que assim a explicita para o ordenamento jurídico positivo, trata-se de um fenômeno recente”<sup>95</sup>. Até adentrar na Constituição, a discussão sobre o que de fato distingue o ser humano dos demais seres não se balizava “a partir da palavra-chave *dignidade*”. Como antes visto, a forma essencial do indivíduo era tratada, considerando sua posição no cosmos, na sua individual relação com Deus ou ainda em relação a sua racionalidade.

Daí que, após a vivência transpessoal e orgânica do terceiro Reich, o legislador de 1948, de forma premeditada e não casual, iniciou a sistematização da Lei Fundamental pela referência à

---

(3) Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam, como direito diretamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial”.

(A lei fundamental da República Federal da Alemanha: com um ensaio e anotações de Nuno Rogério, editora Coimbra, 1996, ISBN 972-32-0749-4, p. 124).

“(1) A dignidade humana é inviolável. Respeitá-los e protegê-los é obrigação de todo poder estatal.

(2) O povo alemão, portanto, professa os direitos humanos invioláveis e inalienáveis como base de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os seguintes direitos fundamentais vinculam a legislação, o poder executivo e o judiciário como lei diretamente aplicável”.

Disponível em: <[https://www.google.com/search?q=google+tradutor+alem%C3%A3o+portugu%C3%AAs&rlz=1C1GCEB\\_enBR937BR937&oq=google+tradutor+alemao+portgu&aqs=chrome.l.69i57j0i13i512j0i22i30i625j0i8i13i30i625j69i64.9589j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=google+tradutor+alem%C3%A3o+portugu%C3%AAs&rlz=1C1GCEB_enBR937BR937&oq=google+tradutor+alemao+portgu&aqs=chrome.l.69i57j0i13i512j0i22i30i625j0i8i13i30i625j69i64.9589j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)>. Acesso em: 23 02 2023.

93 Enders, 2018.

94 Enders, 2018.

95 Nettesheim, 2019, p. 25.

dignidade da pessoa humana, “na dupla vertente de técnica jurídica de limitação do poder do Estado e de afirmação de um “espaço pessoal” na existência política”<sup>96</sup>.

A proposição sobre a dignidade humana formula a base, o pressuposto lógico do raciocínio de tudo que se segue: para o reconhecimento dos direitos do ser humano que lhe cabem como direitos humanos por força de sua dignidade (art. 1, par. 2, da Constituição), para a implementação e concretização desse reconhecimento em direitos humanos avulsos diretamente aplicáveis (art. 1, par. 3)<sup>97</sup> que vinculam o poder estatal em todas as suas funções. O Estado tem a função de servir o ser humano, e precisa justificar suas medidas frente à liberdade dos indivíduos. Essa obrigação justificatória do poder público retira ainda a possibilidade (artigo 79, parágrafo. 3, da Lei Fundamental)<sup>98</sup> de que, nos termos da Constituição alemã, quaisquer direitos, princípios ou interesses do bem comum, ainda que advindos ou reconhecidos pela Lei Fundamental, sejam “preferidos à dignidade humana e realizados às custas dela”<sup>99</sup>.

Embora, em 1919, a Constituição Alemã de Weimar já contivesse a dignidade expressa no corpo de seu artigo 151 (*com o fim de garantir uma existência com dignidade para todos*), a expressão *dignidade* estava ligada então à atividade econômica, não constando como princípio supremo. O que se tinha naquele momento era uma visão bem mais tímida da sua abrangência e poder.

Entretanto, com a divisão da Alemanha, o lado ocidental adotou o regime de governo democrático. Assim, nesse contexto foi promulgada a Lei Fundamental em 23 de maio de 1949, uma carta magna da vida pública alemã. A partir de então, a ordem jurídica passou a garantir que o ser humano é o motivo de existir do Estado, diversamente do que ocorrera no período nazista. A dignidade da pessoa humana é positivada na ordem máxima. A pena de morte é proibida. Restou institucionalizado o dever do Estado de proteger todas as pessoas. Com isso, os

---

<sup>96</sup> Alemanha. Constituição. A lei fundamental da República Federal da Alemanha com um ensaio e anotações de Nuno Rogerio. (1996, p. 124-125).

<sup>97</sup> “Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2023.

<sup>98</sup> “Artigo 79 - Alteração da Lei Fundamental

(3) Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20”. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2023.

<sup>99</sup> Enders, 2018, p. 517.

indivíduos podem exigir em juízo seus direitos humanos e se rompe com o Estado anterior, dando início a uma nova era.

A carta magna alemã serve de modelo para países que querem migrar para a democracia. Com mais de 70 (setenta) de vigência, continua atual, mesmo depois da unificação da Alemanha em 1989, com a queda do Muro de Berlim.

A dignidade da pessoa humana passou a ter vigência para todo o povo alemão em outubro de 1990. “A Lei Fundamental de Bonn é seguramente um dos textos mais significativos e representativos do constitucionalismo contemporâneo”<sup>100</sup>. Inclui no seu texto a referência ao fato de o Estado alemão ter se erguido dos escombros com o propósito de construir uma democracia balizada no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor primordial.

Assim, o Poder Público passou a garantir que as interrelações humanas fossem assentadas na dignidade humana, como forma de manifestação da vontade do povo. Conforme o texto do artigo 1.º, n.º 1, da *Grundgesetz*, o qual deve ser entendido como “A Alemanha é uma República baseada na dignidade humana”<sup>101</sup>, esta passou a ser protegida de forma a não se tornar atacável novamente.

Perceba-se nesse contexto uma situação de articulação intensa que a “teoria do reconhecimento” prevê entre a dignidade da pessoa humana e o princípio democrático<sup>102</sup>.

Inexiste dúvida de que a Alemanha, na sequência das barbáries perpetradas durante a II Guerra Mundial e o Holocausto, se elevou ao papel de maior promotora ou impulsionadora da recepção da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, influenciando todo o direito constitucional contemporâneo ocidental.

Com um novo alcance, a admissão da dignidade como princípio supremo, logo no primeiro artigo da Lei Fundamental de Bona, foi seguida pela Constituição de Portugal de 1976, “onde o papel dominante e fundador da dignidade da pessoa humana surge também definido de forma paradigmática logo no artigo primeiro (...)”, bem como posteriormente adotado no artigo primeiro da Constituição brasileira de 1988 de forma sintomática<sup>103</sup>.

---

100 Presidente do Tribunal Constitucional Português, José Manuel M. Cardoso da Costa, Lisboa 1996. (Alemanha. Constituição. A lei fundamental da República Federal da Alemanha com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro, 1996, p. 9).

101 Hofmann, 1999, p. 639.

102 Hofmann, 1999, p. 639, 642 *apud* Alexandrino, 2010, p. 26.

103 Novais, 2018, v. 1, p. 54.

### 3.2 – Na Constituição de Portugal

Constituição da República Portuguesa de 1976.

“ARTIGO 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”<sup>104</sup>.

A atual Constituição Portuguesa é fruto da Revolução de 25 de Abril de 1974 – a Revolução dos Cravos – a qual coloca fim (i) ao Estado Novo, “regime autoritário de extrema-direita, de inspiração nacionalista, corporativista e fascizante”, com influência do regime fascista italiano<sup>105</sup>, e (ii) à Constituição de 1933. As forças políticas e sociais e os movimentos populares irrompem após o período da repressão. A era do colonialismo tem seu fim. Um grande processo de alteração da ordem econômica e política ocorre, abrindo as portas para o socialismo. É nesse contexto que surge a Constituição da República<sup>106</sup>, que entra em vigor no dia 25 de abril de 1976, um ano após a eleição da Assembleia Constituinte. Consagra-se o Estado de Direito, republicano, unitário, social e democrático<sup>107</sup>. O próprio preâmbulo revela sua origem e história – “natureza revolucionária na transição de um regime ditatorial e colonialista —, das aspirações do poder constituinte da época — fundar um Estado de Direito, com o reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos e instituir um regime democrático”<sup>108</sup>.

Embora a Constituição anterior, de 1933, já contivesse o termo *dignidade humana* no n.º 3 do artigo 6º, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional de 1951<sup>109</sup>, tratava-se de uma forma muito mais tímida que a atual, limitada à questão econômico-social. O Estado não possuía como pilares o princípio da dignidade da pessoa humana, mas apenas o propósito de atender a melhoria das condições de vida das classes mais desfavorecidas. A incumbência do Estado era a de zelar para que todos os cidadãos tivessem um nível de vida compatível com a dignidade humana. Conforme leciona Jorge Miranda, não foi na esteira das Constituições do pós Segunda-Guerra que a Constituição Portuguesa introduziu a dignidade humana como valor supremo. A

104 Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

105 Gouveia, 2021, v. 1, p. 416, 417.

106 A elaboração de uma nova Constituição, por uma Assembleia Constituinte, fazia parte dos programas das forças antifascistas organizadas. (Canotilho; Vital, v. 1, 2007, p. 18-19).

107 Gouveia, 2021, v. 1, p. 416.

108 Silva, 2016, p. 88.

109 Conforme salienta Novais, a “dignidade humana” ingressou na Constituição após a Segunda guerra, não em 1933, “como erroneamente se vem propalando”, mas somente em 1951, depois do começo da difusão generalizada do conceito em papéis jurídicos. (Novais, 2018, v. 1, p. 52).

então Constituição do regime autoritário de 1933, com suas revisões de 1951 e 1945<sup>110</sup>, em que pese representar um progresso, fazia prevalecer “uma linha principalmente assistencialista e paternalista”<sup>111</sup>.

Posteriormente, na revisão constitucional de 1971, o objetivo continuava a limitar-se a “assegurar a todos os cidadãos um nível de vida de acordo com a dignidade humana”, ou seja, também na revisão de 1971, o cuidado com a dignidade surge como condição do reconhecimento da liberdade de culto e de religião<sup>112</sup>, sendo bem mais tímido do que o acolhimento atual.

O reconhecimento da dignidade ganhou contornos mais nítidos e definitivos na revisão constitucional de 1989, a qual conferiu a atual redação ao artigo 1º da Constituição de Portugal. Trata-se de uma afirmação peremptória e enfática de grande importância e significado. Tem o propósito de marcar a Constituição com um firme propósito humanista e personalista do Estado, o qual existe por causa do homem. Afirmar a dignidade da pessoa humana é reconhecer que é dotado de autonomia ética, singular a cada indivíduo concreto, o qual é portador de um destino e de uma vocação exclusivos e irrepetíveis, de realização responsável e livre, a ser cumprida em uma relação social e de solidariedade na comunidade, com base na total igualdade de todos os indivíduos, a ponto de nenhum deles ser reduzido a mero instrumento ou escravo de outro homem ou do Estado<sup>113</sup>.

A par de seu tempo, há uma alteração do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social. Portugal passa a ter como norma superior o respeito ao indivíduo em si mesmo. A pessoa humana torna-se o norte do Estado, uma vez que é sua razão de existir. Buscava-se a melhor fusão entre liberdade individual e igualdade material, entre a manutenção das prioridades básicas do indivíduo em contraposição ao Estado, bem como a promoção de novas facetas da dignidade da pessoa humana<sup>114</sup>.

Portanto, não há sentido de haver um governo organizado, tampouco um Estado forte, se não for para servir à própria comunidade. Dito de outra forma, o Poder Público não tem mais razão de existir, salvo se for para respeitar e promover o seu norte, qual seja, o ser humano na sua individualidade. Nas palavras de Paulo Otero, “é na pessoa humana viva e concreta e na sua

---

110 Art. 45 - refere-se à dignidade da pessoa humana como limite à liberdade dos cultos. (MIRANDA, 2020, p. 228).

111 Miranda, 2020, p. 228.

112 Novais, 2018, v. 1, p. 52.

113 Costa, 1999, p. 191-192.

114 Sánchez, 2023, p. 118.

dignidade inviolável que o Estado de direitos humanos encontra o seu referencial axiológico (...)”<sup>115</sup>.

Esse princípio jurídico-constitucional, com sua atual configuração que assenta o Estado de direito, passou então a alcançar um protagonismo próprio<sup>116</sup>.

Assim, de maneira semelhante à Lei Fundamental da Alemanha, o artigo 1.º da Constituição prevê que Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana. Além disso, a proximidade íntima com o artigo 2.º também é um caso de ligação entre a dignidade humana e o princípio democrático que traz um sentido nítido – bem como prevê a *teoria do reconhecimento* de Hasso Hofmann, nos termos da qual a dignidade é concebida como conceito relacional, “como promessa e pretensão de reconhecimento recíproco, como fundamento de uma comunidade de quem se reconhece nos valores solidarísticos”<sup>117</sup>.

Veja-se ainda que o artigo 1º está insculpido nos *Princípios Fundamentais*, o qual vem antes da Parte I, que trata dos *Direitos e Deveres Fundamentais*. Isso dá a dimensão de importância e abrangência que se pretendeu garantir à dignidade humana quando positivada na Carta Magna<sup>118</sup>. Nota-se que os primeiros artigos se dedicam a caracterizar o Estado português como (i) uma *república* (artigo 1.º da C.R.P.), (ii) assente na *soberania popular* (artigo 3.º da C.R.P.), com um *Estado unitário, com Regiões Autónomas* e com (iii) base nos *princípios da subsidiariedade, da autonomia do poder local e da descentralização democrática da Administração Pública* (artigo 6.º da C.R.P.), (iv) assente no *princípio da independência nacional*, internacionalmente comprometido com os valores jurídicos do respeito pelos direitos do homem e da cooperação internacional e com as disposições dos tratados que regem a União

115 Otero, v. 1, 2010, p. 33.

116 Novais, 2018, v. 1, p. 52.

117 Alexandrino, 2010, p. 25.

118 “A partir daqui, da consciência jurídica portuguesa e de diferentes preceitos constitucionais podem sintetizar-se as directrizes básicas seguintes:

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
- c) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas;
- d) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- e) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter, a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- f) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- g) A protecção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;
- h) A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”. (Miranda, 1999, p. 476).

Europeia (artigos 7.º e 8.º da C.R.P.), bem como a (v) afirmar os *Princípios Fundamentais* nos quais esta se fundamenta e pelos quais se rege, quais sejam, — *princípio da dignidade da pessoa humana* (artigo 1.º da C.R.P.), *princípio do Estado de Direito* (artigo 2.º da C.R.P.), *princípio democrático* (artigo 10.º da C.R.P.) e *princípio da igualdade* (artigo 13.º da C.R.P.)<sup>119</sup>.

Salienta-se que a dignidade precede a vontade popular na Constituição, sendo a base legítima da República. E assim, o próprio artigo 1.º revela qual é o sentido em que a dignidade da pessoa humana foi recepcionada, ao fazer referência às palavras “justa, livre e solidária”, ou seja, a Constituição Portuguesa, através de seus *princípios fundamentais*, fornece descrição a si mesma<sup>120</sup>.

A Carta Magna portuguesa nunca legitima um exercício de soberania popular que vá contra a dignidade humana. Ao contrário, a democracia resulta justamente do respeito da dignidade humana, estando a ela subordinada<sup>121</sup>.

A Constituição de 1976 confere uma proteção sólida às liberdades e direitos fundamentais, “acrescentando às dimensões liberal e democrática, uma outra, a dimensão social”<sup>122</sup>.

Assim como na maior parte das constituições em Estado de Direito, há um conjunto de direitos que estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, sem os quais o ser humano perde seu valor e sua qualidade de homem. “E, esses direitos (pelo menos, esses) devem ser considerados *patrimônio espiritual comum da humanidade* e não admitem, hoje, nem mais de uma leitura, nem pretextos econômicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial”<sup>123</sup>.

Nesse sentido, a Constituição lusa proclamou a subordinação dos direitos fundamentais a um *princípio de valor* que transcende a vontade política dos Estados, qual seja a dignidade da pessoa humana, da mesma forma como previsto no preâmbulo da Declaração Universal, sendo escolhida como “fator de unidade na interpretação do conjunto de direitos fundamentais”<sup>124</sup>.

A Constituição de 1976, confere uma unidade de sentido, de valor jurídico-constitucional, e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. “Nesse sentido, pode afirmar-se

---

119 Silva, 2016, p. 88.

120 Canotilho; Vital, 2007, v. 1, p. 193-194.

121 “(...) se a democracia atentar contra a dignidade de cada pessoa humana viva e concreta, nega o seu próprio fundamento de existência”. (Otero, 2010, v. 1, p.36).

122 Andrade, 2019, p. 24.

123 Andrade, 2019, p. 35.

124 Andrade, 2019, p. 45.

que os direitos fundamentais constituem um *sistema* ou uma *ordem*”<sup>125</sup>. E a dignidade da pessoa humana é sua base e fundamento, ou seja, como dito anteriormente, “na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”<sup>126</sup>, não é “uma unidade puramente lógica ou funcional, mecânica ou sistêmica, neutra, mas sim uma unidade normativa-valorativa, *uma unidade de sentido cultural*, como é, de resto, próprio da unidade de um (sub)sistema jurídico”<sup>127</sup>.

### 3.3 – Na Constituição do Brasil

Constituição da República Federativa do Brasil/1988:

“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”<sup>128</sup>.

A Constituição Federal vigente do Brasil, de forma similar às constituições da Alemanha e de Portugal, foi promulgada com a entrada do regime democrático. O princípio da dignidade humana, inserido com suprema importância, aparece no texto da magna carta logo após o preâmbulo.

A dignidade da pessoa humana consta no artigo 1, inciso III, da Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito. A posição deste artigo é distinta da previsão dos direitos fundamentais, o que dá maior importância ao princípio considerado fundamental.

Ainda a respeito de sua localização, a comunicação com a previsão no texto, de que se trata de um Estado Democrático de Direito, permite observar a sintonia de valores, assim como nas Constituições Alemã e Portuguesa. O princípio da democracia lado a lado ao princípio da dignidade. Dessa forma, o indivíduo passa a ser a causa de existir do Estado, ao contrário do que sucedia antes, durante o regime autoritário.

125 Andrade, 2019, p. 97.

126 Miranda, 1999, p. 473.

127 Andrade, 2019, p. 97.

128 Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2023.

A dignidade da pessoa humana funciona como base e limite do domínio do Estado. Acolhe-se a ideia do indivíduo conformador de si mesmo e das suas escolhas de vida conforme seu próprio projeto espiritual<sup>129 130</sup>.

Os horrores da Segunda Guerra Mundial, de forma similar aos demais países democráticos ocidentais, serviram para fomentar o desejo de fortalecer o Direito, de maneira a proteger cada homem e cada mulher de condutas cruéis pelo Estado. Então, a Constituição Federal de 1988 serviu para colocar o ser humano no centro mais importante do ordenamento jurídico. O princípio da dignidade foi, assim, direcionado a um patamar elevado, de forma a irradiar seus efeitos tanto aos particulares como ao Estado.

Todavia, por vezes, no Brasil tem-se feito um uso incorreto do princípio<sup>131</sup>. Tanto por parte dos julgadores como pelos advogados, o excesso de referência e a utilização do instituto para fundamentar decisões e interesses acaba por enfraquecê-lo, além de criar mais nebulosidade sobre o seu conteúdo normativo.

Tal atitude presta-se para fomentar o ativismo judicial<sup>132</sup>, o que eventualmente gera o desequilíbrio do sistema de pesos e contrapesos<sup>133</sup> e a vulnerabilidade do Estado de Direito Democrático.

Finalmente, resta saber se as previsões normativas de tutela da dignidade da pessoa humana, com origem política na Grécia Antiga e nos valores judaico-cristãos, representam, de fato, uma efetivação desse princípio ou se trata-se de mera previsão formal da Constituição.

O tempo demonstra que houve evolução, mas que há muito mais a ser conquistado para que o mundo dos fatos e o consciente coletivo se aproximem da letra fria da Lei: (i) a abundância de riqueza existente no mundo não justifica a pobreza de populações, às quais não é garantido um

---

129 Canotilho, 2003, p. 225-226.

130 O fato de a dignidade ser considerada a base em que assenta a República, determina toda a organização, objetivos, natureza e funcionamento do Estado em sentido desse princípio. (Novais, 2018, v. 1, p. 62).

131 Até a data de 4 de março de 2023, havia 657 acórdãos e 7.047 decisões monocráticas, resultado da pesquisa para o indexador “dignidade da pessoa humana” no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

132 O Ativismo Judicial remete a uma ideia negativa de intervenção judicial, e dessa forma é comumente utilizado - dado o termo ter sido difundido pela primeira vez em 1974 na revista americana *Fortune*, pelo historiador Arthur Schlesinger, de forma pejorativa para descrever a atuação da Suprema Corte Americana. O artigo apresentou o perfil de todos os nove juízes da Suprema Corte. Mas nem mesmo Arthur Schlesinger poderia imaginar que a palavra se tornaria tão popular no futuro.

133 O ativismo judicial tem notória ligação com o sistema de “checks and balances”, inaugurado por Montesquieu. Tal sistema tem fundamento no equilíbrio de competências e independência funcional entre os poderes fundamentais do Estado. Na atualidade, a noção de interdependência de poderes revela que a ideia de separação de funções e competências não é estanque, mas demonstra o benefício de relações colaborativas e aplicação de institutos de controle entre os órgãos. (Piçarra, 1989).

mínimo existencial para o bem-estar social, econômico e cultural; (ii) o valor da vida e da liberdade ainda é tratado de forma diferente de acordo com a cor da pele, classe social ou origem do cidadão; e (iii) seres humanos ainda são discriminados pelas escolhas íntimas que fazem sobre o seu ideal de felicidade.

### *3.4 – Da delimitação do tema*

Tendo em conta a inabarcável dimensão normativa do princípio da dignidade da pessoa humana – que seria incompatível com os limites da presente investigação – opta-se por se centrar os passos seguintes da investigação na esfera que mais diretamente incide sobre o objeto do estudo: a autonomia e autodeterminação relativas à liberdade do indivíduo para programar a própria vida, no que diz respeito ao desenvolvimento de sua personalidade e ao direito fundamental a constituir família.

## CAPÍTULO II – DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO

“A dignidade do homem radica nesta capacidade e neste encargo da autoconstrução. São estes que o distinguem e superiorizam”<sup>134</sup>.

No que tange ao conteúdo normativo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, verificam-se duas dimensões: a (i) dignidade como integridade e a (ii) dignidade como igualdade. Por sua vez, no que tange a (i) dignidade como integridade, tem-se a dimensão da dignidade que é ofendida quando ocorre, a (i.i) lesão à humanidade intrínseca da pessoa, como nos casos de escravatura, nas atrocidades que ocorreram na Segunda Guerra Mundial, nas situações em que os presidiários se encontram em muitos dos presídios brasileiros, no caso do canibal de Rotenburg em 2004 na Alemanha, os quais são exemplos pragmáticos de situações que não deixam dúvida, para a grande maioria, de serem tratamentos desumanos. Ainda na dimensão da dignidade como integridade, está abrangida a (i.ii) dignidade da pessoa humana como sujeito, a respeito da qual há ofensa quando não são reconhecidas e garantidas a autonomia, a liberdade e as condições materiais mínimas que possibilitem ao indivíduo se assumir como sujeito da própria vida. A dignidade como autonomia está conectada à consciência de que cada um tem de si próprio, a capacidade para estabelecer relações familiares, sociais, de se responsabilizar por seus atos e programar sua vida. Diz respeito à capacidade de escolha moral e racional conforme seus valores particulares. Qualquer limitação dessa capacidade por parte do Estado deve ser necessariamente justificada na manutenção da reciprocidade de respeito pela igual dignidade das pessoas e pelo estatuto da humanidade, bem como na garantia de disponibilidade futura e atual da autonomia da pessoa. Ainda há violação da dignidade na dimensão da integridade do ser humano quando se nega ao indivíduo a participação na vida pública, considerando a importância decisiva dos impactos políticos na vida de cada um<sup>135</sup>.

Também na dimensão da dignidade como sujeito, há ofensa ao princípio quando a (i.ii.i) pessoa é tratada de forma degradante, tal qual objeto ou coisa, ou apenas considerada como meio para alcançar fim alheio (a fórmula do objeto, de inspiração Kantiana, interpretação jurídica de Durig e aplicação inicial pelo Tribunal Constitucional alemão). A pessoa deve ser considerada como sujeito autônomo, não como coisa ou mero meio ultrajante para fins de terceiros. Ainda na concepção da afetação da dignidade enquanto integridade, há ofensa (i.ii.ii) quando atingido o

<sup>134</sup> Ascensão, 2010, p. 53.

<sup>135</sup> Novais, 2011, p. 46-54.

núcleo essencial dos direitos fundamentais de personalidade, no que tange ao núcleo da pessoa considerada como tal, o seu âmago<sup>136</sup>.

Finalmente, na (i) dignidade como integração, também pode haver ofensa ao princípio constitucional na ação ou omissão que priva a pessoa humana de desenvolver sua capacidade para ser sujeito. Trata-se da dimensão da (i.iii) dignidade como *capacitação* da pessoa para ser sujeito da própria vida, na qual se incluem a possibilidade material para a educação e aquisição de conhecimento a fim de que tenha condições de ser sujeito da própria vida em uma sociedade complexa, o não abandono do sujeito à penúria e, havendo disponibilidade pública, a negativa de ajuda mínima para uma sobrevivência condigna<sup>137</sup>.

Feita essa síntese para fins didáticos, adotando-se os argumentos de Novais, importa agora tratar do princípio da dignidade da pessoa humana na concepção da autonomia, da autodeterminação e no direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Especialmente após a Segunda Guerra, o indivíduo passa a ser o cerne de toda e qualquer atividade realizada pelo Estado. A pessoa humana transforma-se no mais importante núcleo de proteção da ordem jurídica. Assim, e justamente por essa pessoa humana ser revestida de personalidade própria, a tutela do indivíduo não pode deixar de incluir a proteção da própria personalidade; não se pode desvincular uma da outra, considerando que estão umbilicalmente relacionadas. Desta feita, para garantir a dignidade da pessoa humana deve lhe ser facultado o livre e autônomo desenvolvimento de sua personalidade. Importa não existir um *molde* da personalidade, onde um terceiro (Estado ou particular) imponha ao indivíduo certo modelo de como deve conduzir sua vida, de forma a criar, assim, um ser humano modelo, ou até artificial, uma vez que não é fruto do seu próprio desenvolvimento, mas da criação de terceiro. Então, a proteção ao desenvolvimento da personalidade parte, pois, deste pressuposto, dado que, para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, é preciso permitir que o indivíduo se desenvolva com base em critérios subjetivos, e não em critérios objetivos impostos forçosamente por terceiro<sup>138</sup>.

