

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE HUMAN DIGNITY PRINCIPLE IN THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT

Ingo Wolfgang Sarlet¹

RESUMO

O presente artigo versa sobre a compreensão e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF), passando por uma apresentação conceitual do princípio, para depois discutir a sua função como valor, princípio e regra na ordem constitucional brasileira, em especial no que diz com sua articulação com os direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: *Dignidade da pessoa humana. Direitos e garantias fundamentais. Supremo Tribunal Federal.*

ABSTRACT

This paper discusses how the human dignity principle is being understood and applied through Brazilian Federal Supreme Court's jurisprudence, approaching a conceptual analysis and discussing its function as a value, a principle and a rule in the Brazilian constitutional order, mainly in relation to its articulation with the fundamental rights and guarantees.

KEY-WORDS: *Human Dignity. Fundamental rights and guarantees. Brazilian Federal Supreme Court.*

¹ Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da PUCRS. Juiz de Direito no RS.

1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana, consagrada na condição de princípio fundamental estruturante e informador de toda a ordem jurídico-constitucional no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (doravante CF), tem assumido uma posição de maior destaque na esfera de sua invocação e aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o que, aliás, se verifica em todos os níveis da Jurisdição, seja na esfera da Justiça Estadual, seja no domínio da Justiça Federal comum e especializada, especialmente, neste último caso, da Justiça do Trabalho. Mas é na prática decisória do Supremo Tribunal Federal (STF) que o sentido e alcance atribuído à dignidade da pessoa humana assume feição particularmente relevante, considerando-se o caráter vinculativo e diretivo da jurisprudência daquele que vem a ocupar, no caso brasileiro (e à moda brasileira), a condição de guardião da Constituição. Todavia, para viabilizar a análise seletiva da jurisprudência da nossa Corte Constitucional, importa, num primeiro passo, tematizar o conceito, as dimensões e funções da dignidade no Estado Constitucional, seguindo-se o exame da jurisprudência do STF, com ênfase na relação entre dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, ilustrado por alguns exemplos, tudo com o propósito de compreender como se aplica o princípio (e regra) da dignidade da pessoa humana no Brasil, de modo a poder avançar com algumas considerações finais de caráter crítico.

2 NOTAS SOBRE O CONCEITO, DIMENSÕES E FUNÇÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A despeito das inúmeras tentativas formuladas ao longo dos tempos, notadamente (mas não exclusivamente) no âmbito da fecunda tradição filosófica ocidental,² verifica-se que uma conceitua-

2 A respeito deste ponto, no que diz com a literatura brasileira, v. especialmente o nosso Dignidade da Pessoa e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Dentre os autores estrangeiros, v., na literatura alemã e considerando apenas a produção monográfica, mais recentemente, Paul Tiedemann, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, especialmente, no que diz com a noção de dignidade no pensamento filosófico, p. 109-174. Na literatura em língua espanhola, v. entre outros, Antonio Pele, *La dignidad humana. Sus Orígenes en el Pensamiento Clásico*, Madrid: Dikynson, 2010 (embora priorizando a concepção de dignidade dos autores do período clássico, especialmente Aristóteles, Cícero e Sêneca).

ção mais precisa do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção na esfera do Direito, continua a ser um desafio para todos os que se ocupam do tema. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos,³ caracterizado por uma “ambiguidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica⁴. Nesta perspectiva, embora com a devida cautela, há como acompanhar José de Melo Alexandrino quando averba que “o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar”⁵.

Uma das principais dificuldades, todavia, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as normas que definem e asseguram direitos fundamentais, não se trata de demarcar aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida por muitos – por mais reservas que se deva ter em relação a tal concepção! - como inerente (melhor seria atribuída e/ou reconhecida) a todo e qualquer ser humano. É precisamente nesta perspectiva que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade na sua condição jurídico-normativa.⁶

A despeito das dificuldades, verifica-se, contudo, que a doutrina e a jurisprudência – especialmente para o efeito da “construção”

3 Neste sentido, dentre tantos, Theodor Maunz e Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*. 29. ed. München: C.H. Beck, 1994, p. 179.

4 Assim o sustenta, no Brasil, Cármen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*. N, 04, 1999, p. 24.

5 Cf. José de Melo Alexandrino, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções” In: Estudos em Honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008, V.1, p. 481.

6 Cf., por exemplo, adverte Michael Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2000, p.173.

de uma noção jurídica de dignidade⁷ – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito, concretizando minimamente o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita⁸. Nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas,⁹ razão pela qual há que reconhecer que se trata de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento,¹⁰ assim como se dá com a própria noção de direitos humanos e fundamentais¹¹. Portanto, também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais, embora sempre em diálogo com os impulsos vindos da sociedade¹². Também por esta razão é indispensável que se tome sempre em conta o conteúdo e significado atribuído à noção de dignidade da pes-

-
- 7 Quando aqui se fala em uma noção jurídica de dignidade, pretende-se apenas clarificar que se está simplesmente buscando retratar como a doutrina e a jurisprudência constitucional – e ainda assim de modo apenas exemplificativo – estão compreendendo, aplicando e eventualmente concretizando e desenvolvendo uma (ou várias) concepções a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa. Por outro lado, não se questiona mais seriamente que a dignidade seja também um conceito jurídico. Neste sentido, por todos e mais recentemente, Philip Kunig, *Art. 1 GG (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung)* in: Ingo von Münch (Org). *Grundgesetz Kommentar* 5. ed. München: C.H. Beck, 2000, V.1, p. 76.
- 8 Neste sentido, a sugestiva lição de Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: Joseph Isensee-Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1987, V.1, p. 853 para quem se revela indispensável a utilização de exemplos concretos para obter uma aproximação com o conceito de dignidade da pessoa humana, salientando, além disso, a importância de um preenchimento desta noção “de baixo para cima”, no sentido de que a própria ordem jurídica infraconstitucional fornece importante material para a definição dos contornos do conceito. Registre-se, por oportuno, a crítica de Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*. 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1974, p. 57, salientando que a dogmática jurídica habitualmente define a dignidade sem qualquer consideração pelas ciências que se ocupam do Homem e da Sociedade, aferrando-se a uma tradição aristotélica. Ainda que Luhmann possa ter parcial razão quanto a este aspecto, convém destacar, todavia, que sua obra foi escrita na década de 1960, quando a ciência jurídica recém estava iniciando o estudo mais sistemático da dignidade na condição de categoria jurídica.
- 9 Cf., por todos, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225-26.
- 10 Tal como proposto, entre outros, por Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. *Revista Interesse Público*, n. 4, 1999, p. 24.
- 11 Cf., por todos, sublinhando a relação com a dignidade da humana, Flávia Piovesan. “Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana”, in: George Salomão Leite (Org.), *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180 e ss.
- 12 Cf. averba Reinhold Zippelius, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 1994, p. 14.

soa humana pelos órgãos jurisdicionais, com destaque para a assim chamada jurisdição constitucional e para os tribunais internacionais que velam pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos, o que aqui será levado a efeito com base em especial no direito constitucional brasileiro e no labor decisório do STF.