---

136 Novais, 2011, p.54-61.

137 Novais, 2011, p. 61-62.

138 Miranda, 2013, p. 11175.

Dito de outra forma, o direito ao desenvolvimento da personalidade<sup>139</sup> constitui “expressão direta do postulado básico da dignidade humana. (...) A dignidade humana encontra aqui uma sede fundamental de definição normativa: quem invoca a dignidade humana não poderá deixar de ter em conta, simultaneamente, os direitos aqui consagrados, pois estes dão-lhes expressão mais definida”<sup>140</sup>.

Daí se pode dizer que a autonomia e a dignidade da pessoa humana são incidíveis<sup>141</sup> porque não há personalidade<sup>142</sup> sem autonomia de vontade, e tampouco dignidade sem personalidade. “A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”<sup>143</sup>.

Diga-se ainda, para ir mais a fundo na questão, que a autonomia e a autodeterminação são palavras utilizadas em várias disciplinas do saber humano, mas nem sempre como sinônimos. A ideia de autonomia como base da moralidade foi criada por Kant. O próprio imperativo categórico kantiano estabelece essa noção: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma lei universal”. Mais ainda, a sentença de Kant é a que melhor explica tal argumento: “A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”, ambos em *A metafísica dos costumes*.

Kant ressaltou que a autonomia não é expressão do auto-interesse, ou seja, não é uma justificativa para o egoísmo, assim como Judith Martins-Costa também afirmou que a

---

**139 “Artigo 26.º (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 protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas 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 efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos”.

Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-50453675>>. Acesso em: 28 abr. 2023.

140 Miranda; Medeiros, v. 1, 2017, p. 442.

141 Sobre o assunto: Miranda, 1999, p. 483-484.

142 Destaca-se que “a personalidade jurídica, isto é, o reconhecimento pelo Direito de que determinada realidade é suscetível de ser titular de direitos e estar adstrita a obrigações, traduzindo o cerne do tratamento do ser humano como pessoa e não como coisa”, importa reconhecer que é a circunstância do indivíduo ter natureza humana o que justifica o tratamento dado pelo Direito, reconhecendo-lhe personalidade jurídica. Em outras palavras, a personalidade jurídica não é uma causa, mas sim uma consequência da intervenção do Direito na tutela humana. O valor primário, superior e causal é sempre da pessoa humana, garantindo-se o respeito pela sua dignidade. (Otero, 1999, p. 31-33).

143 Miranda, 1999, p. 476.

“Autonomia não é exercício de egoísmo. Ela é exercida no intermundo, é uma autonomia solidária”<sup>144</sup>. Em outras palavras, a autonomia significa capacidade para tomar decisões. Está baseada no desenvolvimento psicológico e moral de cada indivíduo ao longo de sua vida, de acordo com a sua maturidade.

Observa-se a distinção entre autonomia e autodeterminação, na medida em que se tratam de diferentes elementos do processo de decisão. “A Autonomia envolve a capacidade para pensar e deliberar sobre um problema, ou seja, envolver-se com o assunto, compreender e avaliar o tipo de alternativas. A autodeterminação, por outro lado, é a possibilidade de agir sobre ele, mesmo que seja apenas pela simples comunicação de uma preferência por uma das alternativas avaliadas”<sup>145</sup>.

A autonomia, portanto, é a manifestação da subjetividade e da intersubjetividade decorrente da autodeterminação, como forma de expressão de sua personalidade<sup>146</sup>. Conforme Oliveira Ascensão, o ser humano “tem dignidade porque é pessoa. É um ser ético porque é autoconsciente e dotado antes de mais nada de autodeterminação e consciência moral. Não é apenas um ser biológico ou um ser ao sabor do arbítrio: é um ser com fins de realização próprios. É responsável pela condução da sua vida. Nisso reside a sua dignidade”<sup>147</sup>.

## 1 – Eu referencial

Também deve ser tido em consideração que a noção de personalidade requisita a de outras personalidades. Dito de outra forma, o núcleo dessa assertiva pode também definir-se como “o Eu pressupõe e reclama o Outro”. Não há quem se sinta plenamente indivíduo, salvo em frente de outras personalidades ou seres. Ninguém consegue pensar no seu eu, sem que nesse mesmo momento esteja implícita a ideia do eu alheio. O eu não existiria sem o tu ou o ele. Tal diz respeito a um singular que não se pode pensar senão em relação a um plural. Trata-se, com efeito, da impossibilidade de pensar sobre a ideia de personalidade de um só, isolado, sem os demais, os outros; da mesma forma como pensar em um número sem imaginar os antecedentes e posteriores, ou a sílaba de uma palavra sem todo o conjunto da palavra. Da mesma forma, ao referir *eu*,

144 Martins-Costa, 2003 *apud* Goldim, 2015.

145 Ahronheim; Zuckerman, 1994 *apud* Goldim, 2015, p. 120.

146 Judith, 2003 *apud* Goldim, 2015, p. 120-121.

147 Ascensão, 2010, p. 53.

pressupomos que não se trata de um outro *eu*, e se dizemos tu, é porque nos percebemos como um autêntico eu. Tratam-se de dois opostos do mesmo conceito. De certa forma, é como se diz, em psicologia, que conhecendo a si, é possível conhecer melhor o outro; sendo também correto que o melhor conhecimento do outro possibilita o melhor conhecimento próprio. Tudo isso forma uma verdade apodítica, ou seja, que é lógica, assim como um mais um são dois, sem necessidade de qualquer experiência sensível<sup>148</sup>.

Vale aqui refletir sobre a já referida teoria do reconhecimento, segundo a qual a dignidade é advinda de um pertencimento, é um conceito realizado através da intersubjetividade. Como dito antes, o eu individual surge unicamente na socialização, na relação e em relação ao outro, ou seja, interagindo com as pessoas é que adquire individualidade e identidade.

Feitas essas premissas, pode-se afirmar que a cada indivíduo deve ser considerada a liberdade de se autodeterminar como sujeito que é da própria vida. Garantida a autonomia é assegurada a possibilidade de se assumir e ser reconhecido como pessoa, de acordo com a personalidade que se pretende sua e, portanto, com valor intrínseco único ao qual elegeu.

A capacidade de se autodeterminar, que aqui se trata, diz respeito à pessoa em abstrato, em “igual dignidade aos incapazes, doentes mentais ou qualquer pessoa independentemente da capacidade efectiva de autodeterminação que estejam aptos a desenvolver (...)”<sup>149</sup>. Vale aqui deixar essa ressalva.

Doravante, conforme Sarlet, a dignidade possui uma dimensão dupla, se manifesta (i) como expressão de autonomia do indivíduo (atrelada à noção de autodeterminação, no que tange com as decisões essenciais sobre a própria existência) e (ii) como necessidade de sua proteção ou assistência quando ausente a capacidade de autodeterminação<sup>150</sup>. Neste último caso, poderá prevalecer a dimensão assistencial, protetiva sobre a autodeterminação, de tal maneira que aqueles a quem faltarem condições de tomada de decisão própria e responsável poderão perder a capacidade de autodeterminação, sem que restem despidos de serem tratados com a mesma dignidade<sup>151</sup>, o que será visto mais adiante quando se tratar da restrição aos direitos fundamentais.

148 Moncada, 1966, p. 39-41.

149 “Dado que a capacidade de autodeterminação que associamos à autonomia ética da pessoa é um pressuposto regulativo, isto é, parte do reconhecimento de uma capacidade da pessoa humana vista em abstrato, compatível, portanto, por exigência de justiça, com o necessário reconhecimento de uma igual dignidade aos incapazes, doentes mentais ou qualquer pessoa independentemente da capacidade efectiva de autodeterminação que estejam aptos a desenvolver, damos, aqui, aquele pressuposto como verificado”. (Novais, 2018, v. 2, p. 113).

150 Sarlet, 2009, p. 30.

151 Martin Koppemock defende que a autonomia da vontade (dignidade como capacidade de autodeterminação) poderá ser relativizada em face da dignidade na sua dimensão assistencial (protetiva), pois em certas

Também pressupõe que esteja garantido o mínimo existencial<sup>152</sup>, entendido como condições materiais para a subsistência, sem o qual não há como se ter liberdade de escolha por parte do sujeito, que antes de mais nada busca instintivamente sobreviver<sup>153</sup>.

Pode-se assim dizer que há três ingredientes essenciais à dignidade humana, quais sejam, (i) autonomia para que se possa escolher por si mesmo, (ii) liberdade a fim de poder agir de acordo com as próprias escolhas feitas, e (iii) bem-estar, ou seja, deter as condições materiais e sociais necessárias a fim de que possa exercer a autonomia e a liberdade. Esses três direitos fundamentais são essenciais, conforme análise aos ensinamentos de James Griffin<sup>154</sup>.

Por sua vez, conforme Barroso, a dignidade da pessoa humana possui outros três elementos no seu núcleo, quais sejam, “valor intrínseco, autonomia e valor comunitário – e cada um deles possui implicações jurídicas particulares”<sup>155</sup>.

No que tange à autonomia, pode-se dizer que é o fundamento do livre arbítrio dos seres humanos, o que permite que busquem, da sua própria maneira, o ideal de ter uma vida boa<sup>156</sup>. Tem-se a autodeterminação como ideia central de uma pessoa autônoma, que determina as regras que irão reger a sua vida<sup>157</sup>. Nessa esteira, a dignidade implica que cada agente detenha a última instância quanto às suas intenções, ações, desejos e propósitos.

Por outro lado, a determinação definida por indivíduos exteriores a um processo está ligada à instrumentalização do ser humano, o que é vedado pelo princípio da dignidade humana, uma vez que tornaria sem efeito uma parcela essencial da autonomia das pessoas. Dito de outra forma, impede-se a prerrogativa de autodeterminação do sujeito, na medida em que lhe obrigam a seguir o mesmo padrão ético heterodeterminado. É lógico que existem decisões gerais de condutas que devem ser estipuladas para todas as pessoas de uma comunidade. Porém, essa

---

circunstâncias, nem mesmo o livre consentimento autoriza certos procedimentos, por exemplo, um leigo pedir a extração de todos os seus dentes. (Kopperrnack, 1997, p. 19-20 *apud* Sarlet, 2009, p. 30, nota 53).

152 Inexistindo pressupostos materiais, a liberdade que a proposição a respeito da dignidade humana promete para todos de forma igual passa a ser uma promessa vazia. Assim, o uso da liberdade não pode ser efetivado por aquele que mais carece dela. “Por isso, segundo a decisão judicial do Tribunal Constitucional Federal, a disposição do art. 1, par. 1, da Constituição concede um direito básico ao asseguramento de um mínimo existencial digno do ser humano. O direito fundamental à dignidade humana estipula um padrão mínimo juridicamente exigível abaixo do qual os benefícios sociais regulamentados pelo legislador não podem ficar”. (Enders, 2018, p. 523). Referente a “BVerfGE 125, 175 – Mínimo existencial”.

153 Novais, 2008, v. 2, p. 113.

154 Os chamados direitos humanos de mais alto nível. Todos os direitos humanos estarão sob um ou outro desses três elementos: autonomia, liberdade e mínimo existencial. Sobre o assunto: Griffin, 2008, p. 149.

155 Barroso, 2013, p. 95.

156 Ribeiro Neto, 2013.

157 Post, 2000-11, p. 3.

estipulação tem um limite, imposto pela dignidade humana, de forma que determinadas esferas de autodeterminação do sujeito sejam objeto de tutela jurídica, sobretudo quando não está cabalmente comprovada a existência de um dano ao interesse coletivo ou de terceiro capaz de derrubar a proteção instituída. Dessa feita, negar a autonomia do indivíduo equipara-se a tratá-lo como mero objeto<sup>158</sup>.

Tome-se como exemplo o caso do arremesso do anão na França, no qual, como é sabido, casas comerciais passaram a promover uma competição para atrair clientela, na qual sairia vencedor o grupo que lograsse arremessar a maior distância possível uma pessoa com nanismo (o anão portava todas as proteções adequadas, de forma a não machucar a si ou aos outros). Não obstante, o evento foi proibido pelas autoridades sob o argumento de que feria a dignidade humana. Todavia, tendo o anão fornecido expresso, livre e consciente consentimento, pode-se questionar se não foi a tal proibição do evento que feriu direito fundamental de autodeterminação do sujeito capaz. A atividade não era ilícita, tampouco era causado dano a alguém.

Afinal, a quem cabe definir o que é ser digno para si próprio?

O anão, senhor Wackenheim, não se sentia violado em sua dignidade, ao contrário, ao ser arremessado em um show de entretenimento, podia entender que estava em vantagem para o trabalho oferecido, tirando proveito de sua característica física, o que talvez lhe fosse árduo em outra atividade remunerada, na qual eventualmente se sentia estigmatizado.

Ademais, mesmo que se entenda que caiba eventualmente ao Poder Público conferir uma proteção extra a pessoas com deficiência física, neste caso concreto, importa a capacidade para anuir, para prestar o consentimento. A atitude paternalista do Estado<sup>159</sup> se justifica apenas se for em situação de incapacidade total ou parcial de autodeterminação. No caso ocorrido na França, sequer a integridade física do participante estava sendo questionada, vez que se encontrava devidamente protegido, sendo lançado a um colchão. Assim, resta “saber se o paternalismo estadual se pode justificar à luz dos princípios constitucionais e se pode servir de argumento para, por sua vez, justificar restrições à possibilidade de renúncia”<sup>160</sup> e autodeterminação.

Em conformidade com a postura adotada pelo Estado, seja mais liberal ou paternalista, o conteúdo do princípio da dignidade será distinto. Conforme a primeira, a dignidade é considerada “um dos atributos da liberdade”, sendo o princípio invocável contra violações advindas de

---

158 Ribeiro Neto, 2013.

159 Mac Crorie, 2021, p. 148 *et seq.*

160 Mac Crorie, 2021, p. 148.

terceiros, entretanto não poderá ser utilizada com o intuito de restringir a liberdade da própria pessoa. Por sua vez, para a “noção paternalista”, ao contrário, “a liberdade é concebida como um dos atributos da dignidade”, o que significa que o princípio da dignidade poderá ser invocado para justificar contenções a essa mesma liberdade. Ambas as posições contêm “vantagens e riscos”. Se a dignidade está acima da liberdade, tal pode implicar que se fixe uma noção de dignidade que não corresponde à ideia que o próprio indivíduo tem de sua dignidade. No entanto, caso se entenda que a liberdade deve prevalecer sobre a dignidade, tem-se uma “concepção relativa de dignidade, uma vez que a dignidade de cada um será aquilo que cada um definir”<sup>161</sup>.

Diante disto, os maiores desafios para determinar o conteúdo do princípio da dignidade advêm (i) da “falta de consenso acerca do que torna a vida humana boa, tanto para os indivíduos como para as sociedades”<sup>162</sup> e (ii) do fato de se tratar do preceito constitucional, o qual tem a maior probabilidade de se “diluir em subjetivismos moralizantes”<sup>163</sup>.

Observa-se que, embora a situação descrita pudesse inculcar a ideia de corresponder a uma violação da *fórmula do objeto de Kant* (por se estar supostamente tratando o anão como um mero peso a ser lançado, como coisa), essa sugestão não deve ser acolhida. Não basta ser tratado como mero objeto, tal tratamento deve ser degradante. Ademais, salvo situações intoleráveis de coisificação, é o próprio ser humano quem deve decidir o que é para si degradante.

Surge então a questão: por que seria atentatório à dignidade humana ser lançado como um peso e não levar socos até cair ou desfalecer, sem condições para se levantar, como em uma luta de boxe? E se a pessoa a ser lançada não fosse um anão, estaria sendo preservada sua dignidade? Caso afirmativo, o anão estaria sendo privado do trabalho remunerado face à sua condição física, em evidente discriminação? Perderia então o emprego para alguém sem nanismo?

Assim, se “do princípio da dignidade retiramos a impossibilidade de tratar a pessoa como mero objecto, isso significa que deve ser o próprio indivíduo, enquanto sujeito de pleno direito, a determinar o que é para si atentatório da sua dignidade, sob pena de, ao não ter liberdade para o fazer, estar a ser transformado em objecto ou instrumento”<sup>164</sup>. A liberdade de escolha própria apenas poderá ser restringida em situações extremas, ou seja, quando a autodeterminação do sujeito coloque em risco as condições de liberdade futuras<sup>165</sup>.

---

161 Mac Crorie, 2021, p. 233-234.

162 Feldman, 2000, p. 75 *apud* Mac Crorie, 2021, nota 803, p. 234.

163 Schramm, 1985, v. 2, p. 88 *apud* Mac Crorie, 2021, nota 804, p.234.

164 Mac Crorie (2021, p. 297), referindo-se ainda a Novais (2011, p. 58-59).

165 Novais, 1996, p. 330 *apud* Mac Crorie, 2021, nota 1039, p.297.

Novais escreve sobre a “dignidade como capacitação da própria pessoa ser sujeito”, afirmando que é de importância capital e primária a autodeterminação do sujeito, bem como a real capacidade para desenvolver os atributos para ser pessoa e sujeito da própria vida. Para tanto, todas as necessidades básicas da pessoa concreta devem estar suprimidas para que se realize como ser humano, de acordo com suas possibilidades e carências. Daí que a privação material necessária a uma existência condigna constitui dimensão importante de determinação de eventual violação da dignidade da pessoa humana, por dois motivos, quais sejam, (i) a imagem do sujeito perante à comunidade, que se torna incompatível com a noção civilizatória do ser humano, e (ii) a redução gradual da possibilidade de verdadeira autodeterminação<sup>166</sup>.

Então, considerando que (i) as necessidades básicas do sujeito estão supridas, (ii) que sua condição de autodeterminação futura não está em risco, e (iii) não estando a pessoa a ser tratada como objeto de forma degradante, deixar de contemplar a vontade de alguém significa equipará-lo a um ser inanimado, sem racionalidade, o que é incompatível com a dignidade humana.

Assim, de forma concreta, ninguém pode ser tratado *aquém* de determinados limites, quais sejam, no que tange à autonomia, como se não lhe fosse permitido desenvolver livremente a própria personalidade e como se não fosse sujeito de desejos e preferências. Por isso, a dignidade oferece proteção à preservação da autonomia do sujeito. Em outras palavras, a dignidade tem como vocação natural fortalecer a liberdade individual, o bem-estar e a autonomia de cada um.

## 2 – Recurso ao princípio da dignidade humana

Vale ora destacar que o *direito geral de personalidade*, “enquanto liberdade geral de actuação”<sup>167</sup>, foi deduzido como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana,

---

166 Novais, 2011, p. 58-59.

167 Gomes, 2009, p. 34.

expressamente pelo Tribunal Constitucional<sup>168</sup>, antes mesmo de estar escrito<sup>169</sup> na Constituição portuguesa.

No Estado de Direito, a garantia da concretização da dignidade da pessoa humana, assim como vimos, se dá através de um leque de direitos fundamentais garantidos na Constituição, e que, de acordo com os específicos domínios de aplicação garantem, tanto quanto possível, o bem-estar, a autonomia e a liberdade de cada um. Por isso, quando a dignidade é afetada, um ou mais direitos fundamentais normalmente também o são. Porém o inverso não se dá, ou seja, eventualmente algum direito fundamental pode ser afetado, sem que isso atinja diretamente a dignidade da pessoa humana, relacionando-se apenas de forma remota com ela. Nessa situação, ocorre que o conteúdo normativo autônomo da dignidade humana é limitado a garantir aquilo que há de mais essencial e urgente na realização de alguém como pessoa, enquanto devem ser configuradas apenas as violações a esses direitos fundamentais específicos, sem existir benefício em invocar juridicamente a intervenção da dignidade da pessoa humana<sup>170</sup>. Isto porque os direitos

---

168 Trecho do Acórdão 6/84: “O mais poderoso argumento pode equacionar-se assim: a nossa Constituição logo no seu artigo 1.º declara que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana, logo acolhe o princípio de que a todo e qualquer direito de personalidade, isto é, a todo e qualquer aspecto em que necessariamente se desdobra um direito geral de personalidade, deve caber o maior grau de proteção do ordenamento jurídico, ou seja o que assiste aos direitos fundamentais, pois os direitos da personalidade são inerentes à própria pessoa, não podendo, por isso, ser postergados por qualquer modo, sob pena de se negar o papel de pessoa como figura central da sociedade”. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html>>. Acesso em: 08 maio 2023.

169 Através da revisão constitucional de 1997, passou a ter assento expresso na Constituição - art. 26 da Constituição da República Portuguesa.

170 Nesse sentido, O relatório da delegação portuguesa na conferência de Roma, 2007 esclareceu a respeito que o Tribunal Constitucional português tem evitado fixar um sentido a dignidade da pessoa humana. Inobstante isso, não é enxuto o reconhecimento do lugar da expressão constitucional “nas estruturas fundantes do Estado de Direito: «valor supremo»“ (Acórdão nº 349/91, DR, IIª série, nº 277, 12/12/91, p. 12 270), “princípio estrutural da República» (Acórdão nº 16/84, cit., p. 369) , «[princípio definidor] da actuação do Estado de direito democrático» (Idem, p. 371) ou «vector axiológico estrutural da própria Constituição» (Acórdão nº 28/2007, DR, IIª série, nº 46, 6/3/2007, p. 5982) - é o que se tem referido a respeito da função que o princípio da dignidade humana no sistema constitucional. Mesmo assim, o reconhecimento da importância dessa função não é proporcional às pretensões de definir o conteúdo do princípio. Além disso, o Tribunal Constitucional vem sendo cuidadoso e econômico na avaliação que faz sobre a densidade normativa ou o alcance prescrito pelo princípio. Neste sentido, vale lembrar do Acórdão nº 105/91, o qual se tornou um *leading case* sobre a forma de interpretação jurisprudencial do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana. O Tribunal devia decidir se era inconstitucional por violar o princípio da dignidade da pessoa humana a norma do Código Civil português, a qual permitia que apenas um dos cônjuges requeresse o divórcio independentemente da vontade do outro consorte, no caso de separação por seis anos. O recorrente (no caso, o cônjuge ‘inocente’ na separação) alegava que tal violava o princípio contido no artigo 1º da Constituição, por implicar o regresso ao repúdio como forma unilateral de dissolução do vínculo conjugal. O Tribunal não lhe deu razão. E disse, a propósito do «alcance» prescrito do princípio da dignidade: «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 art. 1º da Constituição – de um 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

fundamentais se distinguem da dignidade da pessoa humana. E isso é bom que aconteça. Os direitos fundamentais incluem o direito à vida, à liberdade, à autonomia, à autodeterminação, à igualdade, bem como o dever estatal de prestar auxílio material necessário a uma vida condigna<sup>171</sup>, enquanto o princípio da dignidade da pessoa humana refere-se ao direito a ter o conglomerado desses direitos, é algo inerente à existência do próprio ser humano.

Pode-se dizer que se trata de diferenciar o conteúdo em relação aos direitos fundamentais e demais princípios do princípio da dignidade da pessoa humana. Daí que, inicialmente, para identificar o conteúdo é mais seguro partir do que não é o princípio da dignidade da pessoa humana do que assumir o que ele é<sup>172</sup>. Trata-se de uma definição por exclusão de direitos fundamentais e demais princípios, os quais poderiam ser evocados para a resolução do conflito.

O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana precisa de motivação inexistente ou não suficiente contida dentro dos direitos fundamentais para se recorrer à utilização direta na controvérsia jurídica. Necessário, pois, haver uma posição autônoma em relação aos direitos fundamentais. Dito de outra forma, a violação aos direitos fundamentais não pode ser tida desde já como uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana – apenas quando não se apresentar possível a solução através dos direitos fundamentais, a partir dos testes dos princípios

---

(socialmente) responsável, na sua ‘unidade existencial de sentido’ – como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto da ‘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 vazadas hão-de conformar-se com tal princípio, e hão-de poder ser controladas à luz das respectivas exigências. [...] 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 puramente apriorístico (...) ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente ‘cultural’. (...) 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.»

Nos trechos transcritos, condensam-se as razões da prudência, quanto à pretensão de definir o conteúdo do princípio da dignidade, o qual tem sua natureza aberta à história e à cultura, não estando apto portanto a uma conceituação excessiva ou “identificação apriorística de conteúdos. Um princípio assim aberto não se ‘define’. Aplica-se (ou não) às circunstâncias do caso, visto que nem por isso – nem por ser assim ‘aberto’ - deixa de ser e de revelar Direito (ou como se diz no Acórdão, nem por isso se transforma em mera fórmula declamatória). A questão, porém, está no modo da sua aplicação. E também aqui o trecho é claro: por via de regra, não são dedutíveis do princípio e só dele ‘soluções jurídicas concretas’. O «alcance» prescritivo do princípio fica assim precisado”. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202041.pdf>>. Acesso em: em 31 mar. 2023.

171 Novais, 2018, v. 1, p. 72.

172 A dignidade diz respeito ao ser humano, do qual há praticamente incalculáveis e imprevistas formas de manifestação da personalidade. Daí já se percebe que a busca por um conceito da dignidade da pessoa humana ou definição jurídica é tarefa demasiada difícil. Há os que refutam essa possibilidade de definição jurídica, dentre eles, Neirinck (1999, p. 50) e Borella (1999, p. 37), não sendo essa a posição do autor, apesar de entender que não é desprovida de fundamento razoável e racional. (Sarlet, 2009, p.15-16).

– exame dos direitos fundamentais pertinentes e verificação se são aptos ou não para solucionar o conflito –, torna-se cabível recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, a fim de realizar o percurso para uso restrito do princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se imprescindível descartar a possibilidade de outros princípios e direitos fundamentais terem, em tese, a capacidade de resolução da situação posta em causa. Caso esses princípios solucionem de forma satisfatória um conflito normativo que se revele potencialmente atentatório de direitos fundamentais, não há que se falar em ofensa à dignidade humana, uma vez que “a identificação, simples mas redutora, do conteúdo normativo da dignidade com o dos direitos fundamentais se limita, praticamente, a produzir um efeito retórico de reforço da normatividade dos direitos fundamentais, tendendo, em contrapartida, a inibir um necessário desenvolvimento dogmático dos efeitos autônomos potencialmente contidos na ideia de dignidade da pessoa humana, incluído no próprio domínio dos direitos fundamentais”<sup>173</sup>. Ocorre que, se há duas frentes de proteção, a dos direitos fundamentais, que é específica, e a da dignidade da pessoa humana, princípio vago e abrangente, é mais produtivo concentrar esforços no alcance da proteção dirigida à situação especificamente recortada<sup>174</sup>.

Assim, adota-se uma concepção restritiva para a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana de forma autônoma, através de uma conformação de seu conteúdo pela negativa<sup>175</sup>. Desta forma, apenas quando houver uma violação grave ao ser humano, enquanto pessoa, a qual não possa ser resolvida com base nos direitos fundamentais ou outros princípios, deve-se recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana. Todas as demais violações são consideradas como ofensas aos direitos fundamentais ou demais princípios.

### **3 – A dignidade como garantia a um mínimo de direito fundamental**

Em que pese essa vertente, o princípio da dignidade também funciona como garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo utilizado apenas em situações extremas, no sentido de máxima intensidade ou gravidade de ofensa ou afetação de um determinado direito fundamental. O “conceito de dignidade interviria, assim, qual *garantia* de último reduto da

---

173 Novais, 2018, v. 2, p. 32.

174 Novais, 2018, v. 2, p. 32-33.

175 Novais, 2011, p. 42-46.

autonomia, da liberdade e do bem-estar individuais protegidos pelo direito fundamental em causa»<sup>176 177 178</sup>.

É como se a dignidade fosse o ponto de partida do direito fundamental, a sua essência. A *garantia* do *núcleo duro* tem seu sentido de existir advindo da experiência histórica da constituição de Weimar, quando era atribuído caráter meramente programático às normas de direitos fundamentais, sem garantia arrebatadora, mas apenas aquela advinda do princípio geral da legalidade da Administração. No atual contexto constitucional, ao revés, a *garantia* do conteúdo essencial procura tendencialmente dar garantia total aos direitos fundamentais pela sua “vinculação geral ao legislador e da sua subordinação aos direitos fundamentais...”. Uma vinculação e subordinação de todos os poderes do Estado.

Dito isso, cabe analisar na prática, no caso concreto, quais as violações ao conteúdo normativo dos direitos fundamentais à liberdade, ao desenvolvimento da personalidade e ao bem-estar eventualmente atingem a dignidade humana, e de que forma isso diz respeito à autonomia da pessoa. Se há um conteúdo essencial que foi atingido, afeta-se a dignidade, ocasionando um ato inconstitucional: o último reduto da essência de humanidade não foi preservado ao atingir o direito fundamental em pauta.

Então, o cerne da questão a colocar em relação ao direito de família é até que ponto o Estado pode definir de que forma o indivíduo deve se relacionar em sua vida íntima familiar. Está sendo preservada uma esfera limite do seu livre desenvolvimento da personalidade, a qual, caso seja afetada, perca o seu sentido de existência? Naturalmente, pressupor-se-á que estão em causa situações em que não se ofendem direitos de terceiros nem, tampouco, se cometem atos ilícitos ou retirem a autonomia futura da pessoa.

Como diz Novais, é complexo identificar de maneira concreta e precisa, bem como comprovar, os exatos contornos do núcleo intocável de cada um dos direitos fundamentais. Ao

<sup>176</sup> Novais, 2018, v. 2, p. 36.

<sup>177</sup> Como se sabe, o entendimento de existência de conteúdo essencial mínimo dos direitos fundamentais – o qual, se violado, afetaria a dignidade da pessoa humana – corresponde à designada teoria absoluta. Por sua vez, para a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, há violação ao princípio da proibição do excesso, em um quadro de ponderação, quando é atingido o conteúdo irredutível dos direitos fundamentais, ou seja, há violação quando o direito fundamental é atingido além do estritamente necessário para proteger o bem que se justifica proteger. Não está em causa o tamanho da limitação, o conteúdo ou essência do direito fundamental afetado, mas a relação entre o meio utilizado e o objetivo a ser atingido. Há violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais quando há excesso e desproporcionalidade na utilização do meio, indiferentemente do que restar do direito fundamental que foi restringido. (Novais, 2021b, p. 779 *et seq.*).

<sup>178</sup> Bacigalupo (1993, p. 301 *et seq.*) afirma que a garantia do conteúdo essencial se transformou, dado o peso crescente do princípio da proporcionalidade na jurisprudência constitucional europeia, em mero filtro subsidiário e acessório do controle de proporcionalidade, o qual é previamente aplicado.

referir-se à garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, enquanto limite dos limites – acolhida na Constituição Portuguesa através do seu art. 18º, n.º 3, o qual determina que as leis que restringem liberdades, direitos e garantias têm de se revestir de carácter geral e abstrato, não podendo reduzir o alcance e extensão do conteúdo essencial dos preceitos da Constituição –, o Autor nota que há um “desfasamento notório entre o enorme sucesso que a fórmula encontrou e o reduzido sentido jurídico útil autónomo – se é que algum existe – que decorrido meio século sobre a sua primeira consagração positiva, é possível atribuir a esta garantia constitucional do *conteúdo essencial*”. Se por um lado, a teoria objetiva trata de proteger o conteúdo institucional do direito fundamental, por outro lado, a teoria subjetiva tem a seu favor o fato de corresponder à vocação final dos direitos fundamentais no Estado de Direito<sup>179</sup> – dito de outra forma, proteger a autonomia e autodeterminação pessoal dos indivíduos frente ao Estado. Tal aplicação não é suscetível de ser absoluta no mundo real, tanto é que há restrições drásticas ou eventualmente totais de direitos fundamentais que são pacificamente aceitas em Estado de Direito, como a pena privativa de liberdade, que como o próprio nome diz retira o direito à liberdade de certo indivíduo concreto<sup>180</sup>. Daí que nem uma nem outra trazem uma resposta absoluta para dirimir qualquer incerteza no que tange ao limite exato do que deve ser protegido<sup>181</sup> – cabendo aí uma análise no caso concreto, no qual não há uma resposta exata, comprovada e bem delimitada. Como diz Luhmann, não há como se conhecer a essência da essência<sup>182</sup>.

Tendo em conta as considerações anteriores, deve reconhecer-se que é exigente a tarefa de identificar o limite mínimo do conteúdo da autonomia que merece ser preservado em prol do respeito à dignidade humana quando da restrição ao direito fundamental de constituir família. Ao que tudo indica, a questão, talvez mais do que jurídica, diz respeito aos fatos, à ética, à filosofia. Por isso, não se pretende encontrar uma resposta correta, mas aprofundar o pensamento científico sobre o tema.

“Por outro lado, a dignidade é uma noção que tanto pode ter uma forte carga emancipatória como pode ser utilizada para determinar uma pesada restrição aos direitos de liberdade. O conceito de dignidade pode ser usado para expressar um ideal comunitário ou pode

---

179 Conforme Krüger, 1955, p. 597-602; Alexy, 1985, p. 267 *et seq.*; Lamego, 1985, p. 78 *et seq.*

180 Teoria objetiva, cujos defensores, dentre eles estão: Münch, 1981, cit art. 19, anotações 21 *et seq.*; Gomes ; Moreira, 1993, p.153; Andrade, 2001, p. 295 *et seq.* – citações em Novais, 2021b, p. 785, nota 1418 na bnpl e Costa, 1999, p. 191 *et seq.* citado no Relatório da conferência de Roma, 2007, p. 3. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202041.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2023.

181 Novais, 2021b, p. 779.

182 Kaufmann, 1984, p. 384-399 *apud* Novais, 2021b, p. 789.

estar mais direcionado para a promoção da autonomia individual, pelo que a forma como este princípio é aplicado em questões similares varia significativamente, sendo possível encontrá-lo “em ambos os lados da discussão” e “a fundamentar conclusões opostas”<sup>183</sup>.

Por exemplo, ilustrando com o caso de estudo sobre o qual versa a presente investigação, no que tange ao direito de constituir família e a liberdade para escolher com quem o sujeito deseja casar, há alguma ofensa a terceiro ou à coletividade que justifique o tratamento desigual entre a união homoafetiva e o casamento ou união estável heteroafetiva?<sup>184</sup> A lei portuguesa e o Supremo Tribunal Federal já disseram que não, como será referido posteriormente. Dito de outra forma, tanto o constituinte português como o brasileiro deixam claro que há intenção de proteger o ser concreto<sup>185 186</sup> por mais difícil que seja a densificação da norma<sup>187 188</sup>. Além disso, em que pese a relação familiar ter um histórico longínquo mais prático-material do que afetivo, cresce cada vez mais a sobreposição dos vínculos afetivos no âmbito privado da família. Tão privado

<sup>183</sup> Mac Crorie, 2021, notas 799 e 780, p. 232-233.

<sup>184</sup> Costa Neto, 2014, p. 141.

<sup>185</sup> “Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. E o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”. (Miranda, 1999, p. 476).

<sup>186</sup> “A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrificio desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente — a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte”. (Neves, 1976, p. 207).

<sup>187</sup> Art. 18. da Constituição portuguesa

“1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

(Diário da República eletrónico: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-45799375>>. Acesso em: 06 abr. 2023).

<sup>188</sup> Art. 5 da Constituição brasileira

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:(...)”. (Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf)>. Acesso em: 06 abr. 2023).

que atualmente não cabe mais ao direito público, como outrora, mas ao direito privado tutelar tais relações humanas. Mas, então, cabe a distinção entre o reconhecimento das famílias homoafetivas e das famílias poliafetivas? O tema será aprofundado a seguir.

O livre desenvolvimento da personalidade abre diversos caminhos para que o ser humano tenha a possibilidade de escolha sobre o seu próprio ser. O desenvolvimento vai até o derradeiro momento de vida; “toda a vida humana, é nesse sentido, desenvolvimento da personalidade, ou seja, do ser humano como pessoa” e, “não pode deixar de obedecer a uma regra de liberdade”. O respeito à individualidade de cada ser humano, em todas as situações é expressão da garantia da autonomia de cada um na construção da sua individualidade, na exploração de suas potencialidades, na arbitrariedade da escolha de quaisquer opções e no estabelecimento do seu próprio modo de vida<sup>189</sup>. “A realização da personalidade pressupõe liberdade”<sup>190</sup>. Todavia, parece “mais expressivo falar em *realização* da personalidade que em desenvolvimento da personalidade. Trata-se de uma verdadeira realização, não apenas de um mais descolorido *desenvolvimento*”<sup>191</sup>.

Tem-se que a regra geral traz como princípio a liberdade da ação humana, sendo proibido apenas aquilo que o Direito tipifica ou que conflitua com o direito ou liberdade do outro. O respeito ao direito de ser diverso, traduz o livre desenvolvimento da personalidade como forma de valorizar o que diferencia cada ser humano como pessoa, de forma a vedar “a existência de censura ou qualquer discriminação entre diferenças “politicamente corretas” e diferenças “politicamente incorretas”<sup>192</sup>.

Assim, considerando que se adota uma concepção de dignidade baseada na autonomia, não faz sentido que o indivíduo não possa, pelo menos em certa medida, determinar por si próprio qual o conteúdo de sua dignidade, sob pena de se estar diante de um paternalismo estatal exacerbado e inadmissível<sup>193</sup>.

Cabe desta forma ao Estado implementar condições sociais e culturais que possibilitem um efetivo livre desenvolvimento ou realização da personalidade, que ao afirmar um princípio

---

189 Otero, v. 1, 2007, p. 579-580.

190 Ascensão, v. 2, 2010, p. 50.

191 Ascensão, v. 2, 2010, p. 52.

192 Otero, v. 1, 2007, p. 579-580.

193 Mac Crorie, 2021, p. 238.

geral de liberdade de cada indivíduo, ofereça a cada um a capacidade para se responsabilizar pelas consequências de suas escolhas<sup>194</sup>.

---

194 Otero, v. 1, 2007, p. 580.

### CAPÍTULO III – O CASO EXEMPLAR DA RELAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM O DIREITO DE FAMÍLIA

“Without dignity our lives are only blinks of duration. But if we manage to lead a good life well, we create some- thing more. We write a subscript to our mortality. We make our lives tiny diamonds in the cosmic sands”<sup>195</sup>.

As escolhas íntimas dos indivíduos são expressões da dignidade da pessoa humana, merecendo o reconhecimento e respeito da sociedade e do Estado. Ao Estado cabe promover uma cultura de respeito à diversidade e pluralidade de escolhas e identidades. Neste sentido, o valor intrínseco de cada indivíduo é preservado, na medida em que ele desenvolve com liberdade a sua autodeterminação.

A família é a base do Estado, um direito fundamental dos cidadãos. Dadas as diversas abordagens possíveis acerca da dignidade da pessoa humana, e reconhecendo que o objeto do Direito de Família é a escolha mais íntima e importante do ser humano, o presente trabalho pretende analisar a relação da (r)evolução jurídica da tutela dos arranjos familiares e como ela afeta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme o artigo 226 da Constituição Federal do Brasil: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Por sua vez, a Constituição da República de Portugal prevê que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade” (artigo 36, n.º 1).

Portanto, a família conta com especial proteção constitucional no Brasil e em Portugal. Mas ela é protegida na prática? Após diversas mudanças ao longo dos séculos, a instituição da família, a qual precede o próprio Estado<sup>196</sup>, constitui-se como a base da organização social. Assim, passa a ser tutelada de forma expressa na legislação. Entretanto, os anseios das sociedades contemporâneas têm atingido diversos modelos familiares que ainda não tem previsão legal: o que é natural, dado que o Direito não se atualiza na mesma velocidade que as relações interpessoais.

De qualquer forma, os novos vínculos familiares existem e exigem tutela jurídica. Segundo o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, o órgão julgador não pode se esquivar, mesmo se aqueles não contam com uma legislação específica.

---

195 Dworkin, 2011, p. 423.

196 O Estado romano teve várias formas de governo, tendo atingido o patamar de grande Império. “Mas sua origem, resultado de grupos familiares, os “genes”, foram as “civitas”. (Pomin; Costa, 2014, p. 18).

A fim de analisar tal contexto, faz-se uma breve digressão temporal a respeito da evolução das famílias. Desta forma, pretende-se aperfeiçoar a compreensão da dinâmica do pensamento jurídico e das relações familiares, bem como a possível discricionariedade de interpretação judicial em áreas nas quais inexitem normas infraconstitucionais específicas. Às vezes, o princípio da dignidade humana<sup>197</sup> cumpre o papel delas.

## 1 – A evolução das famílias

Desde os primórdios da humanidade, as pessoas vivem em grupos por questões de sobrevivência<sup>198</sup>. Na pré-história, as tribos eram formadas por homens, responsáveis pela caça, e mulheres, que ficavam na aldeia e cuidavam da prole. Todos se relacionavam sexualmente entre si. Desta forma, cada homem pertencia a todas as mulheres, e cada mulher, a todos os homens. Esses são os chamados matrimônios por grupos, que dão origem aos laços de parentesco e aos consequentes deveres de cuidado entre todos os membros da família<sup>199</sup>.

Assim, os descendentes são considerados comuns devido à prática da poliandria pelas mulheres e da poligamia pelos homens. Neste contexto, é impossível identificar a ascendência dos filhos pela linha paterna. Daí a importância da mulher, a única que pode ter certeza de quem são seus filhos. Daí decorre a supremacia feminina que dura até a Idade dos Metais<sup>200 201</sup>.

197 “Talvez a dignidade humana de todas as pessoas, o que lhes deve ser atribuído pela “natureza” – e “cultura” – seja universal. Só algumas manifestações concretas como os direitos da família, até a norma da igualdade, o direito de sucessões, permitem variantes condicionadas pela cultura e pela histórica evolutiva”. (Häberle, 2010, p. 174).

198 O agrupamento humano é uma ocorrência natural e espontânea. Segundo Aristóteles, o homem é naturalmente um ser político. Cícero e São Tomás de Aquino são seguidores dessa teoria. Outra forma de justificar o agrupamento é a associação racional dos indivíduos, a fim de alcançar uma ordem social através de um pacto (o “contrato social”). Hobbes, autor de *Leviatã*, defende que os homens vivem em um estado de conflito, uma guerra de todos contra todos. Em virtude disso, “a razão humana estabelece a necessidade de associação, da celebração do contrato social”. Disso surge o Estado. John Locke, Montesquieu, Jean Jaques Rousseau e Immanuel Kant compartilham a mesma concepção. (Pomin; Costa, 2014, p. 11-13).

199 Engels, 1986, p. 41-48.

200 Engels, 1986, p. 31-57.

201 Paulo Nader refere-se a três grupos humanos desde os primórdios da civilização. Conforme o autor, “no que concerne à primitiva forma de convivência humana, predomina o entendimento segundo o qual a horda, o matriarcado e o patriarcado foram, sucessivamente, as três fases iniciais, não obstante a doutrina tradicional, fundada em fontes bíblicas, indique o patriarcado como a primeira etapa. A horda se caracterizaria pela vida nômade do grupo, onde imperava o regime da promiscuidade, com os indivíduos se dedicando à caça e à pesca e sem regras predeterminadas de convivência. Abandonando o nomadismo, os homens passaram a trabalhar na agricultura, originando-se a fase do matriarcado, pela qual o parentesco se definia pela mulher e já não se adotavam práticas promíscuas. Foi Bachofen, em 1961, em seu livro *Matriarcado*, quem apresentou estudo

Com o domínio sobre os metais, aperfeiçoam-se os utensílios de caça. Esses objetos são considerados como propriedade dos homens para a caça. Se, por algum desentendimento, as mulheres os expulsassem da tribo, poderiam levá-los consigo. Assim, cresce a importância do homem por sua capacidade de acumular insumos para o sustento da família, rompendo-se, desta forma, a supremacia materna. A linha de descendência passa a ser determinada pelo homem<sup>202</sup>.

Paulatinamente, o direito paterno expande-se. A supremacia do poder masculino exige a paternidade indiscutível, de modo que há uma migração gradual para a monogamia. O objetivo é que os filhos, na qualidade de herdeiros, detenham algum dia os bens que foram de seu pai. A partir disso, os laços conjugais não podem ser desfeitos, diferentemente do que ocorria quando as mulheres estavam no poder. Apenas os homens podem repudiar<sup>203</sup> a sua mulher, concedendo-lhes, ao menos pelo costume, o direito exclusivo à infidelidade conjugal.

O agrupamento familiar monogâmico começa a se formar na idade antiga, com a presença de grande número de indivíduos sob os cuidados de um poder central, o chefe da casa, chamado em Roma de *pater familias*. O termo *família* começa a ser empregado, mas não com o significado de “relação entre marido, mulher e filhos”, mas sim como “reunião de pessoas dependentes do *pater*, incluindo aí os escravos”<sup>204</sup>.

Apenas na época pós-clássica, com o amadurecimento dos conceitos religiosos e morais, que a instituição da família passa a se basear mais na consanguinidade do que no patrimônio<sup>205</sup>. A família monogâmica patriarcal heterodoxa torna-se maioria, tal qual nos dias atuais.

A partir do século XIX, o patriarcado cede, migrando-se do poder absoluto do pai para uma democracia familiar, em uma verdadeira revolução de conceitos. A ideia exclusiva de família patriarcal passa a ser relativizada. Não se trata do fim da instituição, mas do surgimento de novos paradigmas, oriundos das mudanças sociais<sup>206</sup>.

---

sistemático sobre a etapa. Na observação de Del Vecchio, com o matriarcado, a mulher não assumiu a hegemonia política, mas apenas a condição de centro da família pela designação do parentesco. Em fase histórica subsequente, o homem assumiu a chefia da família e passou a ser o elemento de referência na definição do parentesco. Era o patriarcado”. (Nader, 2007, p. 92).

202 Engels, 1986, p. 65-71.

203 Engels, 1986, p. 68-90.

204 Paulo Lôbo relata que “a expressão foi inventada pelos romanos para designar um certo número de escravos, submetidos ao poder paterno romano, como direito de vida e morte sobre todos eles. Essa família seria baseada no domínio do homem, com expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, inclusive para fins de sucessão”. (Lôbo, 2009, p. 8).

205 Cavalcanti, 2014, p. 17.

206 Cavalcanti, 2014, p. 20-21.

Do período pré-industrial, quando as famílias eram compostas por inúmeros membros, produzindo quase a totalidade do que consumiam, à fase industrial, o modelo familiar é modificado, principalmente porque as fábricas são ocupadas por trabalhadores que, muitas vezes, reúnem vários membros da família, como pai, mãe e filhos. Com a relativização do patriarcado, organizam-se novos arranjos que passam a ser aceitos gradualmente.

Por sua vez, com o capitalismo avançado e o advento da globalização, a família torna-se cada vez mais nuclear, exibindo variados modelos já no século XX. Foi o século das renovações e epigonismos, em que todos os sistemas se renovaram, quando “tudo estava em tudo, numa ânsia febril de originalidade”<sup>207</sup>. A democratização da família ocorre por diferentes motivos, tais como os movimentos feministas, o aumento dos divórcios e, como consequência, dos rearranjos familiares, além do próprio avanço da ciência em técnicas de procriação medicamente assistida. Hoje, fala-se em diferentes tipos de família, não mais reduzido ao conceito único e indissociável atrelado ao patriarcado, mas sim pela perspectiva da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental de constituir família. Novos grupos surgem, tornando a família um ambiente democrático<sup>208</sup>.

## **2 – Evolução jurídica da família no Brasil e em Portugal**

No Brasil, a Lei n.º 4.121 de 1962 (Estatuto da mulher casada) retira a condição de subalternidade e desigualdade da esposa em relação ao marido, enquanto a Lei n.º 6.515 de 1977 assegura o divórcio aos casais que desejam se separar e constituir um novo casamento.

Em Portugal, com a Revolução de 25 de abril de 1974 que deu fim à ditadura, permitiu-se o divórcio por mútuo consentimento, além da abolição da figura do chefe de família e da discriminação entre filhos havidos no casamento ou fora dele. Alguns anos após, destaca-se o Acórdão 105/90, em especial por ser uma das raras decisões do Tribunal Constitucional fundada diretamente no princípio da dignidade humana – O julgado trata a respeito da constitucionalidade do divórcio independentemente da concordância do outro cônjuge<sup>209</sup>. As considerações feitas na fundamentação assinalam a importância primordial do princípio da dignidade humana na

---

207 Moncada, 1955, p. 361.

208 Cavalcanti, 2014, p. 25.

209 Acórdão n.º 105/90. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>>. Acesso em: 08 ago. 2023.

Constituição, não deixando “de admitir mesmo o seu valor preceptivo enquanto critério, por si só, para um julgamento de constitucionalidade, não deixou também, por outro lado, de sublinhar as dificuldades de um tal caminho, dadas as generalidade e amplitude do princípio (não fornecendo diretamente em geral, portanto, soluções jurídicas específicas), bem como a dimensão histórica e cultural da concretização do seu conteúdo”<sup>210</sup>.

Além disso, em ambos os países, o reconhecimento de que idosos e crianças são sujeitos de direitos expande a solidariedade e igualdade nas famílias, promovendo a dignidade de seus membros. A família passa a ser constituída com a presença do vínculo afetivo. Sobre o tema, Guilherme de Oliveira afirma que o Estado e a Igreja perdem valor como instâncias legitimadoras da comunhão de vida, havendo um decréscimo dos deveres conjugais predeterminados pelas entidades externas aos conviventes. O “casal tornou-se o seu próprio legislador”<sup>211</sup>.

O Código Civil português não formula uma noção de família<sup>212</sup>, o que se interpreta como um sinal da dificuldade de identificar o conteúdo exato do conceito. No Livro IV, Título I, do Código Civil Português, o artigo 1.576 prevê que “são fontes das relações familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”. Pelo que se extrai disso, a família é um grupo duas ou mais pessoas que se relacionam por uma das formas previstas no artigo supracitado.

Tampouco o Código Civil brasileiro define o conceito de família. O capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente e do Idoso, o artigo 226<sup>213</sup>, replicando o artigo 226 da Constituição Federal do Brasil<sup>214</sup>, prevê que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Por sua vez, o parágrafo 4º desse mesmo artigo entende também, como entidade familiar, “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Já o seu parágrafo 7º deixa claro que o planejamento familiar é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A inexistência de contornos precisos para a ideia de família justifica-se pela necessidade de que esse arranjo se adeque à evolução da humanidade, a qual, como vimos antes, está em constante transformação: a realidade familiar se altera de acordo com o tempo e o espaço<sup>215</sup>.

---

210 Costa, 1999, p. 197-198.

211 Oliveira, 2001, p. 336-337.

212 Pinheiro, 2018, p. 13.

213 Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%20%20ed.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023.

214 Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2023.

215 Pinheiro, 2018, p. 13.

Como afirma Carlos Pamplona Corte-Real: “não há que se travar a evolução varia da instituição familiar. O Direito terá apenas que, de uma forma socialmente adequada, enquadrar as concepções familiares predominantemente vigentes”<sup>216</sup>. Segundo Jorge Duarte Pinheiro<sup>217</sup>, o potencial evolutivo e polêmico é, portanto, incontestável.

Observa-se no processo evolutivo da união estável no Brasil quatro momentos distintos, quais sejam, (i) a negação de direitos; (ii) o reconhecimento de direitos previdenciários; (iii) a equiparação à sociedade de fato (Súmulas 380 e 382 do Supremo Tribunal Federal; e (iv) reconhecimento como entidade familiar<sup>218</sup>.

Antes da Constituição Federal de 1988, as uniões diversas do casamento não tinham proteção jurídica. Eram denominadas de adúlteras ou concubinárias, e os filhos advindos delas eram considerados ilegítimos.

Na medida em que esses relacionamentos passaram a ser aceitos na sociedade e reconhecidos na jurisprudência, surgiu a nomenclatura de “união estável”, consagrada na Constituição Federal, ampliando a ideia de família para além do casamento. O direito aos alimentos e à sucessão foram estabelecidos pela Lei n.º 8.971/1994<sup>219</sup>, desde que comprovada a união pelo período mínimo de cinco anos ou a existência de prole. Dois anos após, a Lei n.º 9.278/1996<sup>220</sup> retirou a exigência do lapso temporal de cinco anos para fins de comprovação da união, concedendo direito real de habitação ao companheiro supérstite, passando a competência de julgamento da matéria da Vara Cível para a Vara de Família, surgindo igualmente a presunção legal de comunicação dos bens adquiridos onerosamente durante o relacionamento. Posteriormente, em 2017, o Supremo Tribunal Federal, através dos Recursos Extraordinários n.º 878.694<sup>221</sup> e n.º 646.721<sup>222</sup>, equiparou companheiros aos cônjuges para efeitos de sucessão<sup>223</sup>.

---

216 Corte-Real, 1996, p. 31. Ao referir-se a Casey (“La famiglia nella Storia”, trad. it, 1991, p. 3-20 e 207 a 210), P.C.Timbal, (“Droit Romain et ancien droit français: Régimes Matrimoniaux - Successions - Libéralités” p. 1 e ss), dentre outros juristas, historiadores e sociólogos.