Inicialmente, importa lembrar que embora a noção de dignidade da pessoa humana pertença aos conceitos basilares da tradição filosófica desde a antiguidade, sua relevância para o Direito é recente, e, a despeito de algumas aparições isoladas anteriores, passou a ser reconhecida apenas a partir da trágica experiência da Segunda Grande Guerra¹³. Por outro lado, embora elementar que o reconhecimento de uma dignidade à pessoa humana (e ao humano) não se processa apenas na esfera do Direito e na medida em que pelo Direito é reconhecida, também se revela evidente que o Direito exerce um papel crucial na sua proteção e promoção, de tal sorte que, especialmente quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir de uma clarificação quanto ao conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir eventuais violações desta mesma dignidade.¹⁴

Com efeito, refutando a tese de que a dignidade não constitui um conceito juridicamente apropriável e que não caberia – como parece sustentar Habermas¹⁵ – em princípio, aos Juízes ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, relegando tal tarefa ao debate na esfera pública (em especial, no âmbito dos parlamentos), assume relevo a observação de Denninger, no sentido de que – diversamente

13 Cf. por último e portodos, Stephan Kirste, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2010, p. 126.

14 Cf. Peter Badura, *Generalprävention und Würde des Menschen*, in: *JZ* 1964, p. 341, para quem a clareza suficiente a respeito do conteúdo da dignidade da pessoa tal qual reconhecida e protegida por uma determinada ordem constitucional constitui pressuposto para a solução adequada dos casos concretos. No mesmo sentido, v. também Jesus González Pérez, *Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 111.

15 Com efeito, Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 70 e ss., argumenta, em síntese, que o Estado secularizado e neutro, quando constituído de modo democrático e procedendo de modo inclusivo, não pode tomar partido numa controvérsia ética relacionada com a dignidade da pessoa humana e o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade (artigos 1º e 2º da Lei Fundamental da Alemanha). Além disso – segue argumentando Habermas – quando a pergunta a respeito do tratamento dispensado à vida humana antes do nascimento envolve questões de conteúdo ético, o razoável será sempre contar com um fundado dissenso, tal qual encontrado na esfera do debate parlamentar por ocasião da elaboração das leis (no caso, Habermas fez referência expressa ao debate no Parlamento da Alemanha, ocorrido no dia 31.05.2001).

do filósofo, para quem, de certo modo, é fácil exigir uma contenção e distanciamento no trato da matéria – para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana, já que desta – e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas conseqüências jurídicas,¹⁶ muitas vezes decisivas para a proteção da dignidade das pessoas concretamente consideradas.

Feitas estas considerações, procurar-se-á, na sequência, destacar algumas das possíveis e relevantes dimensões da dignidade da pessoa humana, ressaltando-se que tais dimensões, por sua vez, não se revelam como necessariamente incompatíveis e reciprocamente excludentes. Pelo contrário, é a multidimensionalidade da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica que lhe poderá assegurar a sua peculiar força normativa e o cumprimento das suas funções.

Numa primeira aproximação, superando a noção (ainda extremamente influente no pensamento filosófico e jurídico contemporâneo) de que a dignidade constitui uma qualidade inata (natural) do ser humano, como algo inerente à própria condição humana, parece correto afirmar, já em outro sentido, que a dignidade representa um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção. Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade constitui atributo reconhecido a qualquer ser humano, visto que, em princípio, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas e integrantes da comunidade humana, ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes ou consigo mesmos.

16 Cf. Erhard Denninger, *Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Baden-Baden: Nomos, 2/2003, pp. 195-196, lembrando, nesta perspectiva (da necessária intervenção da jurisdição constitucional no plano das decisões envolvendo a dignidade da pessoa humana), a argumentação desenvolvida pela Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Juíza Jutta Limbach (extraída de voto proferido em decisão envolvendo a descriminalização do aborto), no sentido de que assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder desde quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional (ob.cit., p. 196).

Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”, preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade deste século – a noção de que a todos os seres humanos, sem distinção, é atribuída uma dignidade.

Considerando a distinção – embora nem sempre assim compreendida - entre as noções de dignidade humana (que transcende a dignidade da pessoa individualmente considerada) e dignidade da pessoa humana, parte-se aqui da premissa (de resto, praticamente um lugar comum) de que em função da dignidade que lhe é atribuída, cada ser humano é único e como tal titular de direitos próprios e indisponíveis. Nesta perspectiva, tal como formulado por Carlos Ayres Britto, “o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana *decola* do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, *se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte* (grifos do autor)¹⁷.” Em outras palavras, fazendo coro com Jorge Miranda, “a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta.”¹⁸

Por outro lado, tendo em conta que somente há que falar em dignidade (assim como em direitos e deveres humanos e fundamentais) num contexto marcado pela intersubjetividade, também já representa um lugar comum – embora a relevância da assertiva - que a dignidade da pessoa humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de direitos e deveres correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao “florescimento humano”¹⁹, tudo a reforçar a - já afirmada – relação (íntima e em

17 Cf. Carlos Ayres Britto. O Humanismo Como Categoria Constitucional, 2004, op. cit., p. 27.

18 Cf. Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional. V. 4, op. cit., p. 199.

19 Cf. João Loureiro. O direito à identidade genética do ser humano. Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 281.

parte indissociável, mas não exclusiva!) entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais.

É Justamente nessa perspectiva que a lição de Jürgen Habermas²⁰ se revela particularmente relevante, ao sugerir que a dignidade da pessoa, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua *intangibilidade* (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, razão pela qual apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade.²¹ Por tal razão, como bem destaca Hasso Hofmann²², a dignidade necessariamente deve ser compreendida numa perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo (*Mitmenschlichkeit des Individuums*).

Afirmada sua dimensão intersubjetiva e relacional, necessário destacar que a dignidade da pessoa humana possui também um sentido histórico-cultural, sendo – na acepção de Peter Häberle – fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo²³. Tal linha de aproximação (histórico-cultural) foi recepcionada por expressiva jurisprudência constitucional, destacando-se aqui precedente do Tribunal Constitucional de Portugal, que, no âmbito do Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.1990, assentou que “a idéia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo

20 Cf. Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 62 e ss.

21 Cf. Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 65.

22 Cf. Hasso Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, n. 118, 1993, p. 364, posicionando-se – ao sustentar que a dignidade, na condição de conceito jurídico, assume feições de um conceito eminentemente comunicativo e relacional – no sentido de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser destacada de uma comunidade concreta e determinada onde se manifesta e é reconhecida. No mesmo sentido, reconhecendo que a dignidade também assume a condição de conceito de comunicação, v., no âmbito da doutrina lusitana, a referência de Jonas Machado. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra Editora, 2002, p. 360.

23 Cf. Peter Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Josef Isensee; Paul Kirchhof (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. 1, Heidelberg: C. F. Müller, 1987, p. 860, destacando-se que a despeito da referida dimensão cultural, a dignidade da pessoa mantém sempre sua condição de valor próprio, inerente a cada pessoa humana, podendo falar-se assim de uma espécie de “constante antropológica”, de tal sorte que a dignidade possui apenas uma dimensão cultural relativa (no sentido de estar situada num contexto cultural), apresentando sempre também traços tendencialmente universais (ob. cit., p. 842-843).

puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente”²⁴.

Para além das dimensões já apresentadas e em diálogo com as mesmas, indispensável compreender – até mesmo pela relevância de tal aspecto para os direitos e deveres humanos e fundamentais – que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta por estar em causa simultaneamente a expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente - mas não exclusivamente! - quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.²⁵ Tal concepção guarda sinergia também com a doutrina de Dworkin²⁶, que parte do pressuposto de que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”, de tal sorte que é no valor intrínseco (na “santidade e inviolabilidade”) da vida humana (de todo e qualquer ser humano) que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada²⁷.

Que essa assertiva não conduz necessariamente à refutação da possível distinção (mas não dissociação) entre as noções de pessoa

24 Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.90, Relator Bravo Serra, onde, para além do aspecto já referido, entendeu-se ser do legislador “sobretudo quando, na comunidade jurídica, haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo um pluralismo mundividencial ou de concepções” a tarefa precípua de “em cada momento histórico, ‘ler’, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios ‘abertos’ da Constituição.”

25 Cf., dentre tantos, Martin Koppnack, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 19-20, salientando – na esteira de outros doutrinadores, que mesmo presente, em sua plenitude, a autonomia da vontade (dignidade como capacidade de autodeterminação) esta poderá ser relativizada em face da dignidade na sua dimensão assistencial (protetiva), já que, em determinadas circunstâncias, nem mesmo o livre consentimento autoriza determinados procedimentos, tal como ocorre, v.g., com a extração de todos os dentes de um paciente sem qualquer tipo de indicação médica, especialmente quando o consentimento estiver fundado na ignorância técnica. Até que ponto, nesta e em outras hipóteses até mesmo mais gravosas, é possível falar na presença de uma plena autonomia, é, de resto, aspecto que refoge ao âmbito destas considerações, mas que, nem por isso, deixa de merecer a devida atenção.

26 Cf. Ronald Dworkin, *El Dominio de la Vida*. Una Discusión acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual, Barcelona: Ariel, 1998, p. 306-307.

27 Cf. Ronald Dworkin, *El Dominio de la Vida*. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, Barcelona: Ariel, 1998, p. 306-309. Sobre a distinção (autonomia), mas mesmo assim íntima conexão entre dignidade e da vida (pois dignidade e vida, como princípios e direitos fundamentais, referem-se, em primeira linha, à pessoa humana, sendo esta o elo comum) bem como a respeito das relações entre ambos os valores, v. especialmente os desenvolvimentos de Michael Klopfer, *Leben und Würde des Menschen*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 2001, especialmente p. 78 e ss.

e dignidade, vai aqui afirmado, ainda que não desenvolvido, muito embora se cuide de um dos principais aspectos do pensamento de Hegel²⁸, recuperado e desenvolvido, mais recentemente, por autores como Habermas (que traça uma linha distintiva entre o que chama de dignidade da pessoa e dignidade da vida humana²⁹) e Stephan Kirste (que, em termos gerais, identifica a dignidade, na perspectiva jurídica, com a noção de Pessoa como sujeito de direitos – “*Rechtsperson*”)³⁰, apenas para citar alguns dos autores que tem desenvolvido tal orientação, muito embora mediante argumentos nem sempre coincidentes.

Também (mas não apenas) neste contexto assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um)³¹, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão (em particular no que diz com a perspectiva jurídico-constitucional) defensiva e prestacional da dignidade, ainda mais evidente quando se cuida de identificar a conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, o que será objeto de maior atenção logo adiante, quando da identificação de alguns exemplos extraídos da jurisprudência constitucional brasileira.

28 Com efeito, de acordo com Kurt Seelmann, *Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels*, in: Horst Dreier (Org.), *Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie. Geburtstagsymponion für Hasso Hofmann*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 141, destaca que o mais apropriado seria falar que, ao pensamento de Hegel (e não estritamente na sua Filosofia do Direito), encontra-se subjacente uma teoria da dignidade como viabilização de determinadas prestações. Tal teoria, além de não ser incompatível com uma concepção ontológica da dignidade (vinculada a certas qualidades inerentes à condição humana), significa que uma proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um auto-enquadramento no processo de interação social. Além disso, como, ainda, bem refere o autor, tal conceito de dignidade não implica a desconsideração da dignidade (e sua proteção) no caso de pessoas com deficiência mental relevante ou gravemente enfermos, já que a possibilidade de proteger determinadas prestações não significa que se esteja a condicionar a proteção da dignidade ao efetivo implemento de uma dada prestação, já que também aqui (de modo similar – como poderíamos acrescentar – ao que se verificou relativamente ao pensamento Kantiano, centrado na capacidade para a autodeterminação inerente a todos os seres racionais) o que importa é a possibilidade de uma prestação (ob. cit., p. 142). A respeito das diversas dimensões da dignidade encontradas no pensamento de Hegel, v., ainda, a breve referência de Otfried Höffe, “*Menschenwürde als ethisches Prinzip*”, in: Otfried Höffe; Ludger Honnefelder; Josef Jsensee; *Gentechnik und Menschenwürde. An den Grenzen von Ethik und Recht*, Köln: Du Mont, 2002, p. 133.

29 Cfr. Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 57 e ss.

30 Cf. Stephan Kirste. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org), *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 175-198.