217 Pinheiro, 2018, p. 15-16.

218 Leitão, 2017.

219 Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 12 out. 2023.

220 Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)>. Acesso em: 12 out. 2023.

221 Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 12 out. 2023.

222 Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023.

223 Filho, 2019.

Já em Portugal, através da Reforma de 1977, o artigo 2.020 do Código Civil<sup>224</sup> estabeleceu o direito do companheiro de exigir alimentos da herança de pessoa com quem já tivesse vivido por mais de dois anos no momento da morte, bem como indenização por danos materiais sofridos pelo falecido, em caso de lesão com morte. Anos depois, em 1999, a Lei n.º 135<sup>225</sup> reconheceu a pessoas de sexo opostos, que viviam juntas por mais de dois anos, a comunhão de habitação, mesa e leito sem vínculo matrimonial. No que diz tange ao reconhecimento da união de fato entre pessoas do mesmo sexo, foi legislado através da Lei n.º 7/2001<sup>226</sup>. Pouco tempo depois, a Lei n.º 9/2010<sup>227</sup> alterou o Código Civil português, de forma também a autorizar o casamento entre homoafetivos. Inicialmente, não se reconheceu o direito de adoção a casais formados por indivíduos do mesmo sexo. Porém, a Lei n.º 2/2016<sup>228</sup> alterou essa situação e estendeu a possibilidade de adoção a eles, eliminando “as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares”. Conforme a atual redação do artigo 1.577 do Código Civil lusitano, o “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

No que tange à união entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil não há até o momento legislação que tutele essas relações. Tal como a união estável heterossexual, a união homoafetiva igualmente passou por diversas fases, quais sejam: (i) a negação de direitos; (ii) o reconhecimento de direitos previdenciários; (iii) o reconhecimento como sociedades de fato, aplicando-se a Súmula n.º 380 do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>229</sup>; e (iv) o reconhecimento como entidade familiar<sup>230</sup>.

Desse modo, diferentemente de Portugal, no Brasil ainda inexistente uma legislação que tutele a constituição de uniões de fato ou de casamentos homoafetivos. O reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil dá-se através da jurisprudência. Inúmeros processos tramitavam

224 Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-66252229>>. Acesso em: 12 out. 2023.

225 Disponível em: <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=898&tabela=lei\\_velhas&nversao=1&so\\_miolo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=898&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo)>. Acesso em: 12 out. 2023.

226 Disponível em: <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=901&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis)>. Acesso em: 12 out. 2023.

227 Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/9-2010-332460>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

228 Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/2-2016-73740375>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

229 Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2482>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

230 Filho, 2019.

no Judiciário, mediante os quais companheiros homoafetivos pugnavam pelos mesmos direitos reconhecidos às uniões heterossexuais, tais como os previdenciários, os hereditários, a própria concessão de pensão alimentícia, bem como a partilha de bens adquiridos em comum. Com o intuito de uniformizar a interpretação judicial, duas ações foram propostas junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. A primeira consistiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, que buscava reconhecer juridicamente as uniões homoafetivas como entidades familiares, com a conseqüente igualdade de direitos entre as uniões de fato heterossexuais e homossexuais. Por sua vez, a segunda ação foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, que pugnou pela aplicação do regime jurídico previsto no art. 1.723 do Código Civil brasileiro para uniões homoafetivas, tendo como fundamento os princípios da isonomia, autonomia e dignidade da pessoa humana. Em suma, as questões levadas às ações judiciais buscavam ampliar a interpretação do Art. 1.723 do Código Civil brasileiro<sup>231</sup>, permitindo o reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares. Ademais, questionavam qual interpretação deveria ser dada ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal brasileira<sup>232</sup>, se essa norma permitiria a inclusão das uniões homoafetivas no conceito de uniões estáveis. Observe-se que ambos os artigos 1.723 do Código Civil brasileiro e 226, § 3º da Constituição Federal brasileira falam expressamente em *união estável entre um homem e uma mulher*. Não obstante ainda há empecilho para o reconhecimento de união de pessoas do mesmo sexo? O Supremo Tribunal Federal decidiu pela procedência das ações de forma a conferir interpretação conforme a Constituição, excluindo qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil brasileiro que pudesse impedir o reconhecimento das uniões homoafetivas. A referida decisão tem efeito vinculante, obrigando o reconhecimento por todos os juízes e órgãos da administração pública brasileira<sup>233</sup>.

É prudente transcrever alguns trechos da decisão supracitada, no que tange à observação do princípio da dignidade da pessoa humana:

---

231 “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

232 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

233 Passos, 2014, p. 3-7.

“Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Ilustrativamente, confirmam-se, por sua acurácia, as palavras do eminente jurista alemão ERNST BENDA (Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad. In BENDA, Ernst et al.. Manual de Derecho Constitucional. 2. Edição. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 125):

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de buscar se realizar na medida de suas possibilidades.

Inclusive quando tal esperança parecer vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor conclusivo e negativo sobre o indivíduo. (tradução livre do espanhol)”

(...)

“Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas”<sup>234</sup>.

No âmbito do julgamento da ADI n.º 4.277<sup>235</sup> e da ADPF n.º 132, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), partiram-se dos seguintes fundamentos, a fim de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar: (i) proibição da discriminação de gênero e orientação sexual; (ii) autonomia da vontade (direito à liberdade); (iii) proibição do preconceito; (iv) Inexistência de norma geral negativa; (v) princípio da dignidade humana (direito à felicidade); (vi) Interpretação extensiva do conceito de família e (vii) interpretação do art. 1.723 do Código Civil<sup>236</sup>, conforme a Constituição Federal do Brasil. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal reconhece a extensão do conceito de família, de modo que as uniões homoafetivas passam a integrá-lo, mesmo diante de lacuna legal sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Após a decisão do STF, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro aprovou a Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013, a qual proibiu às autoridades competentes a se recusarem a celebrar o casamento civil entre pessoas homoafetivas.

O mesmo Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado anteriormente no mesmo sentido, reforçando o direito à busca da felicidade como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>237</sup>.

234 Adi 4277. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

235 Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 19 abr. 2023.

236 Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=art.+1723+do+c%C3%B3digo+civil+-+lei+10406%2F02>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

237 Veja-se na decisão, cujos trechos da ementa são transcritos a seguir:

Feitos esses registros sobre a evolução da família, bem como o atual reconhecimento das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, constata-se que o conceito de família é algo mutante, tal qual o conceito de dignidade, ou seja, evolui com o passar do tempo, não sendo estático. Como bem afirma Maria Berenice Dias, “O divórcio e a possibilidade do estabelecimento de novas formas de convívio provocaram uma revolução na forma sacralizada do matrimônio. A constitucionalização da união estável e do vínculo monoparental operaram verdadeira transformação na sociedade e na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais”<sup>238</sup>.

Dessa feita, cabe questionar se outras formas de arranjos familiares também merecem a tutela jurídica. Há um ideal de bem-estar? Até que ponto vai a liberdade de escolha íntima em relação ao que seja o ideal de uma *vida boa*?

O Direito de Família, ou o Direito das Famílias, está entre as áreas do Direito mais sensíveis às mudanças sociais. Deveria acompanhar as mudanças sociais vividas pelos indivíduos, a quem as normas são dirigidas<sup>239</sup>.

---

**“O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (...) ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO (...) RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. (...) DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, 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. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma -força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. (RE 477554 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220-01 PP-00572)” (Grifou-se).**

<sup>238</sup> Dias, 2021, p. 11.

<sup>239</sup> Medina, 2022.

“A família não pode ser reduzida a uma construção jurídica”<sup>240</sup>. O importante é que ela seja um ambiente de afeto, cuidado, proteção e apoio mútuo entre seus membros. A partir dos novos contornos do Direito Privado, o Direito de Família está alicerçado sobre as bases da afetividade. Atualmente, existem diversas formas de união que são reconhecidas frente à concepção plural e aberta da família eudemonista, tais como o casamento e a união estável, podendo configurar-se em família heterossexual, homossexual, monoparental, anaparental<sup>241</sup>, recomposta<sup>242</sup>, discutindo-se o reconhecimento da família simultânea ou paralela que, embora exista no mundo real, ainda não conta com regulamentação.

Nesse contexto, o tema das famílias simultâneas e dos casamentos homossexuais servem de objeto de estudo e análise a fim de eventualmente se apreender juridicamente fatos que são vivenciados no âmbito das famílias, tanto no Brasil como em Portugal.

Dito isso, vale perquirir inicialmente sobre as uniões afetivas múltiplas, as quais, repita-se, não tem reconhecimento jurídico nem no ordenamento brasileiro, tampouco na legislação ou jurisprudência lusa. O que se pretende não é encontrar uma resposta negativa ou positiva para o reconhecimento de tais arranjos familiares, mas perquirir sobre a difícil tarefa de identificar o que fere ou não o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, observa-se que, no recurso extraordinário n.º 883.168, julgado em agosto de 2021, pelo Supremo Tribunal Federal<sup>243</sup>, ficou decidido que a preexistência de união estável ou casamento impede o reconhecimento jurídico de novo vínculo referente ao mesmo período. O caso trata de um pedido de rateio do benefício previdenciário a que supostamente fariam jus as viúvas do falecido, conforme seus patronos, caso reconhecida a união simultânea.

O acórdão entendeu ser incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direito à pensão por morte à pessoa que manteve união duradoura e com aparência familiar com outra casada, dados os impedimentos previstos em lei<sup>244</sup> e os princípios da exclusividade e da boa-fé.

240 Jemolo, 1957, p. 222 *et seq.* apud Pinheiro, 2018, p. 19.

241 A maior parte das famílias contemporâneas é heterossexual, formada por um pai, do gênero masculino, e uma mãe, do gênero feminino, e seus filhos. A família homossexual é formada por um casal do mesmo sexo, ou seja, dois homens ou duas mulheres; já na monoparental, há apenas um pai ou uma mãe e seus descendentes; a família anaparental é composta sem ascendência ou descendência, quando, por exemplo, falecem ambos os genitores e resta apenas os irmãos (Barros, [s.d.]); discute-se o reconhecimento da família simultânea ou paralela, aquela formada por mais de duas pessoas, ou seja, dois homens e uma mulher, duas mulheres e um homem, exemplificativamente e seus descendentes.

242 No século XXI, também passam a ser reconhecidas as famílias recompostas, ou seja, quando um dos membros do casal ou ambos têm descendentes advindos do relacionamento anterior. (Santiago, 2018, p. 28).

243 Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4757390>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

O ministro Édson Fachin propôs o único voto vencido, conforme a seguinte tese: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos à viúva e companheira concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva”. Em seu voto, Fachin fez referência a uma decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé, reconheceu os relacionamentos conjugais paralelos<sup>245</sup>, a fim de dar proteção jurídica à parte recorrida.

---

244 Art. 1.723, § 1º, c/c art. 1.521, VI e art. 1.727 do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%20%20ed.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

245 “Em circunstâncias peculiaríssimas, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu direitos – no caso de prestação de alimentos – à companheira de uma união paralela ao casamento, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e boa fé. Assim está redigida a ementa do referido julgado: RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. 4 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código AA78-EAD4-CED1-064F e senha 9094-DD46-C8E9-22A6 Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 33 Voto Vogal RE 883168 / SC COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos à concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos à concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (STJ - REsp: 1185337 RS 2010/0048151-3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJE 31/03/2015 RIOBDF vol. 93 p. 130 RSDF vol. 93 p. 130 RSTP vol. 93 p. 130)”.

Nesse sentido, já se encontram disponíveis decisões<sup>246</sup> de Tribunais locais, que reconhecem uniões poliafetivas. Dentre elas, vale destacar alguns trechos de julgado no Rio Grande do Sul<sup>247</sup>, conforme a seguir.

O relator do voto, desembargador José Antônio Daltoé Cezar, afirma que, tendo sido comprovada a relação extraconjugal “duradoura, pública e com a intenção de constituir família”, mesmo que concomitante ao casamento, é possível admitir a união estável, “desde que o cônjuge não faltoso com os deveres do casamento tenha efetiva ciência da existência dessa outra relação fora dele, o que aqui está devidamente demonstrado”.

De acordo com o entendimento do desembargador, “se a esposa concorda em compartilhar o marido em vida, também deve aceitar a divisão de seu patrimônio após a morte, se fazendo necessária a preservação do interesse de ambas as células familiares constituídas”. O relator também defende que o formalismo legal não pode impedir uma situação consolidada há muitos anos, tendo o direito de família contemporâneo estipulado o afeto como norte. Refere ainda que “havendo inércia do legislador em reconhecer a simultaneidade familiar, cabe ao Estado-juiz, suprindo essa omissão, a tarefa de análise das particularidades do caso concreto e reconhecimento de direitos”.

Nessa esteira, a respeito das decisões da Suprema Corte e do Tribunal Estadual, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, indaga-se em especial sobre a *autonomia individual*, em

---

246 “EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO. ESPOSA E COMPANHEIRA. POSSIBILIDADE DE RECEBEREM PENSÃO POR MORTE EM CONJUNTO. 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva o benefício. 2. A possibilidade da divisão da pensão por morte entre esposa e companheira, ainda não é questão consolidada em definitivo na jurisprudência do STF que, sob nova composição, reconheceu recentemente a repercussão geral do tema (RE 883168). 3. Ainda que o segurado fosse casado enquanto manteve relação conjugal simultânea e estável, e houvesse impedimento à conversão da união estável em casamento, tem direito à quota-parte da pensão por morte a companheira que com ele por muitos anos conviveu. 4. O Direito não deve servir à exclusão social, e longe disso situam-se as disposições constitucionais que tratam da família, as quais, além de romperem com a presunção de que apenas o casamento daria origem à família, assumem caráter eminentemente inclusivo. 5. Pressupondo-se a validade, entre nós, do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, não se pode concluir que do § 3º do art. 226 da Constituição traga como condição para o seu reconhecimento, a possibilidade de conversão da união estável em casamento. (TRF4, AC 5000988-35.2017.4.04.7131, SEXTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, juntado aos autos em 19/11/2020). Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php)>. Acesso em: 08 maio 2023. Mais sobre o assunto disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/familias-simultaneas-tjba-reconhece-relacao-paralela-de-30-anos-como-uniao-estavel-e-concede-a-mulher-25-por-cento-do-patrimonio/756477105>>. Acesso: 08 maio 2023

247 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-rs-reconhece-uniao-estavel-paralela.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2023.

relação (i) ao reconhecimento da união estável homossexual, e (ii) ao não reconhecimento da união estável concomitante ao casamento.

Considerando-se que a dignidade da pessoa humana compreende a liberdade de escolha individual do que seja o ideal de uma vida satisfatória, será que os mesmos fundamentos para acolher a liberdade de escolha de viver com alguém do mesmo sexo servem para proteger juridicamente aqueles que optam por viver em relações simultâneas?

A noção de dignidade atual diz muito a respeito da ideia de qualidade e valia intrínseca de cada um, enquanto dotado da capacidade racional, que lhe permite, de forma autônoma, fazer suas escolhas conforme os padrões morais que eleger e pelas quais se deve e pode responsabilizar perante os demais, os quais lhe são iguais em autonomia, bem como em direitos, liberdades e responsabilidade – está em causa, portanto, a ideia de respeito recíproco aos interesses de cada pessoa, de sua vida, liberdade, autonomia e bem-estar, como ser individual e único, tendo isso primazia frente ao Estado<sup>248</sup>.

Novais<sup>249</sup> diz que, pela dignidade da pessoa humana, é inadmissível à maioria política, mesmo que constituída de forma democrática, impor ao indivíduo plano de vida substancialmente diferente daquele que ele mesmo, de forma consciente, “definiu para estruturar sua vida, independentemente das valorações que umas e outras concepções mereçam aos olhos dos poderes públicos”, bem como de tratá-lo de forma denegridora, como indigno de igual consideração e respeito que são devidos a todos os seres humanos.

Pedro Fernández Sánchez afirma que, em um processo construtivo que teve início com o reconhecimento dos direitos inalienáveis do ser humano como verdades evidentes em si mesmas, em 1976, a Constituição portuguesa foi elaborada com o objetivo de ampliar as garantias de proteção da dignidade da pessoa dos governados, mesmo que isso signifique sacrificar o próprio princípio democrático, ainda que este seja reconhecido como o principal instrumento para satisfazer as diversas facetas antropológicas da dignidade pessoal<sup>250</sup>.

Assim, no que diz respeito à dignidade da pessoa humana como sujeito, destaca-se a proibição da coisificação degradante, pela qual as pessoas devem ser respeitadas como sujeitos e não como objetos – como agentes e não como “cabeças de um rebanho”<sup>251</sup>, no sentido de que não se deve impor a cada um as mesmas escolhas de todos, e permitir o livre desenvolvimento da

248 Novais, 2018, v. 1, p. 48,61 e 62.

249 Novais, 2021a, p. 182,183.

250 Sánchez, 2017, p. 141.

251 Cf. Knijnik, 2022b, p. 25, sobre referência a Sarmiento, 2016, p. 92.

personalidade, com autonomia e autodeterminação para que o indivíduo possa optar por aquilo que o identifica com seus projetos de vida.

Partindo deste enquadramento, e retornando agora ao problema supracitado, deve-se questionar se, no (des)acolhimento legal ou jurisprudencial das famílias homoafetivas e das famílias múltiplas, existe ou não uma tutela efetiva da autonomia e da liberdade de escolha dos indivíduos que desejam se unir. Na medida em que todos têm direito a constituir família, deve-se respeitar e possibilitar a autonomia de escolha a respeito do que significa o ideal de vida feliz em família, com quem determinada pessoa pretende formar vínculos tão íntimos, de modo que isso não diga respeito a mais ninguém. De qualquer forma, considera-se que não há uma conclusão pré-pronta, antes do fato, do que constituem tais valores e de que forma os enquadrar. Dito de outra forma, a dignidade segue com a vagueza de contornos.

Por exemplo, o dever de respeitar os outros pode ser definido de diversas formas. Há quem se sente lesado ao expor seus filhos menores de idade a uma cena de amor entre pessoas do mesmo sexo. Há aqueles que entendem que o homossexualismo não é natural, devendo ser tratado como uma doença, pois faria mal à saúde da própria pessoa, invés de ser intrínseco ao indivíduo, dizendo respeito à dignidade humana como valor absoluto; ou por motivos diversos, entendem que descabe ao legislador ordinário conceder tal permissão.

O legislador português e o poder judiciário brasileiro já responderam a essas questões<sup>252</sup>, no sentido de preservar a dignidade humana com força constitucional frente a tais valores. Trata-se de saber se as relações homoafetivas são homólogas às uniões heterossexuais em tudo, exceto a preferência sexual dos envolvidos. Em caso positivo, ambas as relações devem ter a mesma proteção jurídica. Feito isso, outros argumentos parecem desnecessários, haja vista que o argumentativo cabe àquele que propõe a restrição à liberdade<sup>253</sup>. Assim, tem-se que os dois tipos de união – homossexual ou heteroafetiva – protegidas por lei ou pela jurisprudência, fortalecem os laços de afeto e garantem maior segurança patrimonial<sup>254</sup>.

Por sua vez, o casamento entre mais de duas pessoas pode ser analisado sob a mesma perspectiva? Conforme Barbosa e Álvarez, “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade vai implicar o poder de exigir dos demais membros da comunidade a abstenção de todo e qualquer comportamento que possa despersonalizar o homem, transformando-o num objeto

252 Lei portuguesa nº 9/2010 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132 junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro - equiparam o casamento heterossexual ao casamento homoafetivo.

253 Alexy, 1994, p.390 e Oliveira, 2011, p. 32-33 *apud* Mac Crorie, 2021, p.241.

254 Costa Neto, 2014, p. 141.

técnico-funcional, e de todo e qualquer comportamento que implique a submissão do sujeito a campanhas de manipulação da vontade”<sup>255</sup>.

Conforme Capelo de Souza<sup>256</sup>, o livre desenvolvimento da personalidade advém do fato de que cada sujeito está tutelado (contra perturbações de outros, boicotes, estorvos, intromissões) de forma efetiva e plena, em quaisquer de suas atividades privadas individuais ou sociais lícitas, pelas quais optou e para as quais possui e utilize, de forma predominante, as suas forças, energias, capacidades, detendo as eventuais e necessárias habilidades ou condições jurídicas. Assim, quanto ao livre desenvolvimento da personalidade, o que se equaciona é a possibilidade de o próprio sujeito definir seus planos de vida, de modo a assumir uma dimensão existencial e vocacional dinâmica, cabendo ao Direito apenas proteger os fatos e situações normativas que viabilizem a realização do plano de vida. “É certo, porém, que a dignidade do ser humano reside em sua autonomia, na capacidade para a autodeterminação que o identifica como pessoa”<sup>257</sup>.

Desta forma, como todos devem ser tratados com a mesma dignidade, e a dignidade garante liberdade de escolha, especialmente, no que tange à autonomia na esfera existencial, o poder público é obrigado a garantir os mesmos benefícios concedidos aos casais heterossexuais para os casais homossexuais<sup>258</sup>. E, então, volta à tona a questão: o mesmo é válido para aqueles que desejam se relacionar amorosamente com mais de uma pessoa ao mesmo tempo?

A liberdade para decidir com quem dividir uma vida talvez seja a maior escolha feita por um ser humano. Cabe ao sujeito a prerrogativa de definir como os atributos de sua personalidade serão utilizados. A dignidade dá ao indivíduo o direito de autodeterminação no contexto de sua vida privada<sup>259</sup>.

Diante disso, como há de ser em um Estado de Direito, o indivíduo sobrepõe-se a todas as esferas de poder, no sentido que é seu norte e razão de existir. Dworkin<sup>260</sup> diz que um governo só é legítimo quando respeita dois princípios: (i) igual preocupação com todos e (ii) respeito ao direito e à responsabilidade de cada um decidir sobre como fazer da sua vida algo valioso.

---

255 Barbosa; Álvarez, 2020, p.120-121.

256 Capelo de Souza, 1995, p. 355-356.

257 Enders, 2018, p. 518.

258 Costa Neto, 2014, p. 141.

259 Costa Neto, 2014, p. 43.

260 Dworkin, 2012, p. 14.

## CAPÍTULO IV – O ESTADO DEMOCRÁTICO LIMITADO PELO DIREITO

“O direito não se esgota nas *normas*. É também acto, *decisão*, vontade; e mais do que isso: sistema de ideias, pensamento, objectivo, *ordem*. Vê-lo só no primeiro aspecto, é demasiada abstracção (Normativismo); vê-lo só no segundo, é demasiado irracionalismo (decisionismo). Só no terceiro, enfim, como ordem (ordinalismo), é que se apreende a verdadeira realidade concreta do jurídico”<sup>261</sup>.

No Estado de Direito, todos – inclusive aqueles que exercem os poderes do Estado – estão submetidos a uma série de direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos. Isso significa que o Estado de Direito está vinculado ao respeito de um rol material de valores, cujos direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana são seus pilares. Por sua vez, em um Estado democrático, deve prevalecer a vontade da maioria, a qual também está politicamente subordinada ao comando das normas constitucionais<sup>262</sup>.

Assim, a proteção de bens essenciais para a comunidade pode justificar limitações à liberdade da pessoa, cabendo ao legislador ordinário concretizar a harmonização de tais exigências<sup>263</sup>. “No entanto, uma vez que a liberdade é a regra e a restrição à excepção, ao desempenhar tal tarefa o legislador tem sempre o ônus de justificar a restrição da liberdade (...) no que diz respeito à limitação do poder de dispor sobre posições de direitos fundamentais”<sup>264</sup>.

Ocorre que, salvo exceções, os direitos fundamentais são acolhidos mediante enunciados abertos e significativamente indeterminados, o que dificulta muitas vezes o estabelecimento das consequências jurídicas que vinculam Estado de Direito e Democrático. Com o intuito de trazer um esclarecimento prático à questão do sentido e consequência da supremacia constitucional que toca os direitos fundamentais, Novais, inspirado na teoria *dworkiana* de *rights as trumps* (direitos como trunfos), define que ter um direito fundamental equivale a ter um trunfo em um jogo de cartas, ou seja, é o mesmo que ser titular de uma garantia jurídica forte no Estado de Direito. A carta de trunfo prevalece sobre as demais. Se fosse um jogo, teríamos o indivíduo com o trunfo de um lado, e o Estado, do outro. Desta forma, ter um direito fundamental, em um Estado de Direito, significa ter um trunfo contra o governo democraticamente eleito, de modo que, como o governo foi eleito democraticamente pela maioria, vale dizer que se tem um trunfo contra a maioria (mesmo quando este governo dispõe do apoio majoritário da sociedade). Daí os direitos

---

261 Moncada, 1955, p. 377.

262 Novais, 2021a, p. 145-146.

263 Neto, 2004, p. 159 *apud* Mac Crorie, 2021, p. 216.

264 Mac Crorie, 2021, p. 216.

fundamentais serem um trunfo das minorias e também de um único indivíduo – o que remete à hipótese de existir uma certa tensão entre a democracia e o Estado de Direito<sup>265</sup>.

Por outro lado, há uma força de atração entre democracia e Estado de Direito, no sentido de que um princípio não existe sem o outro. É o que se verifica nas formas políticas contemporâneas. Dito em outras palavras, somente há um verdadeiro Estado de Direito onde houver democracia, e não existe verdadeira democracia onde inexistente o Estado de Direito<sup>266</sup>.

Considerando que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana a autonomia e a igual dignidade, “se não houver democracia, também não há verdadeiro respeito pela igual dignidade da pessoa humana e, portanto, não há Estado de Direito (direitos fundamentais)”. Sem a possibilidade de exercício dos direitos políticos, de eleger seus representantes, não há como garantir a efetiva participação igual e autônoma de todos os membros nas escolhas da comunidade<sup>267</sup>.

Deste modo, há integração e potencial oposição insuperável dentro do Estado de Direito democrático, posto que se funda no princípio da dignidade humana. Isso não significa, evidentemente, que o Estado se encontre impedido de interferir sobre os direitos fundamentais. É claro que essa atividade restritiva é constante. No entanto, o que cumpre saber é se a intervenção estatal está ou não conforme com a Constituição.

Como escreve Benedita Mac Crorie, o respeito pela dignidade humana implica o reconhecimento de um espaço legítimo de autonomia para definir o que seja viver bem, com diferentes concepções de mundo, sem a interferência do Estado, para definir privilégios ou proteção somente para aqueles que perseguem os fins públicos ou objetivos já determinados pelo Poder Público. Neste sentido, no contexto do Estado de Direito, é fundamental que sejam

---

265 A concepção de que há uma tensão entre Estado de Direito e democracia não é predominante. A concepção predominante sustenta que não há uma oposição, mas “uma integração ou uma assimilação entre direitos fundamentais e regra da maioria, entre Estado de Direito e democracia, o que, de alguma forma, se pretende traduzir semanticamente na fórmula de Estado de Direito democrático”. É a chamada democracia deliberativa, substancial ou constitucional - Constituição portuguesa, artigo 2.º. Constituição brasileira, artigo 1.º (DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, Cambridge, Mass., 1996, p.15 e ss, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., 2006; *Justice for Hedgehogs*, 2011, p.4 e ss, 344 e ss., 379 e ss.; Luigi Ferrajoli, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2.ª edição, 2005; Jürgen HABERMAS, *La inclusión del otro* - tradução de *Die Einbeziehung des Andern*, 1996 - Barcelona, 1999, p. 252 e ss. Defende a ideia da existência de uma conexão interna com força de atração entre Estado de Direito e democracia, AMY GUTMANN, “Rawls on the relationship between liberalism and democracy” in FREEMAN, org., *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge, 2003, p.169 . Defende a indivisível associação entre a liberdade política, igual liberdade política característica da democracia, e a liberdade pessoal, ou seja, a igual liberdade pessoal própria do Estado de Direito). (Novais, 2021, p.146-149).

266 Novais, 2021a, p. 149.

267 Novais, 2021a, p. 149-151.

respeitados a dignidade humana, o pluralismo democrático e o desenvolvimento da personalidade individual, o que implica o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal, livre de intervenção jurídica. É crucial garantir a possibilidade de exercício da liberdade individual e a proteção constitucional do princípio do pluralismo, que abrange as diferentes visões de mundo e concepções sociais e individuais sobre o que constitui uma vida boa. O respeito pela autonomia pessoal e a promoção da tolerância são elementos fundamentais das instituições jurídicas, políticas e sociais que caracterizam o Estado de Direito atualmente. Em um Estado plural, a liberdade jurídica é considerada pura e simplesmente liberdade, sem restrições ou privilégios para perseguir fins públicos ou objetivos pré-determinados pelo Estado<sup>268</sup>.

Por sua vez, o Poder Judiciário, que não é eleito, deve garantir o exercício dos direitos fundamentais, e pode intervir na democracia, uma vez que pode alterar as medidas decididas pelos órgãos legitimamente eleitos<sup>269</sup>.

Mas, afinal, há trunfos contra a maioria?

Nos casos apresentados, as liberdades e interesses dos grupos que compõem uma minoria homoafetiva e dos grupos que desejam constituir família com mais de um relacionamento amoroso, entram em conflito com a vontade da maioria. Há uma tensão entre a autonomia individual, liberdade de autodeterminação, com o sentimento real ou presumido da maioria. O desejo de estabelecer uma família conforme o que se julga adequado na intimidade de cada um não converge com o sentimento da maioria (democracia). Desta feita, em tese, cabe ao Estado intervir, a fim de garantir ou não direitos jusfundamentais. Também é momento de verificar se houve ou não intervenção ou limitação restritiva inconstitucional do direito fundamental via justiça constitucional. Daí inquirir quais são os interesses do Estado e quais são os interesses do indivíduo para fim de evitar decisionismo e subjetivismo judicial<sup>270</sup>. Para tanto, é necessário saber com clareza quais os interesses de cada um.

---

<sup>268</sup> Novais (1996, p. 294 e 295) “as chamadas liberdades de espírito” em Amaral (2005, p. 168).

O Tribunal Constitucional diz, no Acórdão no 174/93, a respeito da liberdade religiosa, que todas as formas de dirigismo cultural atingem o bem comum e ferem os fundamentos do Estado de Direito, não cabendo ao Estado determinar aos cidadãos qualquer forma de realização do indivíduo, da vida ou do mundo, (Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930174.html>>. Acesso em: 05 jun. 2023; Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público, edições Cosmos, Lisboa, 1996, p. 28; Albert Bleckmann, “Probleme des Grundrechtsverzichts”, in JZ, n.º 2, 1988, p. 59, com uma postura mais enfática, pode-se afirmar que o objeto do interesse público hoje em dia se concentra na concretização dos direitos fundamentais, de forma que a mais ampla autodeterminação do ser humano se encontra primordialmente a serviço da coletividade. Os dois últimos citados em Benedita Mac Crorie. (2021, p. 141-142).

<sup>269</sup> Novais, 2021a, p. 152.

<sup>270</sup> Vide Novais, 2021a, p. 153 *et seq.*

Conforme Dworkin, que defende a ideia de integração da democracia e direitos fundamentais<sup>271</sup>, o Estado pode eventualmente intervir na liberdade de cada um, naquilo que diz respeito à liberdade substancial individual, desde que para *garantir a vida, a segurança ou a própria liberdade*. Novais<sup>272</sup> faz uma análise crítica de Dworkin e sua defesa da harmonia entre democracia, liberdade e dignidade, dizendo que não haveria perda, na perspectiva do princípio democrático, quando a justiça constitucional invalida uma lei que ofende um direito fundamental, porque na verdade houve a substituição da decisão do parlamento pela decisão de uma aristocracia judicial, a qual repõe, de fato, um benefício democrático – a existência de um direito fundamental que havia sido posto em causa indevidamente pela decisão parlamentar<sup>273</sup>. Novais entende que a melhor forma é evidenciar de forma *transparente* os conflitos de interesses, valores e princípios que envolvem todos os casos difíceis de direitos fundamentais, uma vez que só o reconhecimento dos interesses colidentes e da própria situação de colisão possibilita um controle cristalino da constitucionalidade de sua resolução<sup>274</sup>.

É justamente quando se sustenta determinada posição que não encontra guarida na opinião da maioria, ou que é até repudiada por ela, que os direitos fundamentais são, de fato, úteis, mostrando o Estado de Direito sua força própria e autonomia frente ao Estado Democrático. A democracia nunca poderá atentar contra a pessoa humana e sua dignidade inviolável, ou seja, não há “relevância jurídica da vontade popular que legitime, habilite ou justifique o genocídio, o extermínio, a escravatura, a tortura (...)”<sup>275</sup>. Por sua vez, a posição majoritária não necessita dos direitos fundamentais, basta que as regras da democracia sejam respeitadas, uma vez que alcançam a posição dominante<sup>276</sup>. Isto não quer dizer que as maiorias não tenham direitos fundamentais: apenas que estes são garantidos pelo próprio Estado nas escolhas políticas de forma incontroversa, no sentido de que os representantes eleitos, pelo menos na teoria, irão optar e priorizar a vontade comum do maior grupo.

---

271 Liberdade, igualdade e democracia, não em conflito, mas apoiando um ao outro. (Dworkin, 2011, p. 344-350, tradução livre).

272 Novais, 2021a, p. 159.

273 “Em democracia, a hipótese de uma medida restritiva de liberdade ou da igualdade ser eleitoralmente compensadora constitui um fator de *suspeição* e, como tal, deve merecer da parte do poder judicial, à luz da ideia dos direitos fundamentais como trunfos, a utilização de uma malha de controle especialmente fina e exigente quanto à justificação que a fundamenta”. (Novais, 2021a, p. 248).

274 Novais, 2021a, p. 158-160.

275 Otero, 2007, p. 503.

276 Novais, 2021a, p. 189-190.

Ocorre que há direitos que devem ser garantidos também às minorias, segundo a concepção do constitucionalismo moderno da segunda metade do século XX, com pilares fundados na dignidade humana. Pode ocorrer, portanto, que a essência de determinado direito fundamental possa ser atingida, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que são indissociáveis<sup>277</sup>.

Nos casos de Direito de Família trazidos à pauta, o Judiciário garantiu a liberdade dos casais homoafetivos constituírem família com a proteção do Estado. Por outro lado, não reconheceu a tutela jurídica às famílias simultâneas. Desta forma, limitou o direito de autodeterminação dessas pessoas interessadas em manter uma vida conjugal com mais de um indivíduo. Tanto em Portugal como no Brasil existem grupos de pessoas cujos arranjos familiares não são monogâmicos. Isto não é de agora. O não reconhecimento gera situações de vulnerabilidade, quando, por exemplo, um dos parceiros provedores do sustento da família falece, e os que ficam não podem ter acesso à pensão previdenciária. Em outras palavras, não podem dividir o sustento, que era rateado em vida do *de cuius*.

Neste sentido, conforme Benedita Mac Crorie, há uma perda, e não uma renúncia de direito fundamental, uma vez que naquela primeira “se verifica um enfraquecimento de um direito fundamental” (liberdade de escolha), “mas neste caso o enfraquecimento não deriva de um ato voluntário do titular do direito, sendo antes uma consequência que lhe é imposta “de fora”, ao contrário da renúncia”, a qual parte da decisão voluntária do titular do direito inevitavelmente<sup>278</sup>.

Assim, fala-se em perda de dispor livremente quando há privação de direitos fundamentais ou a sua diminuição, por ato alheio à vontade do seu titular. Diverso da renúncia, que ocorre quando o próprio possuidor abdica voluntariamente do que lhe é próprio.

---

277 Novais, 2021a, p. 243.

278 Mac Crorie, 2021, p. 310.

## CAPÍTULO V – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO GARANTIA DE DIREITOS E LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

“A dignidade humana não se reclama, nem tampouco se negocia. Ela se impõe, de maneira absoluta, para que a vida seja digna de ser vivida” (Jacques Maritain)

A dignidade é o ponto de partida dos direitos fundamentais da personalidade. É “auxiliar hermenêutico na fixação do sentido normativo dos direitos fundamentais e serve como parâmetro orientador da solução de colisões e das ponderações”<sup>279</sup> que ocorrem eventualmente quando de sua concretização.

A necessária adesão ao princípio da dignidade humana – na qual se baseia o Estado de Direito – e o conseqüente direito de cada pessoa ser tratada com igual consideração e respeito pelo Estado, significa que se identificam justificativas não constitucionalmente aceitáveis para determinadas restrições a direitos fundamentais. A perda desses direitos deve respeitar determinado limite previsto na Lei Maior, a qual não pode ultrapassar, tampouco deixar de garantir.

Desta feita, o mínimo essencial de autonomia e liberdade para o desenvolvimento da personalidade e formação da família, contido nos direitos fundamentais, é irreduzível porque especificamente garantido pela dignidade humana, tendo seu sentido autônomo nos direitos fundamentais: também conhecido como conteúdo nuclear ou núcleo duro, está na essência do direito fundamental. Assim, a dignidade da pessoa humana está presente no núcleo dos direitos individuais.

Embora essa relação indissociável dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, vale lembrar que, e bem que poderíamos ter dito no início – a dignidade da pessoa humana é autônoma. Então, por um lado, o princípio da dignidade fundamenta e, por outro, desenvolve a função e se torna requisito material indispensável para “limitar os limites dos direitos fundamentais”<sup>280</sup>.

Trata-se de reconhecer que a dignidade se assume como referência para a delimitação dos direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade, à constituição da família e à autodeterminação, podendo até ser considerada um direito fundamental em si – isto é, “o direito à dignidade”. Também é “*fonte* de descoberta” de novos direitos fundamentais, considerando que a

---

279 Novais, 2011, p. 31.

280 Novais, 2011, p. 31.

enumeração destes não é taxativa na Constituição<sup>281</sup>. A dignidade é tomada como referência que contribui para delimitar o conteúdo essencial de cada direito fundamental.

“É mais do que isso, já que representa o *princípio de valor* que é *fundamento* mesmo (e o *critério*) desses direitos e do respectivo catálogo – catálogo ao qual confere uma *unidade de sentido*”. (...) Desta feita, representa “o reconhecimento de um conjunto de direitos inalienáveis e inderrogáveis, anteriores ao Estado e que este tem de respeitar, que se ligam e emergem da própria dignidade do homem enquanto homem, e enquanto pessoa, e são expressão infungível dessa dignidade”. (...) Dito de outra forma, ao reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo fundamento do Estado, “vai a revelação da concepção ou do *pressuposto antropológico* essencial em que repousam e de onde derivam os *direitos fundamentais* ou *direitos do homem*”<sup>282</sup>.

Assim, o titular dos direitos fundamentais pode deixar de exercê-los, mas não a dignidade humana, uma vez que ela é inerente ao ser humano. Jorge Miranda escreve que, historicamente, não há uma relação necessária entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, e a ligação jurídico-positiva só começa com os textos internacionais e as Constituições após a II Guerra Mundial, o que não é por acaso<sup>283</sup>. Foi a única forma de evitar que se repitam as atrocidades cometidas contra os seres humanos naquele período nefasto. Como refere Canotilho, “a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República”<sup>284</sup>. O princípio da dignidade da pessoa humana surge como valor absoluto, sobrepondo-se a todos os demais princípios, bem como aos direitos fundamentais. O princípio da dignidade humana é imponderável.

Ocorre que, como pilar fundamental do edifício constitucional, a dignidade da pessoa humana representa o sumo do Direito. Pode-se dizer que traduz a essência do Direito, cuja axiologia e integração de justiça, dispõe-se contra a parcialidade e unilateralidade ideológico-políticas. É assim representado que o próprio Direito pode oferecer o fundamento e a intenção global não discriminatória e legítima da própria comunidade.

Daí que a soberania da comunidade é a própria soberania do direito “e só nele o povo encontrará a suprema garantia de sua realização verdadeiramente democrática”, uma vez que é

281 Novais, 2011, p. 31.

282 Costa, 1999, p. 192-193.

283 Miranda, 2014, t. III, t. IV, p. 215-216.

284 Canotilho, 2003, p. 225.

somente naquela “em que se verifique um autêntico reconhecimento do homem pelo homem, em que todos e cada um sejam chamados a participar comunitariamente com o seu direito e a sua liberdade<sup>285</sup>”.

## 1 – Eficácia positiva e negativa

De fato, é obrigação do Estado não apenas *respeitar*, mas *proteger e promover* os direitos fundamentais – indissociáveis, no que tange à sua essência, da dignidade da pessoa humana<sup>286</sup> – através de suas funções (executiva, legislativa e judicial). Nesse sentido, a própria dignidade humana serve de limite à mutação constitucional. Dito de outra maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana tem tanto eficácia positiva como negativa, uma vez que (i) apresenta limite à atuação do Estado e dos indivíduos em suas relações privadas, através de um comando à abstenção de cometer algum tipo de ato que viole a dignidade humana, bem como (ii) um comando de ação dirigido ao Estado, a fim de que garanta a vivência da plenitude da dignidade humana de forma concreta para todas as pessoas.

Impõe-se mais uma vez que o conteúdo da dignidade “seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana”<sup>287</sup>. É exatamente nesse sentido que assume especial importância a constatação de que a dignidade humana é simultaneamente *tarefa e limite* dos poderes do Estado e, também, da comunidade em geral, ou seja, “de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade (...)”<sup>288</sup>.

Na condição de *limite* do poder público, a dignidade pertence a cada indivíduo, não podendo ser alienada ou perdida. Se inexistente, “não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade)”. Por sua vez, como *prestação* ou *tarefa* imposta ao Estado, o princípio da dignidade “reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade”, em

285 Neves, 1976, p. 231.

286 Barcellos, 2011, p. 75-84.

287 Benda, 1984, p. 23, *apud* Sarlet, 2015, p. 36 de 97 e 192 de 1148, nota 115, versão digital para Kobo. 2.2. A noção de dignidade da pessoa na perspectiva jurídico constitucional: tentativas de aproximação e concretização.

288 Sarlet, 2015, p. 36, 37 de 97 e 192 de 1148, nota 116., 2.2. A noção de dignidade da pessoa na perspectiva jurídico constitucional: tentativas de aproximação e concretização.

especial, para criar condições que permitam o exercício da dignidade. Daí se entende a dignidade como dependente da ordem comunitária, considerando que é questionável até que ponto o indivíduo poderá ou não realizar por si só “parcial ou totalmente as suas necessidades existenciais básicas ou se precisará do auxílio da comunidade ou do Estado, tratando-se de elemento mutável da dignidade, pois subsidiário (...)”<sup>289</sup>.

Retomando aos casos abordados no presente estudo, no que tange às famílias homoafetivas e múltiplas, aborda-se o poder de o Estado definir o que constitui família ou não, limitando direito fundamental à livre formação da personalidade, à não discriminação, e ao direito de constituir família como sucedâneos da dignidade da pessoa humana.

Mediante a análise dos casos concretos, é possível verificar em que situação existe uma interpretação que (des)respeita a Constituição. Como visto anteriormente, no capítulo que trata da evolução da tutela jurídica do Direito de Família, a Constituição Federal Brasileira prevê, para efeito da proteção estatal, o reconhecimento da união estável entre “o homem e a mulher como entidade familiar”. Por sua vez, face à inexistência de legislação específica, o Judiciário, através da Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal), interpretou o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de forma (i) a reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e o homem, bem como entre a mulher e a mulher, além do já expresso na letra normativa, e (ii) a não reconhecer como entidade familiar a união entre mais de *um* homem e *uma* mulher.

A interpretação dada (que reconheceu a união homoafetiva) alterou a Constituição, conferindo-lhe uma leitura neoconstitucional. No que tange aos relacionamentos simultâneos, a interpretação foi outra (não reconheceu os relacionamentos simultâneos como entidade familiar). Houve uma interpretação restritiva do conceito de família nesta abordagem, enquanto naquela, foi empregada uma análise extensiva.

No primeiro caso, houve mutação constitucional, uma vez que o texto da Carta exprime, com as próprias letras, que é reconhecida a união estável e/ou o casamento, especificamente, entre “o homem e a mulher” como entidade familiar<sup>290</sup> para efeito de tutela do Estado – de forma a interpretar “o homem e a mulher” com a possibilidade de também ser um homem e um homem ou uma mulher e uma mulher.

---

289 Sarlet, 2015, p. 38-39 de 97 e 193-194 de 1148, 2.2. A noção de dignidade da pessoa na perspectiva jurídico-constitucional: tentativas de aproximação e concretização.

290 Artigo 226, parágrafo 6.º, da Constituição Federal do Brasil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2023.

Tal conduta coaduna-se com o Estado de Direito, uma vez que somente a lei pode restringir direitos e liberdades, devendo a restrição limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos protegidos na Constituição, e desde que não diminua a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18.º da Constituição portuguesa).

Dentro de tais parâmetros, a Constituição pode ser objeto de alterações formais ou informais. Dentre as primeiras, destacam-se as emendas e revisões constitucionais. As transformações informais podem ocorrer por meio da mutação constitucional, a qual permite a mudança do sentido da norma, sem alterar o texto. Trata-se de uma modificação inovadora, não formal, do sentido e significado das normas constitucionais, a qual ocorre à “margem de um processo de revisão constitucional”<sup>291</sup>, tal como o recém citado julgado. A mutação está associada à plasticidade que deve haver na norma constitucional para que esta possa se adaptar no tempo.

Deve ainda ser considerado que há situações em que a inércia do legislativo é tamanha, que torna obrigatória a atuação do Poder Judiciário como guardião da Constituição, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais minoritários e o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Dado o dever de prestação jurisdicional, sempre que acionado, cabe ao julgador decidir, mesmo que eventuais pontos não estejam expressamente previstos em lei. Essa ação tem como base princípios e normas constitucionais muitas vezes com conceitos imprecisos e contornos vagos, o que pode dar margem a eventual decisionismo.

Conforme Sousa e Leitão, há certos casos em que a mutação constitucional pode se tornar um mecanismo de legitimação de um ativismo judicial, o que contraria a essência da Constituição<sup>292</sup>. Nessa situação, há abuso de interpretação das normas constitucionais, de forma que a mutação é contrária à força normativa e à supremacia constitucional. Essa distorção da Constituição é bastante relevante quando a interpretação da norma fere os direitos fundamentais das minorias ou é contrária aos direitos individuais previstos no texto constitucional.

## **2 – Linhas sobre o ativismo judicial**

---

291 Moraes, 2016, p. 49.

292 Sousa; Leitão, 2020, p. 238.

O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez em janeiro de 1947 em um artigo da revista americana *Fortune Magazine*, pelo jornalista e historiador Arthur Schlesinger. O texto classificava e contrapunha os julgadores da Suprema Corte, classificando-os como *ativistas* e *campeões da autocontenção*<sup>293</sup>.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso, doutrinador e ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, afirma que, em um primeiro momento, o ativismo judicial foi uma reação conservadora da Suprema Corte Norte-Americana, gerando conflitos até mesmo com o então presidente dos Estados Unidos da América:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905- 1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937)<sup>294</sup>.

A Suprema Corte norte-americana foi presidida por Earl Warren entre os anos de 1954 e 1969 – período em que ocorreu uma revolução silenciosa e profunda, com um consequente avanço em relação a várias práticas políticas nos Estados Unidos, liderado por uma jurisprudência progressista no campo dos direitos fundamentais. Neste cenário, com a atuação proativa da Corte em relação a esses direitos, surgiu, então, a expressão *ativismo judicial*<sup>295</sup>.

Portanto, com o tempo, o termo *ativismo judicial* passou a ter caráter mais progressista à medida que começou a ser adotado como estratégia de proteção dos direitos das minorias, que não conseguiam fazer valer suas demandas por meio dos mecanismos majoritários da democracia representativa<sup>296</sup>.

É fato que o *ativismo judicial* divide opiniões. Enquanto alguns o veem como forma de burlar o formalismo imposto pelo Estado Liberal, em que o juiz teria apenas o papel de aplicar de forma mecânica a norma abstrata a um caso concreto, introduzindo mais “humanidade” às decisões judiciais<sup>297</sup>, seus opositores promoveram uma intensa reação que atribuiu ao *ativismo judicial* uma conotação negativa. De fato, dada a separação de Poderes, essa expressão aparenta uma usurpação de competência, sugerindo até que o julgador agiria como eventual militante de algum grupo social, o que o tornaria parcial e suspeito para decidir determinadas causas<sup>298</sup>.

O *ativismo* não é um fenômeno restrito à realidade brasileira. O Tribunal Constitucional Português, apesar de manter uma postura bem menos *ativista*, já protagonizou momentos de

---

293 Teraoka, 2015, p. 115-130.

294 Barroso, 2012, p. 29.

295 Barroso, 2015, p. 441.

296 Knijnik, 2022a, p. 4.

297 Barroso, 2012, p. 29.

298 Oliveira Junior, 2012, p. 221.

elevada tensão com o Executivo, designadamente quando censurou medidas de austeridade financeira e decidiu pela inconstitucionalidade de cortes no orçamento público<sup>299</sup>.

Os tribunais constitucionais têm uma importante função de defesa dos direitos fundamentais das minorias e na defesa em geral da Constituição. Contudo, a atuação da Corte brasileira “marcada pela judicialização política possui consequências diretas no relacionamento do STF com a realidade política, resultando na instabilidade da legitimidade democrática da Corte”<sup>300</sup> – o que faz surgir um conflito entre a representatividade política, a legitimidade democrática e a jurisdição constitucional.

Por vezes, a “legislação judicial” representa decisões recheadas de valores pessoais em detrimento da lei e da própria Constituição, representando verdadeiro abuso de poder, posto que é exercido além dos limites normativos.

Institucionalmente, o ativismo judicial pode consistir em fonte de conflito entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. O maior problema diz respeito ao “gigantismo” do Judiciário frente ao Poder Legislativo. Ocorre que, no processo de criação, o intérprete por vezes extrapola sua função primordial e faz “lei” no caso sob sua análise, sem que o Legislativo tenha previamente se pronunciado sobre o tema. Desta forma, está se imiscuindo na atividade legislativa.

No executivo há também dificuldade. O julgador intervém na atividade do Executivo quando, por exemplo, determina a internação compulsória às custas do Estado, de determinado sujeito, que precisa de tratamento hospitalar, mas não o obtém por si só por falta de vaga na rede pública. Dito de outra forma, o julgador também determina qual a melhor solução, no seu entender, em situação de política pública, como é o já clássico problema do SUS (Sistema Único de Saúde brasileiro), no qual a previsão constitucional sobre o direito à saúde está em descompasso com o subfinanciamento do sistema, causando excessiva espera para atendimento das pessoas mais vulneráveis economicamente. É nesse cenário que se questiona se a judicialização da saúde é a vilã ou a fomentadora da contribuição para o aperfeiçoamento das engrenagens de freios e contra-freios das funções do Estado, a fim de dar voz aos excluídos quando seus direitos estão previstos na norma, mas não o alcançam na prática<sup>301</sup>.

---

299 Sobre o assunto, vide Coutinho; Ribeiro, 2014. Sustentando a atuação do Tribunal Constitucional, cfr. Novais, 2014.

300 Knijnik, 2022a, p. 6.

301 Ver mais sobre o assunto em: Souza, 2022.

Frente a tal circunstância, questiona-se se não é o momento de rever a separação clássica cartesiana dos Poderes, de influência positivista, de modo a evitar os mitos de neutralidade dos juízes e a impossibilidade de criação judicial quando da interpretação normativa<sup>302</sup>. Em outras palavras, a divisão dos poderes sugerida por Montesquieu pode não ser tida na sua literalidade como uma separação rígida especialmente quando é o caso de se proteger a dignidade da pessoa humana.

Lógico que tem de haver um controle das chamadas funções atípicas do Estado para que não haja um Poder absoluto – o necessário é reformular a visão do Estado Liberal para o Estado Democrático Social de Direito para que sejam atendidos os direitos fundamentais dos cidadãos, em especial, dos desfavorecidos financeiramente, de forma a não negar uma política intervencionista para garantir a humanidade das minorias.

É função do judiciário criar Direito através da interpretação das normas. Desta forma, o direito constitucional deve ser entendido como além daquele unicamente previsto do disposto no texto constitucional. Então, dada tal competência ao Judiciário é necessário teorizar a respeito da produção normativa, bem como se o Supremo Tribunal Federal em sua decisão destacada a respeito das famílias homoafetivas aponta para uma releitura da separação dos poderes, tendo em vista a “superação do Estado de Direito Legalista e as novas funções trazidas pelo neoconstitucionalismo e pelo Estado Democrático de Direito”. Todavia, não se pode esquecer que o espaço de margem de liberdade para a criação do direito pelo Judiciário é bem limitado, mesmo que as “margens da moldura sejam dilatadas”, não são admitidas decisões desarrazoadas e sem conformidade sensível com o que está estabelecido no texto, ou seja, não é aceitável qualquer forma de interpretação e nem tampouco deve ser utilizada como “álibi para decisões de cunho nitidamente político (escolhas subjetivas)”<sup>303</sup>.