31 Cf., por todos, Adalbert Podlech, *Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, in: Rudolf Wassermann (Org.) *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AlternativKommentar)*, v. 1, 2.ed. Neuwied: Luchterhand, 1989, p. 280-281.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO DO STF

4.1 Dignidade como princípio estruturante e critério de legitimação da ordem jurídico-constitucional

Ao examinar o *status* jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana no âmbito de nosso ordenamento constitucional, verifica-se que, no Brasil, diversamente de outras ordens jurídicas onde nem sempre houve clareza quanto ao seu correto enquadramento,³² o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, consoante já frisado, à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III, da CF), muito embora a inclusão – no que diz com a terminologia adotada pela CF – no Título dos princípios fundamentais, não afasta a circunstância de que a dignidade, em diversas situações, no campo do Direito, atua como regra jurídica, em outras palavras, como fundamento de regras jurídicas, como é o caso, por exemplo, da proibição da tortura, que será objeto de alguma atenção mais adiante.

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental não deva ser superestimada, já que não se trata de conceitos necessariamente antitéticos e reciprocamente excludentes (não só, mas também, pelo fato de que as próprias normas de direitos fundamentais igualmente assumem a dúplici condição de princípios e regras³³),

32 Assim ocorre, por exemplo, na Alemanha, onde, inexistindo título autônomo para os princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana consta no catálogo dos direitos fundamentais (art. 1º, inc. I), sendo considerada – de acordo com a doutrina majoritária e jurisprudência constitucionais – simultaneamente um direito fundamental e um princípio fundamental da ordem de valores objetiva, havendo, contudo, quem negue o caráter de direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Sobre esta discussão, que aqui deixaremos de aprofundar, v., dentre tantos, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, München: C. H. Beck, 1988, p. 22 e ss. Assim também Theodor Maunz- Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 29. ed. München: C. H. Beck, 1994, p. 180, e Tatjana Geddert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 164 e ss., Wollfram Höfling, Anmerkungen zu Art. 1 Abs 3 Grundgesetz, in: Michael Sachs (Org), *Grundgesetz - kommentar*, München: C. H. Beck, 1996, p. 102, Horst Dreier, Anmerkungen zu Art. 1 I GG, in: Horst Dreier (Org), *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 117-119, Christian Starck. In: *Bonner Grundgesetz*, p. 47-9, bem como Michael Sachs, *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer-Verlag, 2000, p. 171 e ss.

33 Sobre o caráter dúplici (princípio e regra) das normas de direitos fundamentais, v. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 71 e ss. No Brasil, v. , por último, destacando tal característica também para a dignidade da pessoa humana, v. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183 e ss.

comungamos do entendimento de que, além de os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontrarem – pelo menos em grande parte - seu fundamento na dignidade da pessoa humana, também é possível reconhecer que do próprio princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo devem ser deduzidas posições jusfundamentais (direitos e deveres), ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, a existência de um direito fundamental à dignidade.³⁴ Tal aspecto, aliás, chegou a ser objeto de lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser negada a qualquer ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre.³⁵ Assim, quando se fala em um direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, da CF, não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotado de eficácia e aplicabilidade, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.³⁶ Nesse contexto, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pes-

34 Cf. sustenta, entre outros, Béatrice Maurer, “Notes sur le respect de la dignité humaine...ou Petite Fugue Inachevéé Autour d’un Thème Central”, in: Alain Sérieux et alii. *Le Droit, Le Médecine et L’être Humain*, Aix-Em-Provence: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 1996, p. 207.

35 Cf., por exemplo, BverfGE 87, 209 (228), citado por Horst Dreier, Art. 1 I GG, in: Horst Dreier (Org), *Grundgesetz Kommentar*, v.1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 120, referindo que mesmo o torturado e o perseguido não perdem a sua dignidade, ainda que esta tenha sido violada.

36 Cf. Ernst Benda, *Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht*, in: Benda-Maihofer-Vogel (Org), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v.1, 2. ed., Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994, p. 164, lição esta que – embora voltada ao art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha – revela-se perfeitamente compatível com a posição outorgada pelo nosso Constituinte de 1988 ao princípio da dignidade da pessoa humana.

soa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais (embora com os direitos não se confunda, em toda sua extensão), mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)³⁷. Na formulação de Jorge Miranda, que igualmente se manifestou sobre o tópico, trata-se de um “princípio axiológico fundamental” que ao mesmo tempo opera como “limite transcendente do poder constituinte”³⁸.

Voltando-nos ao direito brasileiro, onde, em termos gerais, a doutrina tem aderido à noção de que a dignidade cumpre a função de valor-fonte da ordem jurídica³⁹, verifica-se, já na esfera do reconhecimento jurisprudencial, que também o STF tem seguido esta linha de entendimento, sublinhando, reiteradamente, que a dignidade da pessoa humana constitui “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”⁴⁰.

Não sendo o caso de aqui discorrer sobre a distinção entre princípios e regras, na condição de espécies do gênero norma jurídica, mas apenas assumindo que, considerados determinados critérios, há como aceitar – em linhas gerais - como correta (a despeito de importantes dissídios envolvendo a conceituação e aplicação de cada categoria) tal classificação das normas jurídicas, o que importa para a finalidade deste breve ensaio, é que se deixe devidamente consignado, que tanto na esfera doutrinária quanto jurisprudencial, o caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana e, portanto, o reconhecimento de sua plena eficácia na ordem jurídico-constitu-

37 Cf. Klaus Stern, *DasStaatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, München: C. H. Beck, 1988, p. 23, sem que aqui se vá explorar a controvérsia em torno da relação entre o valor da vida humana e a dignidade da pessoa, já que não faltam os que sustentam a prevalência da primeira.

38 Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. 4, op. cit., p. 200.

39 Cf., por todos, o nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, op. cit., p. 76 e ss.

40 Cf., em caráter meramente ilustrativo, se extrai da ementa do Acórdão proferido no HV 87.676/ES, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, julgado em 06.05.2008.

cional, está longe de encontrar um adequado equacionamento. Com relação às críticas – já referidas – de que a opção pelo enquadramento como princípio fundamental importaria em reduzir a amplitude e magnitude da noção de dignidade da pessoa, vale lembrar o que, de resto, parece-nos que o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio (e até mesmo como regra) constitucional fundamental, não afasta o seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.

É precisamente nesse contexto que assume relevo o fato que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana opera simultaneamente elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no “ponto de Arquimedes do estado constitucional”.⁴¹ De acordo com o magistério de Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.⁴² Nessa mesma linha de entendimento, fazendo coro com Jorge Reis Novais, é possível afirmar que no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas⁴³.

Mas é na sua articulação com o sistema constitucional dos direitos fundamentais que a dignidade da pessoa humana se revela mais

41 Cf. Görg Haverkate, *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, München: C.H.Beck, 1992, p. 142.

42 Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. 4, op. cit., p. 197. No mesmo sentido, v. José Carlos Vieira de Andrade *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 101, referindo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais “não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos.”