Ademais, os que são favoráveis ao ativismo judicial defendem que a intervenção do Judiciário na política e na sociedade atende ao interesse público, uma vez que a própria população descrente e insatisfeita com a política busca cada vez mais o judiciário, o qual é mais acessível especialmente para os mais vulneráveis<sup>304</sup>.

---

302 Nesse sentido: Alencar Filho, 2016, p. 285-358; Alencar Filho, 2013.

303 Andrade, 2015, p. 58.

304 Hoje em dia, corre-se “sério risco de transformar a democracia como ‘governo do povo, pelo povo e para o povo’ num sistema político baseado no seguinte postulado: ‘o governo dos partidos e grupos, pelos partidos e grupos e para os partidos e grupos’” (p. 666). Vide mais sobre a desesperança da comunidade no sistema democrático de representação política em Paulo Otero. (2007, v. 1, p. 663-667).

A ligação entre o ativismo e o sistema de *checks and balances* é evidente. Esse último encontra fundamento no equilíbrio das competências entre os poderes fundamentais do Estado, na teoria da separação dos poderes de Montesquieu<sup>305</sup>. A evolução desta permitiu um sistema de autocontrole e equilíbrio entre os poderes, uma vez que cada um passa a ter, ao mesmo tempo, um poder ativo e um poder controlador sobre a atuação dos demais, reforçando-se a ideia de alavancas e freios, de pesos e contrapesos<sup>306</sup>.

No constitucionalismo contemporâneo, a noção de interdependência de poderes revela a ideia de que a separação de competências pelos órgãos de poder não tem uma natureza estanque. A defesa do Estado e da própria Constituição é competência comum aos três poderes. Diante disso, pelo menos em tese, não há que se falar em prevalência de um poder em detrimento de outro, havendo sim complementaridade entre eles, que agirão em caráter típico ou atípico<sup>307</sup>.

Luís Roberto Barroso afirma que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”<sup>308</sup>. O jurista traça um critério de distinção das decisões ativistas, de acordo com três condutas, quais sejam (i) aplicar diretamente a Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto e em atividade independente do legislador; (ii) declarar inconstitucionais atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente; e (iii) impor abstenções ou condutas ao poder público em matéria de políticas públicas<sup>309</sup>.

Dentro deste contexto, a noção desenvolvida pela teoria concretista de Konrad Hesse é de que é apenas no enfrentamento de um problema concreto que o texto constitucional pode ser idealmente interpretado e compreendido. Dito de outra forma, quanto mais o conteúdo de uma

---

305 ““Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”. (Montesquieu, 2008, p. 67-68).

306 Lenza, 2017, p. 532.

307 Andrade, 2015, p. 31.

308 Barroso, 2012, p. 28.

309 Barroso, 2012, p. 29.

Constituição corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser a sua força normativa<sup>310</sup>.

Por sua vez, Peter Häberle traz um conceito de Constituição como processo público, “Constituição Aberta” ou “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, entendendo ser “potencialmente vinculada a todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”<sup>311</sup>.

A mutação Constitucional está relacionada à preservação da força normativa da Constituição, uma vez que a sua efetividade depende da adaptação à realidade do momento histórico. Também é verdade que essa alteração requer limites, designadamente a preservação da força normativa da Constituição, fundada no princípio da dignidade humana, o qual irradia seus efeitos a todo o prédio constitucional.

Por sua vez, a mutação inconstitucional que viola os limites deve ser rejeitada pelos Poderes competentes e pela sociedade, sob pena de flagrante desrespeito à normatividade e supremacia constitucional.

Esta é uma realidade vivida no cenário do ativismo judicial e na judicialização da política.

### **3 – Linhas sobre a judicialização da política**

Para clarificar, utiliza-se o conceito de judicialização da política na presente investigação para descrever o fenômeno segundo o qual se verifica que temas de grande repercussão política ou social passam a ser decididos pelo Judiciário, no lugar das instâncias tradicionais, quais sejam, o Congresso Nacional e o Poder Executivo<sup>312</sup>. Estabelecendo a conexão com o ativismo judicial, este último consistiria numa espécie do gênero mais amplo da judicialização da política.

A judicialização da política nem sempre é tida como negativa, no sentido de que os juízes devem exercer também funções políticas, uma vez que atuam em prol dos programas constitucionais, em especial nas problemáticas que chegam a eles por não terem sido resolvidas pelos políticos<sup>313</sup>, bem como no exercício da função originária.

---

310 Hesse, 1991, p. 20.

311 Häberle, 1997.

312 Barroso, 2012, p. 3.

313 Silva, 2002, p. 151.

Ocorre que, ontologicamente, o Direito não refuta a Política, posto que esta serve de “pressuposto para sua criação, manutenção e fomenta debates na *sociedade aberta* de seus intérpretes, deste modo, não há direito sem política”. Aliás, a discussão política é anterior à criação do Direito. Todavia, após normatizada, o limite é o Direito – trata-se de uma interdependência entre o direito e a política<sup>314</sup>.

Dobrowolski menciona que, além da função puramente jurisdicional, há atribuições relevantes quanto à atuação do magistrado no seu papel como decisor não só de uma causa atual, mas de causas futuras. O exercício dessas funções pelo juiz impede-o de ficar completamente alheio às questões políticas<sup>315</sup>.

O protagonismo dos magistrados reserva aos Tribunais constitucionais o ofício de deliberar acerca dos conflitos de interesses que decorrem da interpretação da Constituição. O temor que se instala é o Poder Judiciário torne-se uma “ditadura”, ou o que se convencionou chamar “governo de juízes”<sup>316</sup>.

Todavia, não é apenas o judiciário que suscita esses receios, tendo em conta que o legislador também experimenta gigantismo no Estado contemporâneo. Interfere em muitas áreas. Os diplomas legais multiplicam-se em profusão, sob pressão da crescente demanda/judicialização, e, portanto, como tudo que é feito às pressas, frequentemente não tem a qualidade desejada<sup>317</sup>.

Alhures, as decisões judiciais políticas podem exercer a função de aliadas do governo e do legislativo, firmando a posição em questões que gerariam grandes custos políticos aos governantes no poder. É o caso do reconhecimento do chamado “casamento *gay*”, o qual, de forma ideal, teria sido implementado por lei no Brasil, tal como o fez o legislador português. Entretanto, por falta de vontade dos membros do legislativo de se posicionarem contra a moral evangélica, cujos seguidores formam o maior eleitorado brasileiro, optaram por não arriscar a perda de eleitores para eleições futuras, mantendo o legislativo inerte.

Streck diferencia ativismo da judicialização da política: a judicialização é contingencial. Dito de outra forma, apresenta-se de forma eventual, ocorre na maioria dos países democráticos, não é um mal em si mesma. Não obstante, ele vê o ativismo como um problema de

---

314 Andrade, 2019, p. 359.

315 Dobrowolski, 1995, p. 92-101.

316 Tassinari, 2021, p. 56.

317 Dobrowolski, 1995, p. 92-101.

comportamento, já que os magistrados substituem os juízos de valor políticos e morais pelos seus, a partir da própria subjetividade, tomando “decisões solipsistas”<sup>318</sup>.

Desta feita, é possível perceber que a judicialização da política é um fenômeno jurídico, eminentemente político e social, que foi provocado por um modelo de Estado Social, pela redução do prestígio dos governantes, pela inércia dos poderes Executivo e Legislativo, além do aumento geral dos litígios. Desta feita, insere-se em um contexto natural de um país democrático de forma mais ou menos intensa, dependendo das circunstâncias históricas, políticas, sociais e culturais.

Com a expansão da atuação do Judiciário sobre os demais poderes de Estado, bem como no âmbito de grandes questões morais e políticas, os tribunais inevitavelmente se tornam personagens centrais do governo, e suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desse sistema. Assim, pode-se dizer que os juízes atuam como verdadeiros *atores políticos*, apenas com outra forma de organização e fundamentos em relação ao Executivo e ao Legislativo. Os tribunais ativistas fazem parte da formação da política do Estado em que atuam, haja vista a importância e os efeitos de suas decisões, ou seja, não são apenas parte do sistema, mas centros de poder que influenciam a vontade política majoritária<sup>319</sup>.

Assim, o tema da judicialização da política remete à forma como o ativismo judicial pode se desenvolver em meio a esse fenômeno. Nas democracias contemporâneas, verifica-se a transferência crescente das decisões acerca de grandes assuntos políticos e sociais para a arena judicial, invés de essas decisões serem tomadas nos locais políticos tradicionais, ou seja, no Executivo e no Legislativo. Mais do que mera escolha do Judiciário, essa forma de atuação é requerida pelos diversos autores políticos e sociais, os quais têm de decidir sobre conflitos cruciais da atualidade. Desta forma, a atuação dos tribunais como atores políticos responde, em larga escala, a fatores externos, que demandam a judicialização da política. Assim, fica criada uma estrutura de oportunidades para o avanço judicial na seara político-normativa, gerando o ativismo judicial. É esse tipo de ativismo encontra na judicialização da política a oportunidade para crescer, posto que o juiz aceita a demanda de judicializar a política e ditar respostas, erradas ou certas, para as questões trazidas<sup>320</sup>.

---

318 Streck, 2013.

319 Campos, 2012, p. 140-141

320 Barroso, 2012, p. 24-25.

#### 4 – A dignidade humana como limite e incentivo do ativismo

De fato, no pós Segunda Guerra Mundial, a maior parte dos países ocidentais avança em matéria de justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, a saber, o no âmbito dos demais poderes, tendo por fomento o voto da população. Daí surge uma fronteira fluida entre política e justiça no mundo atual<sup>321</sup>.

Não é por acaso que o crescimento dessa maleabilidade na divisão de Poderes ocorre justamente quando o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado nas constituições de quase todos os países democráticos. Como sucedâneo, a atuação judicial ativa é mandamental, sempre que acionada e desde que pautada pelo limite constitucional da garantia da dignidade da pessoa humana, pois “todos os poderes do Estado têm de estar submetidos ao Direito”<sup>322</sup>. Em prol da dignidade da pessoa humana, o julgador tem o dever de agir para protegê-la, e a obrigação de não criar Direito que a ofenda. Em consequência tem-se respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e não a sua violação.

Assim, a dignidade humana configura-se como fonte de imposição ativista, desde que falte lei própria que proteja o fato levado ao Judiciário. Dessa forma, a Constituição determina a interferência do Direito em todas as situações nas quais estejam em causa a lesão ou a ameaça de lesão à dignidade da pessoa humana. Diante disto, é vedado qualquer comportamento que atente contra a dignidade inerente do ser humano<sup>323</sup>, mesmo nos casos que a criação judicial tenha força de lei.

Com efeito, pode-se concluir que a eventual inexistência de legislação disciplinando situações fáticas que ameaçam ou lesam a dignidade da pessoa humana exige a utilização direta da Constituição, sob pena de colocar em risco a concepção da dignidade como pilar do Estado de Direito.

No caso da autodeterminação humana, sempre haverá tutela deste bem jurídico essencial à dignidade da pessoa. Dito em outras palavras, mesmo em situação de eventual omissão do legislador, exige-se a garantia da dignidade da pessoa humana: “todos, sejam entidades públicas

---

321 Barroso, 2012, p. 23.

322 “A cultura jurídica nunca se expande por vontade própria, como se quisesse, por força cega, estender o seu império a todos os domínios da vida: as formas do Direito só adquirem sentido quando postas ao serviço de qualquer coisa que as transcendam”. As atividades jurídicas do Estado constitucional estão a serviço do homem de nosso tempo, estando incindíveis à dignidade da pessoa humana. (Amaral, 2021, p. 162).

323 Otero, 1999, p. 55.

ou entidades privadas, se encontram vinculados à aplicabilidade direta de tais normas da Constituição”<sup>324</sup>.

Diante disto, o julgador recebe o tom exato que guiará sua decisão diante da situação fática. O intérprete precisa aplicar diretamente as normas constitucionais para garantir o respeito à dignidade humana se inexistir lei que regule a matéria, ou recurso à analogia: ou seja, a resposta é a aplicação direta da Constituição para garantir que não se atinja ou ameace a dignidade humana<sup>325</sup>. Em outras palavras, primeiro o julgador deve recorrer à lei expressa, depois à analogia e, por fim, à Constituição.

Observa-se que, no julgamento sobre a união estável entre homossexuais, o julgador recorreu corretamente à Constituição. Caso assim entendesse, ao analisar o pedido de direitos previdenciários aos dependentes supérstite na relação poliafetiva, poderia ter recorrido à analogia à união homoafetiva e/ou diretamente à Carta, havendo amparo para decidir de forma diversa da que ocorreu. Observa-se que, em ambos os casos, há direitos de uma minoria que deseja constituir família de acordo a sua concepção de ser e existir, a qual é diferente da maioria heterossexual e monogâmica. Este é um exemplo paradigmático que ilustra a abordagem de um grupo de indivíduos que apresenta diferenças em relação à maioria das pessoas no que se refere à sua orientação afetiva e sexual no contexto familiar.

Então como dito, dada a ausência de norma que regule o caso concreto pode-se aplicar o resultado de um caso semelhante. Dito de forma diversa, o recurso à analogia implica a utilização do resultado de um caso semelhante ou, mais rigorosamente, a aplicação da solução legalmente prevista para um certo conjunto de casos a outros casos não previstos mas cujas razões e justificativas também procedem.

Deveras, na eventual inércia do Legislativo, deve-se manter o foco naquilo que mais importa dentro do poder do Estado: o ser humano. O Estado é obrigado a garantir, respeitar e promover a dignidade da pessoa humana como princípio orientador de todo o conjunto normativo, sob pena de agir inconstitucionalmente. A omissão do Poder Legislativo justifica a analogia e a aplicação direta das normas constitucionais que garantem “a projeção do respeito pela dignidade da pessoa humana: todos, sejam entidades públicas ou entidades privadas, se encontram vinculados à aplicabilidade direta de tais normas da Constituição”. A inexistência de

---

324 Otero, 1999, p. 57.

325 Otero, 1999, p. 57.

legislação necessária para garantir a tutela à dignidade humana “se configura como uma situação geradora de inconstitucionalidade por omissão”<sup>326</sup>.

Neste sentido, no âmbito da presente pesquisa sobre a autodeterminação, considera-se que a supressão do direito à autonomia atinge a dignidade da pessoa humana: sem ela, o ser humano não pode escolher o seu modo de vida e as suas ações, vivendo em desconformidade com aquilo que considera bom para si. É um ataque não apenas ao direito fundamental, mas a própria dignidade da pessoa humana face à gravidade e importância de se poder ser aquilo que se é.

Por isso, a criação judicial do casamento homoafetivo equiparado ao heterossexual permite que o sujeito mantenha a sua autonomia e dignidade respeitadas como a dos demais cidadãos. Se assim não fosse, haveria ofensa contra a igual dignidade, não apenas ao princípio da igualdade, pois não se trata exclusivamente de dar o mesmo tratamento a todos. É mais do que isso: a própria dignidade é atacada, tamanha a restrição feita à autodeterminação. Assim, como todos têm a mesma dignidade independentemente de sexo, cor, raça ou religião, devem ser tratados com igual dignidade. Cada ser humano é merecedor de igual respeito e consideração no que tange à sua condição de pessoa humana.

Independentemente das concepções políticas e filosóficas de cada tempo, há um “ponto firme” de consenso a respeito da convivência quando se trata de um Estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana: todas as pessoas têm igual dignidade e o direito de serem tratadas com a mesma consideração e respeito, bem como podem resolver sua vida, responsavelmente, de acordo com seus valores, com autonomia e liberdade<sup>327</sup>.

O ser humano é o único ser vivo que conduz sua vida com base em preferências valorativas, sendo também o legislador universal. Ele é guiado por valores éticos e se submete voluntariamente às normas valorativas. Como ser histórico e cultural, a pessoa humana cria seus próprios valores e mundo, e a liberdade é um conceito fundamental para todos, independentemente de sua posição social, e o denominador comum a ser reconhecido pelas sociedades humanas, observado o valor ontológico do ser humano. A dignidade humana só é possível com liberdade, pois somente o homem livre é digno e tem sua humanidade reconhecida. Ademais, uma humanização total e abrangente só será possível quando todos os homens, povos e organizações sociais reconheçam a primazia da dignidade humana de seus membros por atributos

---

326 Otero, 1999, p. 56-59.

327 Novais, 2021a, p. 181.

espirituais, e não por atributos materiais externos, como a riqueza<sup>328</sup>. Essa é a dignidade capaz de limitar a atuação criativa do julgador, bem como incentivá-la.

Desta feita, o julgador deve antes de despachar ou julgar, pautar-se pelo princípio dos princípios, questionando-se: há ofensa à dignidade da pessoa humana diante dos fatos expostos? Se a resposta for positiva, então, a decisão deve ser de supressão da inconstitucionalidade.

Por isso, qualquer decisão ativista que trata o ser humano como mero objeto ou meio para obter fins alheios é inconstitucional, já que esbarra na dignidade humana. Assim, o ativismo judicial é limitado, mesmo que tal decisão vise garantir direitos. Por exemplo, caso determinado órgão julgador decida que, nas situações de tentativa ilegal de imigração, as crianças sejam separadas dos seus pais – está se ferindo o princípio da dignidade humana. Considerando que, inexistente legislação a respeito do tratamento a ser dado às famílias que buscam ingressar de forma ilegal no país, essa decisão é ativista – em que pese supostamente pretender resguardar direitos de imigração legal. Dito de outra forma, quando o julgador decide pelo retorno dos pais ao país de origem e a manutenção dos menores segregados dos genitores, a despeito de o legislativo não ter regulamentado a matéria sobre devolver a família inteira ou apenas os maiores de idade, tem-se um ativismo do Judiciário. Tal ato ativista é inconstitucional, deve ser rechaçado e pode ser descumprido, uma vez que atinge a dignidade da pessoa humana. Portanto, pode-se dizer que a dignidade limita o ativismo judicial, uma vez que qualquer ação do Judiciário que a ataque é nula de pleno direito. Se não fosse assim, as portas estariam abertas para ações desumanas como as dos nazistas contra o povo judeu fossem perpetradas – o que é vetado pelas constituições de Portugal e do Brasil.

Com isso, busca-se a igual dignidade material objetivada no Estado democrático (social) de Direito. Este é o principal fomento da alteração das cartas portuguesa e brasileira no pós-Guerra.

Desta feita, o Judiciário deve interpretar o Direito conforme os valores emanados da dignidade da pessoa humana. Este é o seu norte e seu limite de atuação. A liberdade da atividade proativa judicial deve ser limitada ou impulsionada sempre que esbarrar na dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é a própria dignidade humana que irá determinar se o julgador deve ser proativo ou eximir-se dessa tarefa, considerando que sua atuação se justifica ao servir ao sujeito de direito. O argumento de princípio (da dignidade) justifica “uma decisão política,

---

328 Santos, 2001, p. 27 *apud* Silva, 2017.

mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”, ou seja, a minoria tem direito à mesma consideração e respeito<sup>329</sup>.

Desta feita, adotando o pensamento de Dworkin e Novais de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, poderia-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é um super trunfo contra a maioria. Isto porque é, capaz de legitimar o ativismo (reconhecimento do casamento homoafetivo), tornar questionável a sua omissão (não reconhecimento da pensão aos cônjuges supérstites), além de lhe impor limites (separar filhos dos pais, em caso de imigração ilegal). Dito de outra forma, a dignidade humana é o limite inalienável da liberdade das ações ativistas dos julgadores para garantir os direitos das minorias.

## 5 – Densificação do conteúdo

Nesta dimensão da dignidade como limite da liberdade do julgador, o maior desafio continua a ser a densificação de seu conteúdo normativo. Qual é o critério que deve ser utilizado para identificar o limite que a dignidade impõe à livre intervenção judicial? E qual é o critério a ser usado para impulsionar o ativismo em prol da dignidade humana?

Como refere Novais,

a dignidade tanto pode ser um limite ao ativismo como um impulso. O que acontece frequentemente é que a indefinição sobre o conteúdo da dignidade permite que ela seja invocada para tudo e para o seu contrário. A única forma de evitar isso é investir na delimitação o mais precisa possível do conteúdo normativo da dignidade, mas antes disso é preciso debater qual o melhor caminho para se chegar a esse conteúdo. de outra forma, cada um tende a colocar no conteúdo aquilo que são as suas posições pessoais e isso é inadmissível num Estado de Direito<sup>330</sup>.

Neste sentido, Roberto Andorno reflete sobre a ideia de dignidade humana como princípio autoevidente, ou seja, algo que não requer demonstração, apenas afirmação<sup>331</sup>. Essa peculiaridade do conceito de dignidade é tanto sua força quanto sua fraqueza. Em particular, um paradoxo da dignidade humana, mas não o único.

Por um lado, os seres humanos precisam de um conceito para garantir uma vida social civilizada; por outro, é extremamente difícil, senão impossível, justificá-lo sem recorrer à metafísica. A pesquisa sobre a identificação do melhor conteúdo possível da dignidade da pessoa

<sup>329</sup> Dworkin, 2002a, p.129-130 ou Dworkin, 2002b.

<sup>330</sup> Novais, 18 ago. 2023. E-mail.

<sup>331</sup> Adorno, 2009, p. 441.

humana é indispensável quando se pretende alcançar decisões bem fundamentadas, com base no Direito

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser utilizado para fundamentar (i) lados opostos da mesma demanda ou (ii) decisões judiciais que concluem pela tutela de um direito e pelo não reconhecimento jurídico de um fato, os quais poderiam ser considerados com igual dignidade.

A fim de ilustrar tais contextos, exemplifica-se:

No que tange ao item (i) acima, com o já referido caso pitoresco do “lançamento do anão” na França (em inglês: *dwarf tossing*, *dwarf throwing*; em francês: *lancer de nains*), o qual chegou a ser submetido à decisão do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Em Morsang-sur-Orge, cidade francesa próxima a Paris, o prefeito, utilizando o poder de polícia, interditou um estabelecimento comercial onde era realizada a prática de lançar anões a maior distância possível para atrair clientela, sob o argumento de que ela violava a ordem pública, uma vez que se mostrava contrária à dignidade da pessoa humana. Assim, entenderam que o consentimento era inválido. Do outro lado, o próprio anão, o senhor Manoel Wackenheim, que não se sentia agredido em sua dignidade, entendendo que se tratava de um esporte por dinheiro, que não retirava sua honra, defendia o seu direito ao trabalho e à livre iniciativa. O argumento era de que a interdição do bar onde era praticado o lançamento de anões violava o seu direito de decidir como trabalhar e ser pago por isso, ou seja, como ganhar a vida. Ele alegava que tinha ocupação lícita, era bem remunerado para o meio onde vivia, tinha amigos, gorjetas – finalmente um emprego fixo, que o fazia se sentir parte da sociedade, diferente de antes, quando se sentia invisível, um pária da sociedade.

Em relação ao ponto (ii) supra, no contexto tratado neste trabalho, para aqueles que entendem que, no acórdão a respeito das famílias poliafetivas, houve inconstitucional omissão dos julgadores, a falta de ativismo judicial pode ser o problema, quando se considera que cada ser humano é dotado de características singulares e de autonomia para decidir como formar a sua família, apoiado no fato de que todo o sistema público existe para servir ao indivíduo singular, devendo suas escolhas serem respeitadas, sempre que esteja em condições de responder por si mesmo e não invada a seara razoável do bem-estar alheio. Diga-se “a seara razoável” porque é humanamente impossível obter a concordância unânime em casos difíceis.

Por essa visão, o mesmo tratamento dado às pessoas homoafetivas caberia aos sujeitos poliafetivos? O entendimento predominante na Corte não foi este.

Dada essa ambivalência, com base no princípio da dignidade humana e nos *hard cases* em Direito de Família referidos anteriormente, pode haver casamento com escolha de parceiro do mesmo sexo, mas não reconhecimento dos direitos previdenciários dos sujeitos envolvidos em uma relação familiar poliafetiva consensual e de boa-fé. Tratam-se de casos que apresentam mais de uma resposta sobre a relação com a dignidade da pessoa humana, caracterizando-se como de difícil solução. Daí a importância de seguir estudando o princípio, na tentativa de definir com maior precisão o seu conteúdo normativo – e, se for o caso, utilizar-se daquilo que já foi pensado e discutido a fim de evoluir o raciocínio e o conhecimento sobre o tema, uma vez que tudo é aprendido: o presente trabalho não pretende suprir por inteiro esta lacuna, mas contribuir para o esclarecimento crítico do instituto da dignidade da pessoa humana. Assim, ventilam-se questões polêmicas para refletir sobre seu verdadeiro significado, de modo a se chegar a uma possível resposta aceitável do caso concreto.

Como leciona Dworkin<sup>332</sup>, o juiz deve se basear em casos que já foram decididos. Desta forma, se pretende atingir um determinado objetivo do direito, através da uniformidade da jurisprudência, qual seja, a estabilidade, a qual garante a segurança jurídica e a certeza de sua aplicação unívoca. A questão está em saber se tais valores, da forma como são entendidos e realizáveis através de decisões anteriores, são válidos pela autêntica axiologia do direito e se respeitam os termos que esta axiologia os impõe, o que leva ao problema da sua teleologia jurídica<sup>333</sup>. Trata-se do aprendizado filosófico, em outras palavras, do estudo dos propósitos ou da finalidade de tornar determinado valor expresso na jurisprudência como referência para casos futuros.

Deste modo, a decisão anterior do Supremo Tribunal Federal que serviu para um caso de reconhecimento de direito previdenciário entre parceiros homoafetivos pode ou não servir para outras diversidades e arranjos familiares, em especial, quando se trata do reforço dos direitos das minorias. Da mesma forma, pode-se utilizar como referência a decisão prolatada nos autos do Recurso Especial n.º 1185337, o qual entendeu que a dignidade e solidariedade humanas devem

---

332 Dworkin, 2002a, p. 127-203. (vide capítulo 4 – Casos difíceis).

333 Neves, 2014, p. 21.

se sobrepor ao conceito da família clássica, formada por um pai, uma mãe e seus filhos exclusivamente<sup>334</sup>?

Há que se consagrar, é bem verdade, o princípio do não-retrocesso, mediante o qual os direitos fundamentais já adquiridos não podem mais ser violados.

Por outro lado, há de se deixar transparente qual é a finalidade de se tratar de forma desigual os sujeitos homoafetivos e os poliafetivos na seara do direito privado, no âmbito íntimo familiar. A decisão que reconhece o casamento entre pessoas do mesmo sexo talvez possa servir, por analogia, para garantir a dignidade humana quando se tratam de direitos previdenciários nas relações poliafetivas?

“Bem interpretado o atual texto, ele se revela uma Carta legítima e democrática, especialmente no plano mais elevado dos princípios”<sup>335</sup>, sendo necessária “uma atuação completa do intérprete, no sentido de não compactuar com uma redução nas conquistas, até porque não se admite mais voltar atrás em se tratando de conquista da humanidade”<sup>336</sup>, “razão pela qual se pode afirmar que somente pode haver uma ampliação das garantias constitucionais, jamais uma redução”<sup>337</sup>.

## 6 – Da pessoa individual

Já é tempo de explorar uma saída possível para esse dilema através de uma abordagem mais concreta da realidade humana<sup>338</sup>, somando-se a isso uma interpretação judicial que comece por uma leitura constitucional de valores: ou seja, frente ao fato, antes de o juiz formar a sua convicção, deve questionar se há ofensa dos valores da Constituição no objeto da ação. Ele deve se perguntar: o requerido é constitucional? E, como o valor supremo da carta magna é o princípio da dignidade, a decisão há de ser realizada após a resposta da pergunta: este fato fere a dignidade da pessoa humana?

---

334 Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/863887391/inteiro-teor-863887398>>. Acesso em: 13 set. 2023.

335 Freitas, 2003, p. 248 *apud* Meleu, 2013, p. 106.

336 Meleu, 2013, p. 106.

337 Leal, 2003, p.141 *apud* Meleu, 2013, p. 106.

338 Adorno, 2009, p. 435.

Então, no que tange a este princípio como limite ou incentivo à atividade criativa do julgador, este, frente ao caso concreto, deve iniciar a análise processual com a pergunta: o objeto a ser tutelado fere o princípio da dignidade da pessoa humana? A partir disso, ele pode distinguir se o ativismo ultrapassou o limite indivisível ou não, bem como se o caso em pauta merece decisão ativista.

Na maior parte dos Estados de Direito, o Direito constitucional prevê, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana como limite ou incentivo capaz de diluir o conflito jurídico. Trata-se de manter o Estado para os sujeitos, e não os indivíduos para o empoderamento do próprio Estado. Desta feita, qualquer ativismo que esbarra na dignidade humana é nulo de pleno direito.

O constitucionalismo busca reduzir o poder político do Estado em prol dos indivíduos, a fim de garantir os direitos fundamentais através do controle da constitucionalidade dos atos do poder público, fazendo valer a supremacia da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, é reconhecida a superioridade da dignidade, sendo que os tribunais constitucionais têm o papel de fazer valer o disposto nas normas constitucionais, limitando assim o poder político. As duas funções principais da jurisdição constitucional são a defesa e a aplicação da Constituição. A defesa diz respeito não à guarda do texto formal, mas sim à proteção do conteúdo<sup>339</sup>.

Dito isso, é importante lembrar que a Constituição valoriza a “subjetividade e individualidade irreduzível de cada Homem existente, em oposição a uma concepção objetivista resultante da universalidade do espírito de Hegel ou da abstração da ideia kantiana de humanidade”<sup>340</sup>.

Buscamos para tanto uma abordagem concreta para entender a realidade humana, podendo ser útil para explicar a ideia de dignidade no contexto pretendido. Segundo Emmanuel Lévinas, a contemplação da face humana é a forma mais significativa de descobrir a singularidade de cada indivíduo. A relação com a face é uma relação totalmente diferente com o outro, que não pode ser contida: vê-se o outro em um sentido infinito. A face do outro resiste ao nosso poder de assimilá-lo pelo mero conhecimento. A face do outro silenciosamente nos lembra do comando: você não deve cometer assassinato<sup>341</sup>.

---

339 Neste sentido: Silva, 2001, p. 557-561.

340 Otero, 2007, p. 31.

341 Lévinas, 1969, p. 197 *apud* Adorno, 2009, p. 446.

De acordo com Lévinas, a ética surge principalmente no nível concreto do contato interpessoal, trazendo à memória a teoria do reconhecimento, a qual se adota pelos motivos já expostos para evitar a tautologia. A responsabilidade pelo outro como um ser singular, com necessidades e preocupações únicas, coloca o sujeito em uma relação única, como insubstituivelmente responsável pelo outro. A abordagem levinasiana não encontra o dever moral inscrito nas leis do cosmos. Em vez disso, cada caso individual de conflito moral produz o próprio dever moral. Em outras palavras, a responsabilidade pelo outro ocorre principalmente na situação face a face, e não no conhecimento puramente teórico. É importante destacar que essa abordagem não comete nenhuma falácia naturalista, já que o ponto de partida não é um ser, mas um dever ser<sup>342</sup>. Se essa argumentação for válida, deve-se então focar a atenção moral no outro em sua concretude, como uma pessoa particular com necessidades particulares. A partir disso, deve-se desenvolver uma explicação mais realista da dignidade humana. Talvez uma abordagem mais experiencial, que adote seres humanos concretos com suas esperanças e sofrimentos como ponto de partida de reflexão, possa ajudar a redescobrir a infinitude presente em todo indivíduo<sup>343</sup>. É o que se chama de igual dignidade, “enquanto estatuto universal e incondicionalmente reconhecido a todas as pessoas pelo fato de o serem, que é, em grande medida, uma novidade do segundo pós-guerra”<sup>344</sup>.

Neste sentido, é vetado discriminar estigmatizando o ser humano em função daquilo que o indivíduo é e de suas escolhas protegidas pela Constituição ou ainda por motivos arbitrários<sup>345</sup>.

Em outras palavras, esbarra-se no limite imposto pela não violação do princípio da dignidade da pessoa humana toda vez que a atividade judicial – no que tange ao não reconhecimento de igual consideração dos interesses, diferenciados em função da natureza, portanto, suscetíveis de tratamento diferente – desrespeita a “humanidade intrínseca, a discriminação desqualificante ou humilhante e é justificado em função do *ser*, da natureza da pessoa ou da presença de características independentes da vontade e da responsabilidade do próprio”, tais como as qualidades mentais e físicas, a orientação sexual, o sexo, a raça ou a cor da pele. Desta feita, o indivíduo é tratado publicamente como um ser inferior ou com menos valor, ou mesmo errado, sendo julgado de maneira depreciativa por aquilo que é, sem perdão. Do mesmo modo, a dignidade humana limita a atividade criativa do Judiciário toda vez que é gerada

342 Adorno, 1999, p. 199 *apud* Adorno, 2009, p. 446.

343 Adorno, 2009, p. 446.

344 Novais, 2018, v. 1, p. 38.

345 Novais, 2018, v. 2, p.143.

por um intuito desqualificante das escolhas íntimas da pessoa, como a ideologia de vida que adota ou a forma de vida que deseja levar. Há aí uma desqualificação da pessoa, não apenas do objeto de suas escolhas, desconsiderando que ela tem os mesmos direitos dos outros, tratando-a como *errada, promíscua, louca, incapacitada*<sup>346</sup>.

A igual dignidade aceita as *diferenças* individuais, o que significa direitos e tratamentos iguais; mais do que isso, não admite que existam grupos ou comunidades consideradas inferiores. Deste modo, há ainda violação da dignidade quando os entes públicos, embora podendo, omitem-se de prevenir, erradicar e reprimir comportamentos que denigrem o estatuto da igual dignidade de todos os seres humanos, de forma que passam a compactuar com esses comportamentos<sup>347</sup>.

Referida percepção se coaduna com a visão da dignidade da pessoa humana fundada na concretude do indivíduo, em especial na relação entre eles. Daí a importância de focar no próximo, em suas particularidades e necessidades, para desvendar o limite do ativismo judicial que se analisa em um caso concreto. Um determinado sujeito não pode ser aquilo que não é. E, aquilo que ele é se descobre quando ele se enxerga perante o outro.

Na medida em que o julgador esbarra na individualidade do sujeito que deve julgar, há que estar limitado em sua concepção àquilo que se abstrai da dignidade da pessoa humana. Nenhuma decisão pode ofender o princípio dos princípios, sob pena de tamanho retrocesso jurídico a ponto de ferir de morte a decisão por inconstitucionalidade material, encontrando aí o seu limite.

Frente ao ativismo judicial, é necessário que o juiz se enquadre dentro dos limites autoevidentes da dignidade da pessoa humana.

Mas há bem mais a se considerar sobre a limitação imposta pela dignidade da pessoa humana. Frente à necessidade de analisar o fato em concreto, bem como o sujeito de direito como ser individual e com igual dignidade aos demais, há de se presumir que a mutação constitucional carrega consigo uma tensão interna. Por um lado, se a permanência da normatividade constitucional depende da atualização de seu sentido a uma realidade social em permanente evolução, por outro, tal mudança não pode retirar a força normativa do núcleo fundamental da Carta que constitui o fundamento de validade e sentido do ordenamento jurídico. Configura-se aqui um motivador para que a interpretação judicial seja limitada pelo argumento axiológico que

---

346 Novais, 2018, v. 2, p. 144-145.

347 Novais, 2018, v. 2, p. 146.

integra de maneira funcional os comandos constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 7. A (i)mutabilidade de valores

Corolário lógico é que a mutação constitucional deve observar os limites normativos concebidos pela própria Constituição a fim de que a interpretação das normas constitucionais pelo Judiciário não configure uso arbitrário da prática de ativismo judicial, violando os preceitos fundantes do próprio Estado Democrático de Direito que lhe conferem legitimidade. Desta feita, embora a distinção entre texto e norma, o intérprete não é livre para atribuir qualquer sentido à Constituição. Também não significa que, no atual período, o julgador deve se prender mais à forma do que ao valor, tendo em vista que as constituições portuguesa e brasileira, respectivamente, de 1976 e 1988, atribuíram a máxima importância ao princípio da dignidade. Assim, a liberdade de que o julgador goza não pode se converter em arbítrio. Sempre há o dever de motivar o raciocínio, de forma a restar plenamente fundamentada a decisão. E, se assim não o fizer (motivar de acordo com os valores da Constituição), “tal decisão poderá ser considerada nula de pleno direito”<sup>348</sup>.

Deste modo, o limite da atuação do julgador são os valores da Constituição, não apenas no que diz respeito à separação de poderes, mas, sobretudo, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Dito de outra forma: na tensão entre a separação dos poderes e a dignidade, vence a dignidade.

Deste modo, surgem as seguintes questões: quando o ativismo judicial é legítimo? Quando o Judiciário extrapola suas funções originárias típicas de maneira constitucional? É fato de que não se tratam de perguntas que contenham uma resposta absoluta: tudo irá depender do contexto histórico, social e político do seu tempo, do intérprete, do caso concreto e, especialmente, da jurisprudência, – o que nos remete à incongruência do instituto português dos assentos<sup>349</sup>, comparáveis às súmulas vinculantes no Brasil.

---

<sup>348</sup> Meleu, 2013, p. 91.

<sup>349</sup> O Acórdão nº 810/93 considerou inconstitucionais os assentos, pondo em xeque a “sistematicidade do Direito” (Castanheira Neves) “e o sentido de integração que lhe vai ligado. Constitui uma “decisão programante” (Luhmann) própria da função legislativa. Já não está no domínio do sistema jurídico, porém, está no círculo distinto do sistema político”. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>>.

Embora os *assentos*, sejam de difícil compreensão, e desde há muito tempo não existam mais em Portugal, o que chama a atenção é que esse instituto coexistiu (assim como as súmulas vinculantes ainda coexistem) em um sistema jurídico que se propõe a participar da “índole dos que correspondem ao Estado-de-direito, sendo lícito esperar que ele também respeitasse os princípios fundamentais que definem e dão sentido a um sistema jurídico dessa índole”<sup>350</sup>.

Desta feita, como os *assentos* constituíam de fato normas jurídicas, uma vez que inseriam preceitos genéricos no sistema do direito positivo, como se fossem normas legislativas, atingiam o princípio da separação dos poderes, diverso do ativismo judicial, que não consubstancia a súmula vinculante<sup>351</sup>. Em que pese o fato de esse princípio já não ter mais o mesmo significado e sentido atualmente, ele tampouco reivindica de forma rígida ou sequer garante, de forma absoluta, a boa política que representava no início do Estado Liberal, uma vez que se sabe que a tal divisão de poderes é típica do Estado de Direito. Mesmo que revertido a um postulado ideológico que dispõe de uma boa intenção política, o princípio da divisão ou da separação dos poderes segue sendo uma das bases imprescindíveis na concepção do Estado e do Direito. Isto porque não há Estado de Direito, nem sequer a própria ideia de Direito, caso não seja reconhecida e garantida a independência funcional e autonomia da função judicial. Por isso o que importa hoje, ao se invocar o princípio da separação dos poderes, já não é tanto proteger o poder do Legislativo das eventuais intromissões do Poder Judiciário (circunstância especialmente perseguida na primeira fase do Estado de Direito), mas sim proteger a função do Poder Judiciário das intervenções inadmissíveis dos demais poderes, a fim de lhe preservar a autonomia – autonomia entendida não apenas em um sentido subjetivo, mas a independência de decisão dos julgadores na função jurisdicional. Contudo, não é apenas cerceando seus poderes ou intervindo diretamente que as funções judiciais podem ser atingidas em sua verdadeira autonomia e independência, mas, da mesma forma, quando se desvirtuam suas finalidades, envolvendo-as em compromissos e

---

Acesso em: 08 out. 2023. Pinheiro, [s.d.]. No mesmo sentido, Lenio Luiz Streck: “quem transforma a Súmula vinculante em um mal em si são as suas equivocadas compreensão e aplicação. Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da questão de fato. Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes”. (2009, p. 301).

350 Neves, 2014, p. 14

351 A súmula vinculante traz a uniformização da jurisprudência a respeito de determinado assunto. Todavia, além de pacificar os julgados, ela também obriga toda a Administração Pública e o Poder Judiciário a adotar aquilo que foi determinado.

atividades para as quais não estão destinadas, quando não são suas, não podendo as desempenhar a contento, prejudicando assim o seu prestígio e sua autoridade<sup>352</sup>.

Frente ao exposto, ainda resta a dúvida de que o ativismo judicial se mostra compatível com a função jurisdicional a que é convocado, bem como se cumpre e respeita a verdadeira teologia da jurisdição. Entende-se que a aplicação automática de uma decisão ativista a casos concretos análogos desrespeita o conteúdo da fronteira entre os poderes – não é aceitável que a decisão do julgador seja definitiva, fixa e definitiva. Neste sentido, Castanheira Neves amplamente criticou a imutabilidade dos assentos do direito português, os quais foram declarados inconstitucionais, no Acórdão 810/1993, pelo Tribunal Constitucional português.

É um equívoco exigir do Supremo Tribunal uma decisão genérica e definitiva no julgamento de todos os casos concretos. “É isso no fundo exigir para todas as questões jurídicas uma decisão em termos de necessidade e certeza matemática (...)”. O bom senso nos leva a crer que isso é um absurdo. Há uma vocação jurisdicional que preza por eliminar as controvérsias concretas. Não fosse isso, estar-se-ia ultrapassando o plano normativo concreto para o plano normativo abstrato, causando uma confusão de funções<sup>353</sup>.

Castanheira Neves destaca também outro efeito negativo do instituto dos assentos, que vale ser trazido em pauta ao analisar a legitimidade do ativismo judicial: “trata-se da prescrição de um critério-norma que se propõe uma intenção normativa geral (geral e abstrata) e que, todavia, é emitida a partir apenas da decisão de um caso concreto”. Embora tenha sido correta a decisão naquele caso concreto, nas circunstâncias deste caso concreto, não há como assegurar que a generalização formal trará uma solução correta para todos os demais casos em circunstâncias relevantes diversas, em que pese se tratar do mesmo tipo. É necessário haver sempre uma reavaliação dos casos importantes de tempos em tempos, por julgadores diversos, o que não ocorre no instituto dos assentos, posto que se trata de uma jurisprudência baseada em um caso concreto, que se torna genérica e fixa<sup>354</sup>.

A decisão judicial que, baseada em um caso concreto, fixa “lei” para os demais que virão, é ilegítima, uma vez que se trata de atividade do legislador prever regras dentro das quais as futuras situações serão enquadradas. Isso não significa que uma jurisprudência não possa inspirar as demais, mas deve ser possível alterá-la frente à casuística.

---

352 Neves, 2014, p. 14-17.

353 Neves, 2014, p. 629-630.

354 Neves, 2014, p.631-632.

O fato é que a função e sobretudo a jurisdição tornaram-se um tema central no mundo jurídico atualmente. Porém sob que pressupostos, em atenção a quais limites, “com que sentidos e com que consequências?” Pode-se dizer que há uma aparente contradição, um paradoxo. Por um lado, aumenta o domínio e intervenção judicial em sua função interpretativa e integradora. Por outro lado, a jurisdição revela-se normativamente inadequada<sup>355</sup>.

Dada a rápida mobilidade da vida em sociedade, a casa legislativa é capaz de fazer uma prognose, depois de amplamente debater, de forma plural e com liberdade de discussão, projetos alternativos contra ou a favor, com toda a informação disponível, cada vez mais multidisciplinar, orientada por uma estratégia político-social, diferentemente do Judiciário, que é guiado pela metodologia “determinada pelo modelo da relação entre fundamento e decisão, no quadro da procura da solução válida de uma controvérsia (...)”<sup>356</sup>.

Dada essa compreensão, no que tange ao objeto desta pesquisa, a decisão que reconhece a união homoafetiva como uma instituição familiar vai além das funções típicas da jurisdição (e, poderia se dizer, da fronteira da separação dos poderes)? Poderia se dizer que *sim*, no caso de haver uma visão rígida da separação de poderes, diferente da contemporânea.

Todavia, uma decisão pode ser contra a lei, mas não pode ser contra o Direito, pelo que a norma legal deve “corrigir-se, em conformidade, ou deixa sequer de ter objeto ou deixará mesmo de ter sentido a sua aplicação”<sup>357</sup>. À jurisdição não cabe tão só a função de aplicar a lei – tem também a função criativa e evolutiva irreversível no mundo contemporâneo.

Impõe-se uma distinção ou mesmo tensão entre o Direito e a lei, uma vez que esta pode manifestar-se em contradição com aquele. “Terá de ser essa instância o poder judicial, a jurisdição: a índole política (comprometidamente política) da função legislativa há de ter o seu contrapólo na índole jurídica (autonomamente jurídica) da função jurisdicional”. Somente dessa maneira se pode falar em evolução. O que, considerando que assim entendido, “está para além da questão da legitimação (democrática) da função jurisdicional, quanto às suas manifestações juridicamente criadoras”. Isto porque não se trata da disputa de poderes, mas de “afirmar o direito ao poder, da possibilidade em último terreno de reconhecer o direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado e assim o Estado verdadeiramente como Estado-de-Direito”<sup>358</sup>.

---

355 Neves, 1998, p. 1-2.

356 Neves, 2014, p. 638.

357 Neves, 1998, p. 9.

358 Neves, 1998, p. 14.

Entretanto, não se trata de um assento, e considerando que pode ser revista a seu tempo e de acordo com o caso concreto, não há ofensa às funções de Estado, tampouco ilegitimidade no acórdão exarado.

Tal jurisprudência está albergada pelo comando mandamental extraído do princípio da dignidade da pessoa humana (proteger a dignidade humana). Desta feita, o acórdão ora mencionado não está eivado de inconstitucionalidade – não precisa ser limitado ou declarado inconstitucional (pois neste caso, o ativismo judicial é legítimo). Ele é legítimo porque emana da imposição de que o Judiciário sempre se posicione quando demandado, e de que exerça sua principal função de proteger a Constituição, tendo como pilar a dignidade humana, vista de acordo com seu tempo e espaço.

Faz-se então desnecessária a imposição de limites emanados da dignidade da pessoa humana a este julgador, já que não há antagonismo ao princípio maior. Ao contrário, a decisão almejou a defesa da individualidade de cada um ser aquilo que é, dentro da comunidade em que vive, sem que por isso sofra discriminação estigmatizante. Agiu ao impulso do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, decidindo sobre o caso concreto.

Desta feita, trata-se de um grande influente que, por mais exacerbado que seja, não é imutável. Em outras palavras, a ilegitimidade ocorreria se tal jurisprudência obrigatoriamente permanecesse fixa, em vez de permeável ao seu tempo e sensível às oscilações da consciência jurídica, “através de longas séries de decisões conformes, uma certa tendência à constância no tempo”, surgindo de forma espontânea, sem qualquer medida coercitiva, realizada para a tornar estável artificialmente – o que iria retirar a sua “adaptação aos tempos, sem a qual o direito apareceria continuamente superado pelas novas necessidades da sociedade e incapaz de desenvolver-se *pari passu* com elas (...) a mobilidade na jurisprudência no tempo deve ser muito maior e muito mais livre do que o lento movimento de transformação que no direito codificado trazem as raras e mesmo atrasadas reformas legislativas”<sup>359</sup>.

Além disso, importa dizer que o Judiciário e todos demais poderes estatais sempre estarão submetidos à eficácia negativa e positiva do princípio da dignidade humana – que determina (i) o não agir, ou seja, *respeitar* (eficácia negativa) e (ii) o agir – *proteger e promover* (eficácia positiva) – do Estado. Temos, então, o Judiciário como órgão que tem o dever de se manifestar frente aos fatos, respondendo às demandas, tendo como norte a preservação da dignidade

---

359 Calamandrei, 1920, p. 66 *et seq.* *apud* Neves, 2014, p. 641-642.

humana. Em primeiro lugar, o rumo da decisão será sempre a pessoa humana, como indivíduo, integrante de uma comunidade, que dá sentido ao organismo público.

Assim, para aqueles que entendem que está sendo atingido o núcleo essencial da autonomia humana ao se desconsiderar a ampliação da entidade familiar (homoafetiva ou poliafetiva), a decisão que não concede direitos previdenciários aos integrantes da família poliafetiva é inconstitucional.

Contudo, para quem defende que a autonomia reduzida se trata de um direito fundamental, o qual pode sofrer restrições justificadas, a mesma decisão não fere o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, constitucional.

Por outro lado, ao fundamentar a decisão que amplia a entidade familiar no caso das relações homoafetivas, o julgador *age* em proteção à autonomia do indivíduo em prol da dignidade da pessoa humana, não como um direito fundamental que, ao contrário da dignidade, pode ser restringido. Isto porque considera que as uniões homoafetivas constituem um núcleo familiar assim como as uniões heteroafetivas, sendo cada um capaz de escolher para si o caminho de sua felicidade.

Diante disto, pode-se dizer que há uma dicotomia oriunda ainda do paradoxo do princípio da dignidade da pessoa humana: a dignidade da pessoa humana pode tanto ser um impulso como um limite ao ativismo judicial. Será impulso quando for necessário negar vigência a uma lei e/ou “criar Direito” onde inexista legislação ordinária, de modo a proteger a dignidade humana. O julgador estará tendo uma atitude que, no contexto rígido da divisão dos Poderes caberia exclusivamente ao Legislativo, para, no final das contas, retomar direitos fundamentais e garantir a consagração do princípio da dignidade, o qual a vontade majoritária elevou à posição-de maior bem da humanidade, e que não pode ser preterido em quaisquer situações.

Daí que, em que pese o ativismo judicial inicialmente gerar opiniões negativas, pode ocorrer que tal manifestação ativa do julgador seja positiva quando analisada profundamente em uma determinada situação, quando em prol do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual irradia um comando impulsionador para o julgador, possa ser desejável a atuação judicial, embora não haja legislação vigente expressa a respeito da matéria.

Portanto, é desejável o entendimento do intérprete cujo propósito é promover o princípio constitucional da igual dignidade. Trata-se de um ativismo judicial positivo, no sentido que

beneficia a ordem jurídica e a organização social, uma vez que, apesar de não haver lei que tutela a matéria, houve proteção ao ser humano, o qual é o objetivo absoluto do Direito.

Desta forma, pode-se falar em uma divisão entre ativismo judicial negativo e ativismo judicial positivo. Ambos extrapolam as funções típicas que cabem ao Judiciário ao atuar como poder do Estado ao lado de Executivo e Legislativo. O primeiro tipo de ativismo (negativo) ocorre de forma a expressar uma visão particular do julgador sem previsão legal ou constitucional a respeito da matéria sob sua análise. Nesta situação, ele não está agindo por força de um comando normativo emanado da dignidade da pessoa humana, dando oportunidade a atitudes discricionárias e arbitrárias. Por outro lado, pode ser necessário, em situação excepcional, que, ao receber uma demanda judicial, ele tenha que decidir sem suporte do Estado-legislativo ou do Estado-executivo com base nos valores emanados da própria Carta Magna. Deve então ser considerado que, em razão do princípio da inafastabilidade de jurisdição, o juiz é obrigado a prestar uma solução em prol do princípio máximo da dignidade da pessoa humana, enquanto o legislativo ou executivo eventualmente estão se ausentando de seus deveres funcionais.

Veja-se, por exemplo, a situação em que, durante um sequestro, é feito um pedido judicial de autorização para que o sequestrador seja excepcionalmente submetido à tortura a fim de revelar onde está escondido o sequestrado, cuja vida se pretende salvar. Poderia o Judiciário (i) conceder a autorização solicitada para obter a necessária informação que eventualmente salvaria a vida do sequestrado? Ou (ii) negar o pedido com base na preservação da dignidade da pessoa humana do sequestrador? Seria razoável o julgador, ante a omissão dos poderes Executivo e Legislativo sobre a matéria, manifestar-se no sentido de que somente é de sua competência decidir aquilo que está previsto em lei? Neste norte é que se compreende que o ativismo judicial nem sempre deve ser rechaçado; não obstante, deve ser sempre limitado pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Dito de outra forma, o ativismo judicial nem sempre é um problema; às vezes, pode ser parte da solução. Condenam-se os excessos e a falta de fundamentação com base nos valores da Constituição para não se necessitar da medida drástica, em prol de um bem maior.

Assim, não se pretende endossar o ativismo judicial irresponsável e irrestrito<sup>360</sup>. Ocorre que a concretização da dignidade da pessoa humana é o aspecto mais importante a ser considerado ao avaliar o fenômeno, sem deixar de ponderar outros grandes fatores acerca da

---

360 Wedy, 2018, p. 131.

competência judicial, bem como a legitimidade constitucional e democrática. Aliás, é justamente em prol do Estado de Direito Social Democrático que o ativismo judicial será fomentado ou limitado, uma vez que seja questionado se está atuando de forma a preservar a igual e integral dignidade humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo buscado nesta dissertação foi conhecer a dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana como limite e fundamento do ativismo judicial. A investigação realizada possibilitou chegar a algumas conclusões e questionamentos.