43 Cf. Jorge Reis Novais. *Os princípios estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.

operativa, sem prejuízo de algumas perplexidades e desafios que tal relação possa ensejar. Mesmo que se deva – nesta linha de entendimento – admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento informador de todos os direitos e garantias fundamentais (ainda que nem todos os direitos fundamentais encontrem fundamento direto na dignidade da pessoa humana) também da Constituição de 1988 – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana⁴⁴. Tal diversidade se manifesta tanto quando que está em causa a função da dignidade como fundamento dos direitos, quanto no que diz respeito à sua função como integrando o conteúdo dos direitos (em ambos os casos, nos parece, a discussão diz respeito ao “se” e ao “em que medida”), não sendo à toa que ambas as funções (dignidade como fundamento e como conteúdo dos direitos) tenham sido tão destacadas, embora ainda tão carentes de maior aprofundamento e lapidação⁴⁵. Nos próximos itens iremos enfrentar aspectos da relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, explorando-os sempre na perspectiva da jurisprudência do STF.

4.2 A dignidade da pessoa humana e a assim chamada “abertura material” do sistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais

Um dos setores onde se manifesta a transcendental importância da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Com efeito, não é demais lembrar que a CF, na esteira da evolução constitucional desde a proclamação da República (1889, seguida da primeira Constituição Federal e Republicana de 1891) e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a idéia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias funda-

44 Cf., por todos, José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 101-2.

45 Cf., sobre tal dupla função da dignidade, Jeremy Waldron. *Dignity and Rank*. in: *European Journal of Sociology* (2007). p. 203-4.

mentais. Em outras palavras, isto quer dizer que, para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), assim como integram o sistema constitucional os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos⁴⁶. Além disso, ainda de acordo com a expressa dicção do artigo 5º, § 2º, da CF, foi cancelada a existência de direitos (ainda que não direta e expressamente previstos no texto constitucional) decorrentes do regime e dos princípios da CF, noção que abarca – embora para tal efeito se possa (há quem o sustente) até dispensar uma cláusula expressa de abertura - a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados.⁴⁷

Assim, perceptível que a abertura a direitos não previstos expressamente no texto originário da CF guarda relação, embora sem que se possa falar aqui em integral superposição, com a noção de um constitucionalismo cumulativo em matéria de direitos e garantias, notadamente no que diz respeito ao fato de que aos primeiros direitos civis e políticos, somaram-se os direitos socioambientais e culturais, tudo a desembocar, no que se pode designar – a exemplo do que sugeriu Carlos Ayres Britto - de um *Estado de Direitos*⁴⁸. Nesta quadra, um dos maiores desafios para quem se ocupa do estudo da abertura material do catálogo de direitos e garantias é justamente o de identificar quais os critérios que poderão servir de fundamento para a localização daquelas posições jurídico-fundamentais, como tais não expressamente designadas pelo Constituinte, mas que ainda assim integram o catálogo constitucional de direitos fundamentais.

Certo é que a tarefa de identificar (e, acima de tudo, justificar esta opção) posições fundamentais em outras partes da Constituição, bem como a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fun-

46 Sobre a relação entre tratados de direitos humanos e a ordem interna, v., por todos, na literatura monográfica brasileira, a paradigmática contribuição de Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

47 Sobre o sentido e significado do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, bem como a respeito da classificação dos direitos e garantias fundamentais a partir deste preceito, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78 e ss.

48 Cf. Carlos Ayres Britto. *O Humanismo como Categoria Constitucional*, op. cit., especialmente. 2004. p. 22-23.

damentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da Constituição, passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais, conceito que, por sua vez, dialoga fortemente com a noção de dignidade da pessoa humana. Assim, numa primeira aproximação, se com relação às normas de direitos fundamentais integrantes do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) se admite a existência de uma presunção de que sejam normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material,⁴⁹ no que diz com a identificação e fundamentação de direitos implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, não se poderá dispensar um exame acurado no sentido de que sejam guindadas à condição de direitos fundamentais (compartilhando, de tal sorte, do regime reforçado de tais direitos na ordem constitucional) apenas posições jurídicas implícita ou expressamente consagradas, e que efetivamente sejam de tal sorte relevantes no que diz com seu conteúdo e significado, a ponto de merecerem o *status* de direitos fundamentais, em sentido material e formal, ou mesmo apenas material, quando for este o caso.

Levando, contudo, em conta que – de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa – com algum esforço argumentativo, tudo o que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental. O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa

49 A respeito da ausência de identidade entre a constituição formal e material, mas reconhecendo, na esteira da doutrina majoritária, a necessidade de se presumir a materialidade constitucional (e fundamental) das normas inseridas na Constituição formal, v. a lição de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, v.2, p. 40 e ss., sustentando, ainda (*Manual de Direito Constitucional*. v. 4, op. cit., p. 9 e ss.), coerente com a linha de pensamento adotada, que os direitos fundamentais formalmente consagrados na Constituição também o são em sentido material, embora existam outros direitos fundamentais para além dos direitos expressamente positivados.

humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material tanto para a fundamentação de direitos implícitos (no sentido de posições jusfundamentais de cunho defensivo e/ou prestacional subentendidas nos direitos e garantias fundamentais da Constituição), quanto - e, de modo especial - para a identificação de direitos sediados em outras partes da Constituição.

Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como, por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente, ou mesmo a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso da fundamentação das decisões judiciais e administrativas). O que se pretende enfatizar, é que sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, que estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso. Em outras palavras, sempre que a violação de um direito (seja ele expressa, seja ele implicitamente positivado) resultar em violação da dignidade da pessoa humana e de suas dimensões essenciais já apresentadas, se estará em face de um direito fundamental.

Assim, apenas a título exemplificativo, não há maior dificuldade em justificar que a proteção do meio ambiente, especialmente considerando a própria dicção utilizada pela CF na redação do artigo 225, indica a condição de direito e dever fundamental, embora não seja o caso de adentrar, neste estudo, a discussão a respeito da possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à proteção dos bens ambientais, sabidamente controversa, especialmente na doutrina estrangeira⁵⁰. O que importa, por ora, é a constatação de que a relação umbilical entre uma existência humana com dignidade e a tutela ambiental é tão evidente - e em tantas situações! (basta apontar para

50 A respeito da controvérsia relativa à subjetivação da proteção ambiental (posição favorável a um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou saudável) ou a sua tutela jurídico-constitucional pela via objetiva, ou seja, dos deveres de proteção, v., por todos, com ampla documentação, Carla Amado Gomes, Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 25-222.

a grave condição dos refugiados climáticos, a afetação da saúde e das condições de vida das pessoas por força de danos ambientais, entre outros) –, que a dignidade da pessoa humana (como da vida em geral) opera como justificativa relevante, embora mesmo neste caso não exclusiva, a indicar a fundamentalidade formal e material do direito (e dever) fundamental à proteção do ambiente, consoante, aliás, reconhecido pelo STF⁵¹.

Muito embora não se possa falar de um limite previamente definido no que diz com a identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, também é correto afirmar que tal atividade reclama a devida cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), notadamente pelo fato de estar-se ampliando o elenco de direitos fundamentais da Constituição com as conseqüências práticas a serem extraídas, não se devendo, ademais, desconsiderar o risco – a exemplo do que já foi referido com relação à própria dignidade – de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais, já apontada por parte da doutrina.⁵²

Ainda que nos tenhamos posicionado no sentido da inexistência de um direito fundamental à dignidade (como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária), comungamos do entendimento – em que pesem as respeitáveis posições em sentido contrário –⁵³ de que do princípio da dignidade da pessoa humana podem ser deduzidas posições jurídico-subjetivas fundamentais que

51 ADIN 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Na esfera doutrinária, v., na literatura brasileira, afirmando a dupla dimensão da tutela ambiental (direito e dever fundamental) Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, *Meio Ambiente. Direito e Dever Fundamental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32-3; Anizio Pires Gavião Filho, *Direito Fundamental ao Ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; Orcy Paulino Bretanha Teixeira, *O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; Tiago Fensterseifer, *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Por último, v. Ingo Wolfgang Sarlet (Org), *Direitos Fundamentais e Estado Socioambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

52 Referindo uma tendência para a panjusfundamentalização, no âmbito de uma inflação no campo do reconhecimento de novos direitos fundamentais, advertindo, neste contexto, para os riscos de uma banalização, v. o contributo de José Casalta Nabais, *Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais*, in: *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra, 1995, p. 980 e ss. Neste sentido também aponta John Rawls, *O Liberalismo Político*. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 350, sustentando a necessidade de limitar-se “as liberdades àquelas que são verdadeiramente essenciais”, pena de correr-se o risco de uma fragilização da proteção das liberdades mais relevantes.

53 Questionando a possibilidade da dedução direta de direitos subjetivos do princípio da dignidade da pessoa humana, encontramos, dentre outros, a lição de Winfried Brugger, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 19 e ss., consignando-se não ser esta a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência alemãs, que, de modo geral, sustenta a dupla dimensão da dignidade da pessoa humana como princípio e direito fundamental.

tenham por objeto a proteção da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, ao menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional.⁵⁴ Da jurisprudência do STF, extrai-se, na seara dos direitos de personalidade, onde o vínculo com a dignidade se manifesta com especial agudeza, decisão reconhecendo tanto um direito fundamental ao nome quanto ao estado de filiação, mediante o argumento de que “o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível”⁵⁵. Ainda no que diz respeito ao tema da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, importa destacar o reconhecimento, pelo STF, de um direito à ressocialização do apenado, iluminado pela concepção de que ao preso há de ser assegurada a possibilidade de uma reinserção na vida social de modo livre e responsável (liberdade com responsabilidade), diretriz que, portanto, há de servir de parâmetro para a interpretação e aplicação da legislação em matéria de execução penal⁵⁶. Também a extensão à união homoafetiva da proteção com base na união estável e de entidade familiar (artigo 226, CF), onde o argumento da dignidade (e do reconhecimento) teve particular relevância, poderá ser aqui invocado como um dos exemplos mais controversos extraídos da jurisprudência do STF⁵⁷.

4.3 A dignidade da pessoa humana e a “face” negativa e positiva dos direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana, na sua relação com os direitos e garantias fundamentais, acaba operando, ainda que de modo diversificado, tanto como fundamento (embora não de todos os direitos

54 Peter Häberle, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, in: Josef Isensee; Paul Kirchhof (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. 1, Heidelberg: C. F. Müller, 1987, p. 844, nos lembra, neste contexto, que o desenvolvimento pretoriano ou mesmo a nova formulação textual de direitos fundamentais específicos pode ser vista como uma atualização do postulado básico da proteção da dignidade da pessoa humana em face de novas ameaças.

55 Cf. RE nº 248.869-1 (07.08.2003), relator Ministro Maurício Corrêa.

56 Cf., dentre tantos, a decisão preferida no NC 94163, de 02.12.2008, relator Ministro Carlos A. Britto, onde, em apertada síntese, foi assentado que a fuga, embora interrompa o prazo de cumprimento da pena, não pode servir de fundamento para a desconsideração dos dias trabalhados pelo apenado e da respectiva remissão.

57 ??????????????????

fundamentais) quanto como conteúdo (igualmente não de todos os direitos e não com a mesma intensidade) dos direitos fundamentais. Por outro lado, doutrina e jurisprudência majoritária (mas não uníssona, em especial no direito estrangeiro), também no que diz com a evolução jurídico-constitucional brasileira, reconhecem, consoante já averbado, que a dignidade da pessoa humana cumpre uma dupla função, atuando tanto como limite para a intervenção do Estado e de terceiros (inclusive, em determinados casos e observados certos pressupostos, para efeito da proteção da pessoa contra si mesma), quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros, mas em especial no concernente à promoção ativa da dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, ainda mais naquilo em que o indivíduo necessita do concurso do Estado e /ou da comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais (e não apenas físicas) básicas.

No que diz com a sua função como limite negativo, como bem apontam Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg, é possível reconhecer na dignidade da pessoa humana uma espécie de “Sinal de Pare”, no sentido de uma barreira absoluta e intransponível (um limite) inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência do Estado e da sociedade, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos⁵⁸. Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana assume a condição de direito de defesa, que tem por objeto a proibição de intervenção na esfera da liberdade pessoal de cada indivíduo e a salvaguarda da integridade física e psíquica de cada pessoa contra toda e qualquer ação estatal e particular.

Já como fundamento de direitos subjetivos a prestações, a dignidade da pessoa humana guarda tanto uma relação de proximidade com a noção do mínimo existencial e dos direitos sociais considerados, em sentido mais restrito, como direitos a prestações materiais (ou fáticas), quanto com a noção de direitos a prestações em sentido amplo, que, na visão de Robert Alexy, abrangem também prestações

58 Cf. Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008, p. 10-12.

de natureza não tipicamente social⁵⁹. Conveniente sublinhar, em caráter complementar, que da dupla função de proteção (e promoção) e de defesa segue também o dever de implantar medidas de precaução procedimentais e organizacionais, no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais, ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de fazer cessar ou mesmo minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano⁶⁰. Por outro lado, imprescindível destacar que, também no que diz respeito ao seu conteúdo em dignidade da pessoa humana e mesmo quando em causa uma manifestação autônoma da dignidade da pessoa humana, todos os direitos fundamentais - tal qual a dignidade da pessoa - apresentam uma dupla face defensiva e prestacional, de modo que, já por tal razão se pode assumir como correta uma dogmática jurídico-constitucional unitária (um regime jurídico unificado) dos direitos fundamentais⁶¹.