Inicialmente, dada a abrangência do princípio que sustenta todo o edifício constitucional, optou-se por delimitar o tema ao campo do Direito de Família, mediante a referência a dois julgados que contemplam o direito à autonomia para formar família diversa da convencional.

Para tal, foi necessário obter uma noção sobre a evolução do conteúdo da dignidade no mundo ocidental. *A priori*, a dignidade da pessoa humana tem seu conceito transformado ao longo do tempo, de acordo com o desenvolvimento da própria humanidade. Logo, não se trata de um conteúdo estático; pelo contrário: existe controvérsia jurídica e dissenso a respeito dos seus exatos limites.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito multicultural. Diferentemente da ideia antiga que se tinha da dignidade como altivez e superioridade, cede-se espaço para a percepção de que todos os seres humanos possuem igual dignidade, independentemente de quaisquer características, tais como raça, cor, sexo, personalidade ou comportamento.

Com grande influência judaico-cristã, passando por Kant que identificou a dignidade como autonomia ética da pessoa, a qual é um fim em si mesma, insubstituível e sem valor econômico, a dignidade da pessoa humana do pós-Segunda Guerra Mundial foi constitucionalizada em praticamente todos os Estados de Direito como valor supremo, na tentativa de que jamais possa ser violada sob qualquer argumento.

A dignidade passa a não ser mais vista como um presente de Deus ou da natureza ou tampouco como o resultado do próprio agir humano. É o pertencimento a um determinado grupo social e a intersubjetividade, como produto da convivência, que possibilitam o reconhecimento mútuo de iguais direitos e deveres exigíveis – como fundamenta a teoria do reconhecimento, também conhecida como teoria da comunicação.

Portanto, quando se trata do princípio da dignidade humana, está se falando de um conteúdo inclusivo, onde todas as pessoas passam a ser reconhecidas pela grande maioria com igual dignidade.

Começando pela Alemanha, seguida por Portugal e Brasil, exemplificativamente positivam a dignidade da pessoa humana logo no primeiro artigo da Carta Magna, dando a

dimensão da importância e abrangência do princípio como fundamento indissociável do Estado de Direito Democrático.

O objetivo é elevar o ser humano integral e intersubjetivo como motivo de existência do Poder Público. Em sintonia de valores, a dignidade é a base e limite do domínio do Estado, sendo recepcionada a ideia do indivíduo com autonomia e responsabilidade por suas próprias escolhas de vida e projeto espiritual.

No caso de a determinação essencial do sujeito ser definida por terceiros, há um processo de instrumentalização do ser humano, que fere a dignidade porque atinge a autonomia do ser – o que significa que a pessoa não deve ser tratada como mero objeto ou meio para fim alheio de forma degradante.

Cada personalidade é única e depende de outras personalidades que a reconheçam para adquirir individualidade e identidade. Por isso, o maior desafio para determinar o conteúdo exato do princípio da dignidade é a falta de consenso sobre o que é “ter uma vida boa”.

Por sua vez, para a adequada utilização autônoma do princípio é indicado recorrer ao teste dos princípios a fim de verificar se é possível resolver em tese a demanda com a aplicação exclusiva de direitos fundamentais ou de outros princípios. Neste caso, opta-se por aplicar o direito fundamental ou princípio específico, ao invés de conclamar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é mais genérico. Então, recorre-se ao princípio máximo apenas quando houver uma violação grave ao indivíduo enquanto pessoa, não havendo maneira de resolver a questão por meio da proteção de outro princípio mais específico ou dos direitos fundamentais.

Da mesma maneira, é adequada a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana em situação extrema, no sentido de gravidade ou afetação de um ou mais direitos fundamentais ou princípios específicos. Neste caso, o princípio da dignidade funciona como uma garantia arrebatadora, não mera retórica, a fim de que as normas de direitos fundamentais não tenham caráter meramente programático, tal como ocorreu na constituição alemã durante a Segunda Guerra Mundial.

No que diz respeito à liberdade de desenvolver a própria personalidade e o direito de constituir família não há como dissociá-los da autonomia e autodeterminação, as quais são elementos constitutivos essenciais à dignidade humana.

Tratando-se de autonomia individual, é peculiar que o princípio da dignidade possa servir tanto para garantir a existência condizente com a integridade pessoal de cada um quanto para

proteger a coletividade, tal como ocorre quando o Direito recepciona a família homoafetiva e desacolhe os direitos previdenciários daqueles que vivem em relacionamentos poliafetivos com o intuito de constituir família.

Nada há de excepcional, uma vez que o Direito não se atualiza com a mesma agilidade do que as relações interpessoais. É o que se ilustra na pesquisa a respeito da evolução das famílias e de sua proteção jurídica neste trabalho. Enquanto na pré-história os agrupamentos de pessoas eram formados por homens e mulheres, relacionando-se sexualmente entre si, sem que houvesse condições, portanto, de se determinar a linhagem paterna, na Idade do Metal, com o conseqüente acúmulo de insumos pelos homens através da caça, dá-se início à migração do matriarcado para o patriarcado, permitindo que a herança fosse distribuída de pai para filho: daí advém a monogamia, a fim de que a paternidade seja indiscutível.

Por sua vez, o casamento era indissolúvel, tendo o divórcio sido introduzido gradativamente. Em um primeiro momento, era necessário um lapso temporal de separação, não exigido mais atualmente. Há evolução também quando a culpa é banida, deixando de ser necessária a sua comprovação. Desta forma, o casamento pode ser desfeito atualmente quando apenas um da relação não possui mais vontade de permanecer casado.

Hoje em dia, há diferentes tipos de famílias, dados os rearranjos familiares, o aumento das técnicas de procriação medicamente assistida e a recepção jurídica da união estável e das famílias homoafetivas. Estas últimas são reconhecidas por lei em Portugal, mas ainda não no Brasil, onde a tutela ocorreu por decisão judicial, inicialmente se admitindo os direitos previdenciários ao parceiro sobrevivente, depois pela acolhida como entidade familiar, com fundamento na autonomia de vontade e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Atualmente também existem tribunais, bem como excepcionalmente o próprio Tribunal constitucional no Brasil, que reconhecem os direitos previdenciários do parceiro supérstite da união poliafetiva, enquanto a posição formal adotada pela Corte Suprema nega tal proteção, inexistindo previsão judicial ou legal que considere esse agrupamento como família em Portugal ou no Brasil. Apesar disso, a realidade existe, ou seja, há pessoas que se relacionam afetivamente entre si com mais de um indivíduo ao mesmo tempo, com o intuito de formar família, com o consentimento e boa-fé de todos.

Nos julgados em análise, o Estado garantiu a autonomia das pessoas homoafetivas, mas restringiu a autodeterminação dos sujeitos poliafetivos constituírem família com tutela jurídica.

Ocorre que a proteção de interesses essenciais da comunidade é passível de justificar a restrição à liberdade do indivíduo. Todavia, considerando que a liberdade é a regra, e a restrição é a exceção, cabe ao julgador e ao legislador fundamentar muito bem a limitação empregada ao direito à autonomia.

Trata-se de uma proteção do indivíduo contra a vontade da maioria, havendo uma integração entre Estado de Direito e Democracia ou uma certa tensão entre eles, como entendem outros, uma vez que ambos estão fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorre a autonomia e igual dignidade. Portanto, inexistente Estado de Direito sem democracia, nem democracia sem Estado de Direito.

Desta feita, o respeito à autonomia e a promoção da tolerância são essenciais no Estado de Direito moderno – e ao Judiciário cabe garantir o exercício dos direitos fundamentais. Assim, quando há divergência entre a autonomia individual e a vontade da maioria, cabe a intervenção do Judiciário, dentro dos limites da Constituição, para que seja alcançada a melhor solução – mediante a demonstração transparente e minuciosa de quais interesses estão em contraposição.

A vontade da maioria (democracia) não pode atentar contra a dignidade humana, e é aí que o Estado de Direito apresenta força própria frente ao Estado Democrático. Isto porque há um mínimo de autonomia da pessoa que não pode ser restringido, sob pena de perda da sua dignidade – a qual é referência para delimitar o conteúdo essencial desse direito fundamental. Assim, o sujeito titular do direito fundamental pode deixar de exercê-lo. Entretanto, a dignidade não é passível de alienação porque é inerente ao ser humano.

Advém daí que, sendo o ser humano a razão de existir do Estado, o poder público tem o dever de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais, cuja essência é indissociável da dignidade da pessoa humana. Portanto, é este princípio que serve de fundamento e limite à mutação constitucional.

Por sua vez, no que tange aos acórdãos referidos neste trabalho, a conclusão é de que houve, por força do princípio da dignidade, uma interpretação extensiva ao artigo 226 parágrafo 3º da Constituição Federal do Brasil<sup>361</sup> que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar.

---

361 “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Portanto, neste caso, o ativismo judicial foi adotado como estratégia para defender o direito da minoria, que não logrou satisfazer suas demandas por meio do processo democrático face à inércia do legislativo.

Assim, na relação do princípio da dignidade da pessoa humana com o fenômeno do ativismo judicial, é possível verificar a faceta da dignidade humana atuando de forma a estabelecer se a atividade criadora jurisdicional extrapolou ou não a fronteira da separação dos poderes.

Neste sentido, pode-se dizer que:

- (i) quando bem fundamentada e passível de revisão no caso concreto, a decisão ativista pode ser legítima e não invadir a seara do Poder Legislativo ou Executivo;
- (ii) ao impulso da dignidade da pessoa humana, o ativismo judicial pode ser a solução para uma decisão de acordo com a Constituição, uma vez que, mesmo na inércia do Legislativo, ao julgador é permitido propor uma solução ao caso concreto que lhe é posto para decidir;
- (iii) a decisão judicial política não feriu o Poder Legislativo, quando reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, mas exerceu uma função interrelacional, uma vez que o Direito e a política são indissociáveis;
- (iv) a omissão reiterada do Poder Legislativo justifica a aplicação direta da Constituição, para garantir a proteção da autonomia, essência da dignidade humana – o Judiciário tem o poder/dever de proteger a Constituição dado o princípio da jurisdição (juris=direito, dição=dizer).;
- (v) cabe ao julgador questionar-se inicialmente: o objeto da ação fere a dignidade da pessoa humana? Em caso positivo, inexistindo lei sobre a matéria, pode criar norma para a sua proteção ou promoção;
- (vi) a dignidade da pessoa humana serve de limite ao ativismo judicial, na medida em que uma decisão emanada do Poder Judiciário não pode violar o princípio constitucional maior. Inobstante é impulso ao ativismo quando fundamenta a ação do julgador, que protege a dignidade humana como valor inviolável, a qual deve ser respeitada, protegida e promovida pelo Estado de Direito Democrático.

Uma relação homoafetiva ou poliafetiva consensual, que não subjugue algum dos participantes, de modo que permaneça em determinado estado contra sua livre vontade e, ainda

que não causasse dano a terceiro ou à comunidade há de ser tutelada pelo Direito? Em um primeiro momento, concederem-se os direitos previdenciários, partilha de bens havidos em comunhão de esforços, para enfim tratar com igual dignidade amplamente os interessados. E a comunidade? Quais são os eventuais danos que podem advir?

O desafio continua na definição do contorno da dignidade humana, uma vez que se trata de um conceito inexato. Para tanto é necessário desvendar seu conteúdo da forma mais precisa e variável possível para que não sirva de fundamento a decisões discricionárias, o que é inadmissível em um Estado de Direito.

O ser humano precisa de conceitos definidos para viver em sociedade de forma que os limites das interações estejam claros. Todavia, não há como determinar racionalmente com exatidão o conteúdo da dignidade de cada um. É na concretude da pessoa, vista face a face, que poderá se alcançar a maior proximidade da concepção do que, de fato, é viver com dignidade. Dito de outra forma, adota-se a posição de que se trata mais de uma vivência experimental do que puramente teórica. Devem ser respeitadas, de forma igualitária, as peculiaridades do indivíduo que independem da sua vontade ou responsabilidade.

E qual a imagem do homem que integra a dignidade hoje em dia? É a do homem tolerante, empático, solidário, com moral autônoma e responsabilidade por suas escolhas, em condição de igualdade com todos, assegurado, garantido e promovido pelo Estado. Em tais condições de igualdade está o Direito, como a persecução do justo.

Desta feita, na concepção da dignidade como autonomia, o julgador deve se adequar dentro dos limites autoevidentes da dignidade de cada um, no caso concreto. Desta maneira, a liberdade criativa e evolutiva da jurisdição não se transforma em arbítrio, e tampouco fere a separação de poderes, uma vez que não lhe cabe exclusivamente aplicar a lei.

Finalmente, a contribuição desta pesquisa para a academia não se trata de responder, mas de fazer pensar sob diferentes caminhos. O princípio da dignidade humana como limite e fundamento do ativismo judicial encontra sua limitação na inexistência de um consenso a respeito do conteúdo exato da dignidade humana.

Novos estudos sobre o tema serão sempre necessários uma vez que não nos é dada até o presente momento a capacidade de conhecer a essência da essência.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. *Revista Bioética*, v. 17, m. 3, p. 435-449, 2009.

ADORNO, Roberto. *Les droits de l'homme sont-ils universels?: Etat de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*. Paris: L'Harmattan; 1999.

AHRONHEIM, J. C. Moreno; ZUCKERMAN, C. *Ethics in clinical practice*. Boston: Little Brown, 1994.

ALEMANHA. Constituição. A lei fundamental da República Federal da Alemanha com um ensaio e anotações de Nuno Rogério, 1996.

ALENCAR FILHO, José Geraldo. *Judicialização da política e ativismo judicial: estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria Editora, 2013.

ALENCAR FILHO, José Geraldo. Judicialização da política: características, desafios, limites e problemática para os tribunais constitucionais no século XXI. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *A constituição no limiar do século XXI*. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 285-358.

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *Direitos Fundamentais e Justiça* n. 11, p.13-38, abr./jun. 2010.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1985.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte: suhrkamp taschenbuch wissenschaft*. Baden-Baden, 1994.

AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da República: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2021.

ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Martim de Albuquerque*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 2, p. 37-58.

BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. *REDC*, n. 38, p. 297-315, 1993.

BARBOSA, Mafalda Miranda; ÁLVAREZ, Tomás Prieto. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade: sentido e limites*. Coimbra: Gestlegal, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Curitiba; Recife: Ed. Renovar, 2011. p. 75-84.

BARROS, Sérgio Resende de. *A tutela constitucional do afeto*. [s.d.]. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/42.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *(Syn)thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo o lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 95-147, out./dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENDA, Ernest. Die Menschenwürde ist Unantastbar. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft 22, 1984.

BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis*, cap. 1, vers. 26-28.

BORELLA, F. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, P. (Dir.). *Ethique droit et dignité de la personne*. Paris: Economica, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile, I, Storia e legislazioni*. 1920.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

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

CANOTILHO, José Joaquim; Gomes; VITAL, Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1º ao 107º*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. 1.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio. In: HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Título original: *Essay zur Verfassung Europas*. Tradução do Alemão de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012b.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. *A Constituição e a dignidade humana na tutela das famílias pós-modernas*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2o Ciclo de Estudos em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2014.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*. Relatório apresentado no concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa (DR, II Série, n.º 235, de 11.10.94), nos termos do artigo 44.º, n.º 2, do Estatuto da Carreira Docente Universitária, e relativo ao programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina de Direito de Família e das Sucessões, Lisboa, 1995. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1996. Suplemento.

COSTA NETO, João. *Dignidade Humana: Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, José Manuel Cardoso da. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. In: *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

DECLARAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Artigo 29º, 1. Disponível em: <[http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item\\_id&value=1000443](http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=1000443)>. Acesso em: 27 abr. 2023.

DEUTSCHER BUNDESTAG - I. Die Grun, s.d.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, Salvador, 2021.

DIGNIDADE. In: DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA MICHAELIS. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/dignidade/>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

DIGNIDADE. In: DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA . Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/dignidade>>. Acesso em: 13 jan. 2023.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 16, n. 31, p. 92-101, 1995. DOI: 10.5007/%x. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>>. Acesso em: 19 maio. 2023.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge: Mass, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press; Massachusetts, 2002b.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. 7th ed. Belknap Press, APA (American Psychological Assoc., 2011.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ENDERS, Christopher. A dignidade humana segundo o artigo 1 da Constituição da República Federal da Alemanha como “superdireito fundamental” a um bom ordenamento: a mudança de um princípio orientador. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 144.17, p. 515-527, jun. 2018. Título original: “Die Menschenwürde nach artikel 1 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland als ‘Supergrundrecht’ auf gute Ordnung: Vom Wandel eines Leitprinzips”. Tradução de Luís Marcos Sander. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-AJURIS\\_n.144.17.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AJURIS_n.144.17.pdf)>. Acesso em: 09 abr. 2023.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução João Pedro Gomes. Lisboa: Edições Avante, 1986. (Coleção Biblioteca do Marxismo-Leninismo, 218).

FELDMAN, David. Human Dignity as a Legal Value: Part II. *Public Law*, Spring 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FILHO, A. M. de A. Do casamento às uniões de facto: o alcance social e jurídico dos arranjos familiares no Brasil e em Portugal. *Revista Jurídica Portucalense*, n. 24, 3-23, 2019. Disponível em: <<https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/15048>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GANZO, Christiane; AERTS, Denise. *A arte de se fazer feliz*. Porto Alegre: Bororó, 2013.

GOLDIM, José Roberto. Autonomia ou autodeterminação: confusões e ambiguidades. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Cadernos IEC – Conversa sobre Autonomia Privada*: n. 6. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. p.117-126.

GOMES, Andreia Sofia Esteves. A Dignidade da Pessoa Humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 22-38

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional: teoria geral do direito constitucional: Estado, constitucionalismo e constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1.

GRIFFIN, James. *On human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008. reprint 2015.

HÄBERLE, Peter. *Direitos Humanos e Globalização*. Traduzido por Peter Naumann. *DPU*, n. 34, p. 172-179, jul./ago. 2010. Doutrina estrangeira.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: estaremos a caminho de uma eugenia liberal?*. Tradução Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa, Lisboa/Portugal*. Título original: *Essay zur Verfassung Europas*. Tradução do Alemão de Marian Toldy e Teresa Toldy. Edições 70, 2012.

HAMPE, Daniela Azevedo. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a vítima de abuso sexual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2023.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tit. orig. Die normative Kraft der Verfassung. Tradução para o português Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOFMANN, H. La promessa della dignità umana: la dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Varese, IV serie, LXXVI, p. 620-650, 1999.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 23. ed. São Paulo: Forense, 2007.

JEMOLO, Arturo Carlo. La famiglia e il Diritto. *Pagine sparse di Diritto e Storiografia*, Milano, Giuffrè, 1957.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Título original: Grundlegung sur Metaphysil der Sitten. Tradução do alemão para o português de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2001.

KAUFMANN, A. Über dem Wesensgehalt der Grund- und Menschenrechte. *ARSP*, 70, p.384-399.

KNIJNIK, Fernanda. *Limites do ativismo judicial: apontamentos sobre o tema da execução antecipada da pena no Supremo Tribunal Federal*. Relatório (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2022a.

KNIJNIK, Fernanda. *O princípio da dignidade e o lançamento do anão*. Relatório (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa 2022b.

KOPPERNOCK, Martin. *Das Grundrecht auf bioethische selbstbestimmung*. Baden-Baden: Nomos, 1997.

KRÜGER, Herbe. *Der Grundrechtert*. i.S. Des art 19 GG, in OöV, 1955.

LAMEGO, José. *Sociedade Aberta e Liberdade de Consciência: o direito fundamental de liberdade de consciência*. Lisboa: AAFDL, 1985.

LEAL, Mônica Clarissa Hening. *A Constituição como princípio*. Barueri: Manole, 2003.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. *Evolução do Direito de Família. União poliafetiva. Registro de nascimento homoparental e multiparental*, s.l., s.n., LinkedIn, 06 mar. 2017. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/evolu%C3%A7%C3%A3o-do-direito-e-conceito-defam%C3%ADlia-fernanda-leitao>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEVI, Primo. *É isto um homem?*. Tradução do italiano para português de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LÉVINAS, E. *Totality and infinity*. The Hague: Nijhoff; 1969.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965. Schriften zum Offentlichen Recht 24.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2021.

MALISHEV, Mijail. *Kant: ética del imperativo categórico*. *La Colmena*, Toluca, n. 84, p. 9-21, oct./dic., 2014. Disponível em <<https://www.redalyc.org/pdf/4463/446344312002.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2023.

MARCO AURÉLIO. *Meditações*. Tradução Fábio Kataota. Barueri: Camelot, 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação)*. Tese de livre docência em direito civil apresentada à congregação da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; PIMENTEL, Mariana Barsaglia. *Boletim de Notícias Consultor Jurídico*, Conjur, 24 set., 2022.

MELEU, Marcelino da Silva. *O papel dos juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arrais, 2013.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *RIDB*, ano 2, 2013, n. 10. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013\\_10\\_11175\\_11211.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11175_11211.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2023.

MIRANDA, Jorge. A Constituição e a dignidade da pessoa humana. *Didaskalia*, Lisboa, v. 29, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: estrutura Constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. t. III.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. t. IV.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. v. 1.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MIRANDA, Lorena Moura Barbosa de. *A dignidade humana como posição jurídica*. Dissertação (Mestrado) – Direito e Ciência Jurídica em Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/52868>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade humana*. Título original *Oratio de hominis dignitate*. Tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989. Edição bilíngue.

MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1955. v. 1, Parte histórica.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MÜNCH, Ingo von. *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1981.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEIRINCK, C. La dignité de la personne ou le mauvais usage d'une notion philosophique. In: PEDROT, P. (Dir.). *Ethique droit et dignité de la personne*. Paris: Economica, 1999.

NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

NETTESHEIM, Martin. “Vida com dignidade”: art. 1º, §1º da Constituição alemã como direito fundamental subjacente aos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 21-58, jul./dez. 2019.

NEVES, A. Castanheira. *A revolução e o direito: a situação da crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976.

NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. LXXIV, 1998.

NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: NOVAIS, Jorge Reis (Org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição*. Coimbra: Coimbra ed., 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: dignidade e direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: dignidade e Inconstitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 2.

NOVAIS, Jorge Reis. *Limites dos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2021a.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2021b.

NOVAIS, Jorge Reis. Texto enviado por email pelo professor Jorge Reis Novais. 18 ago. 2023.

OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Ativismo judicial ou ativismo jurídico?: O ativismo do poder judiciário como proposta ao passivismo do poder legislativo no Brasil. In: JORNADAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, 2012. p. 221-238.

OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da família*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética. *Lex Medicinæ*, n. 15, 2011.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

PASSOS, Anderson. Família de ontem e de hoje: estudo sobre os aspectos constitucionais e civis do Poliamor. *Letras Jurídicas*, Maceió, ano 52, n. 1, p. 50-62, dez. 2014.

PELE, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. *Universitas*, n. 1, dez./jan., 2004. Disponível em: <[http://universitas.idhbc.es/n01/01\\_03pele.pdf](http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2023.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 6. ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

PINHEIRO, Victor Marcel. A fixação de teses pelo STF e a “sumulização” dos precedentes constitucionais. *Consultor jurídico* [s.d.]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-01/observatorio-constitucional-fixacao-teses-stf-sumulizacao-precedentes#sdfootnote5symm>>. Acesso em: 08 out. 2023.

POMIN, Andryelle Vanessa Camilo e COSTA, Camile Bandeira Henequim. Da prevalência do indivíduo sobre a coletividade: uma análise sob a perspectiva dos direitos da personalidade, em MORAES, Carlos Alexandre; POMIM, Andryelle Vanessa Camilo, *Estudos Interdisciplinares sobre direitos fundamentais e da personalidade*, vol I, Clichetec gráfica e editora, Paraná, 2014, 22ª ed, p.7-41, p. 18.

POST, Robert. *Dignity, autonomy and democracy*. 2000-11.

RAWLS, John. *História da filosofia moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/12886>>. Acesso em: 11 abr. 2023.

ROGÉRIO, Nuno. *A Lei Fundamental da República da Alemanha*, com um ensaio e anotações. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Lei e Sentença: separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição Portuguesa*. Lisboa: AAFDL, 2017 v. 1.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. El ambicioso programa de derechos económicos y sociales de la Constitución portuguesa y su aplicación innovadora por el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 127, p. 115-147, 2023.

SANTIAGO, Gustavo Godinho de. As famílias formadas pelo poliamor: uma análise acerca da possibilidade de seu reconhecimento jurídico. Dissertação (Mestrado) –Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. São Paulo: Vozes de Bolso, 2011.

SANTOS, Antônio Silveira R. dos. Dignidade humana: trajetória e situação atual. *Revista de Direito Social*, Rio Grande do Sul, n. 2, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHRAMM, Theodor. *Staatsrecht*. 3. Aulf. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1985. v. 2.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Nanci de Melo e. *Da jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Roberta Soares da. Dignidade humana. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo, FREIRE; André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direitos Humanos.

Coordenação de tomo Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/507/edicao-1/dignidade-humana>>. Acesso em: 12 set. 2023.

SILVA, Susana Tavares da. *Direito Constitucional*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

SOUSA, Andréia Carvalho de; LEITÃO, Macell Cunha. Da mutação constitucional ao ativismo judicial: uma análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre prisão em segunda instância. *Revista Direito em Debate*, n. 29, v. 54, p. 232-245, 2020.

SOUZA, Michelle Bitta Alencar de. Prefácio. In: FREITAS FILHO, Roberto. *As filas de espera no SUS: a judicialização como instrumento de acesso aos serviços de saúde*. Porto Alegre: Juruá, 2022.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 78, p. 284-319, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números?. *Boletim de Notícias Consultor Jurídico – Conjur*, 26 out. 2013. (Observatório Constitucional).

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2021.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutações constitucionais e ativismo judicial. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 115-130, abr./jun. 2015.

TOMÁS DE AQUINO. *The Summa Theologica*. Tradução Daniel J. Sullivan. Londres: Encyclopaedia Britannica Inc., 1978.

WEDY, André Livianalli. *O ativismo judicial sob a ótica da teoria da escolha pública*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

ZILLES, Urbano. *Pessoa e dignidade humana*. Curitiba: CRV, 2012.