A partir da perspectiva ora traçada e sem que se tenha a pretensão de inventariar, na sua integralidade, a diversificada e cada vez mais numerosa jurisprudência do STF invocando a dignidade da pessoa humana na sua relação com direitos fundamentais de caráter negativo e positivo, seguem alguns exemplos que oferecem um panorama suficientemente atualizado e abrangente.

Num primeiro grupo de decisões, poderiam ser enquadrados julgados que, embora sem exame deste aspecto, aplicam a dignidade da pessoa humana como regra impeditiva de determinadas condutas, com amplo destaque para a vedação (expressamente consagrada pela CF no artigo 5º, inciso III) da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante, que corresponde justamente à noção subjacente à fórmula-objeto acima referida e que define o que se pode considerar de conteúdo nuclear do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, aqui operando como direito de defesa (negativo). Dentre os casos que

59 Sobre a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, v., para além de Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Op. Cit., p. 171 e ss.; p. 395 e ss. (aqui abordando os direitos a prestações em sentido amplo e estrito).

60 Cf., por todos, Stephan Rixen, “Die Würde und Integrität des Menschen”, in: Sebastian Heselhaus e Carsten Nowak (Ed.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München/Wien/Bern: C. H. Beck, Linde, Stampfli&Cie AG, 2006, p. 355.

61 Cf. a posição já adotada no nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Op. Cit., desde a primeira edição (1998). Em Portugal, v., mais recentemente, adotando um regime jurídico único, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

merecem destaque, considerando a produção jurisprudencial posterior ao advento da atual CF, colaciona-se julgado relatado pelo Ministro Celso de Mello, no qual estava em causa a prática de tortura contra criança e adolescente por parte de policias, e onde restou consignada a absoluta vedação da tortura na ordem jurídico-constitucional brasileira, de acordo com orientação uníssona adotada pelo STF⁶², em sintonia, portanto, com a noção de que a dignidade da pessoa humana opera como limite jurídico intransponível, visto que faticamente violável. Da ementa da decisão colacionada, extrai-se a afirmação de que a tortura constitui “prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa”, além de se tratar de “negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo”. Desta afirmação é possível extrair a conclusão de que – pelo menos no que diz com a posição veiculada nas decisões examinadas e ressalvado o exame de eventuais contradições - para o STF a dignidade da pessoa humana não está sujeita a qualquer tipo de restrição e renúncia, o que remete ao tormentoso tema a respeito do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana – ao menos na perspectiva da proteção jurídica – e que aqui optamos por não desenvolver em virtude dos limites da presente abordagem⁶³.

A mesma linha de entendimento, vinculada à negação de uma redução do ser humano a objeto da ação estatal, encontra-se explicitada em uma série de decisões do STF, como dá conta a controvertida Súmula vinculante nº 11, dispondo sobre a necessidade de fundamentação – por parte das autoridades policiais e judiciárias - da necessidade do uso de algemas. Com efeito, sem que aqui se vá adentrar a discussão a respeito do acerto da opção pela edição de Súmula sobre esta matéria, o fato é que o que está em causa, ao fim e ao cabo, é coibir a humilhação da pessoa no âmbito da já suficientemente invasiva ação policial e jurisdicional peculiar ao processo criminal,

62 Cf. HC nº 70.389-SP, relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ em 23.06 1994.

63 A respeito da discussão sobre a possibilidade de restringir a dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio e norma que assegura direitos fundamentais, v., por todos, o nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, op. cit., p. 135 e ss.

além do reconhecimento, por parte do STF, de que a pessoa algema-da encontra-se mais facilmente submetida à ação de terceiros, sem prejuízo de outros aspectos que poderiam ser aqui colacionados.

No campo dos direitos sociais (aqui compreendidos em sentido muito ampliado), especialmente quando em causa o assim chamado mínimo existencial (no caso, o conjunto das condições que asseguram a cada um uma vida com dignidade,⁶⁴ ou seja, com um mínimo de qualidade, no sentido de uma vida saudável) também se manifesta a dimensão negativa – impeditiva de ações – da dignidade da pessoa humana, o que se pode constatar quando se trata de examinar decisões do STF relativas à proibição de confisco (atos com efeito confiscatório)⁶⁵ e que chancelam a vedação da tributação do mínimo existencial ou que mesmo decisões que proíbem (ou determinam o restabelecimento) a interrupção ou supressão de determinadas prestações de caráter existencial.

Também neste particular, no que diz com a assim chamada dimensão negativa da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, importa consignar a manifestação do Ministro Carlos Britto, quando, por ocasião do julgamento do RE 407.688-8/SP, em 08.02.2006, divergiu da maioria dos seus pares (que reconhecerem a constitucionalidade da lei que autoriza a penhora do único bem imóvel do fiador de contrato de locação), aderindo à posição perfi-lhada pelos Ministros Eros Grau e Celso de Mello, ao sustentar que a moradia é necessidade vital do trabalhador e de sua família, cuidan-do-se, portanto, de direito indisponível e não sujeito à expropriação via penhora embasada em contrato de fiança. É preciso salientar, todavia, que a posição vencedora (em prol da legitimidade constitu-cional da penhora) reconheceu a moradia como direito fundamental conectado com a dignidade da pessoa, mas afirmou que neste caso, além da disposição voluntária do bem pelo fiador, estaria em causa a proteção e promoção do acesso a moradia de terceiros, que depende

64 No mesmo sentido, afirmando que “a dignidade da pessoa exige condições de vida capazes de assegurar liberdade e bem-estar”, de modo especial no que diz com a garantia de um direito a uma existência condigna, v. também Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. 4, op., cit., p. 211.

65 v., a título exemplificativo, RE 397744, Rel. min. Joaquim Barbosa, fundamentando a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, dentre outros, no exercício do direito a uma existência digna, através de atividade profissional que satisfaça necessidades vitais, como saúde, educação e habitação (julgado em 15.10.2009).

da estabilidade do mercado imobiliário, entre outros aspectos que motivaram a decisão e que aqui não cabe aprofundar.

Já no que diz respeito a assim chamada dimensão positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana e do correlato direito ao mínimo existencial, fortemente sedimentado, na jurisprudência do STF, o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. Sem que se tenha aqui a pretensão de avaliar se e em que medida o STF tem julgado de modo uniforme e mesmo coerente tais questões, o fato é que pelo menos no que diz com o direito à saúde e o direito à educação (no caso do direito à moradia não se registra julgado assegurando um direito subjetivo à construção de uma moradia digna por parte do Estado) já são várias as decisões reconhecendo um dever de prestação, inclusive em caráter originário, ou seja, não necessariamente dependente de prévia política pública ou previsão legal. Neste sentido, adotando linha argumentativa similar (e em parte idêntica) a que foi esgrimida no bojo da conhecida ADF 45⁶⁶, podem ser referidas, em caráter meramente ilustrativo, decisões que asseguram às crianças com menos de seis anos de idade o acesso gratuito a creches mantidas pelo poder público, bem como, entre outras, uma série significativa de decisões assegurando prestações na área da saúde, relativizando - em favor da vida e da dignidade - limitações de ordem organizacional, orçamentária⁶⁷, sem prejuízo dos demais aspectos que dizem respeito ao – intenso - debate sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais como direitos a prestações, que aqui não será desenvolvido⁶⁸.

66 Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004.

67 Cf., por exemplo, a decisão proferida no RE 573061, julgado em 28.08.2009, Relator Ministro Carlos Britto, onde estava em causa a manutenção do direito ao Programa HUCAN, que prevê acompanhamento clínico e psicológico destinado a aferir a viabilidade de cirurgia de transgenitalização de caráter terapêutico, assegurado pelas instâncias ordinárias, que restou chancelado pelo STF.

68 Sobre o tema, v., por todos, Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*, Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008, bem como Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord.), *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, obras coletivas contendo diversificada, atualizada e representativa literatura sobre o tema no Brasil.

Quanto à dimensão positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais a prestações que lhe são correlatos, o que se percebe a partir do exame dos julgados selecionados é que embora a tranqüilidade com que o STF reconhece direitos subjetivos na esfera do mínimo existencial e a despeito da igualmente assente vinculação entre dignidade da pessoa humana e os direitos sociais na condição de direitos a prestações, ainda não é possível identificar, com clareza, os critérios que justificam tal relação e, de modo especial, a amplitude da noção de mínimo existencial neste contexto, ou seja, de quais são as prestações que integram este mínimo existencial. Considerada a diversidade e abrangência das prestações (que incluem prestações no âmbito do direito à educação), há como afirmar que o STF tem privilegiado uma exegese extensiva, indo além da noção reducionista de um mínimo vital (ou daquilo que também se designa de um mínimo existencial fisiológico), que guarda sintonia com a concepção de um mínimo existencial destinado a assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade, de modo a agregar também o que se convencionou denominar de um mínimo existencial sociocultural⁶⁹.

4.4 A dignidade como parâmetro interpretativo na aplicação dos direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana, como se verifica também na jurisprudência do STF, seguidamente é invocada como constituído – de modo geral em combinação com determinado (s) direito (s) fundamentais (s) tanto fundamento (critério material) a justificar a legitimidade constitucional da imposição de limites ao exercício de direitos fundamentais. Da mesma forma, registram-se decisões nas quais é o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais que opera como limite aos limites dos direitos fundamentais, de modo a obstaculizar determinadas medidas que, embo-

69 Cf., no Brasil, o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, op. cit., p. 320. Confira-se, no que diz com a literatura brasileira especializada, Ana Paula Barcellos, O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, in: Legitimação dos Direitos Humanos – Ricardo Lobo Torres (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Ricardo Lobo Torres, O Direito ao Mínimo Existencial, Rio de Janeiro: Renovar, 2008; e, por último, Eurico Bittencourt Neto, O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ra sirvam à proteção ou promoção de outros direitos fundamentais (com maior ou menor relação com a dignidade da pessoa humana). Muito embora não se possa identificar, no âmbito da – também neste campo nem sempre uniforme e clara – jurisprudência do STF, a consolidação de uma doutrina a respeito do tema, percebe-se que a dignidade da pessoa humana guarda relação tanto com a noção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (embora sobre a qualidade da relação em si pouco se possa aferir do exame das decisões) quanto com a aplicação do princípio da proporcionalidade, tudo no contexto mais amplo da problemática dos limites e restrições dos direitos fundamentais, com destaque para as hipóteses de conflitos (colisões) entre direitos fundamentais.

Um dos casos mais citados, neste contexto, é o Habeas Corpus nº 71.374-4, Relatado pelo então Ministro Francisco Rezek⁷⁰, onde estava em causa a legitimidade constitucional da condução coercitiva do suposto pai, réu em ação investigatória de paternidade, para efeitos de realização, em laboratório, de exame de sangue com vistas à apuração da paternidade do investigante, autor da ação. A despeito dos votos vencidos, com destaque para o voto do próprio Relator, que, em síntese, sustentavam o caráter não absoluto do direito ao próprio corpo e do direito à integridade física e corporal, não vislumbrando uma intervenção desproporcional por conta da condução coercitiva, mormente a prioridade do direito ao conhecimento, por parte do autor, da sua descendência biológica e do correlato direito aos alimentos (além das demais conseqüências), prevaleceu o entendimento – aqui sintetizado mediante transcrição de trecho do voto do Ministro Marco Aurélio – de que “a recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobreponha-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana,

70 Cf. Habeas Corpus nº 71.373-4/130 – RS, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ 22.11.1996.

naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade”. Aderindo ao voto do Ministro Marco Aurélio, cumpre referir os votos do Ministro Moreira Alves, limitando-se a afirmar o caráter disponível do direito do autor em face da indisponibilidade do direito personalíssimo do Paciente, e do Ministro Néri da Silveira, que, além de frisar a inviolabilidade da intimidade e do corpo, apontou para a ausência de fundamento legal para a condução coercitiva. Ainda que também quanto a este caso não se trata de formular um juízo sobre o acerto ou desacerto da decisão ou de sua fundamentação, o que importa enfatizar é a utilização do argumento da dignidade da pessoa humana no contexto da colisão de direitos e dos limites aos limites dos direitos fundamentais, resultando na clara prevalência da dignidade (e do conteúdo em dignidade do direito ao corpo e intimidade) em face do direito ao conhecimento da paternidade biológica, especialmente disponíveis outros meios para assegurar o direito (pelo menos em parte) do autor.

Outra hipótese de crescente relevância no que diz com a utilização da dignidade da pessoa humana como critério para interpretação do ordenamento jurídico envolve tanto a identificação de um conteúdo em dignidade de outros direitos fundamentais, quanto a interpretação “conforme a dignidade” de institutos jurídicos que implicam restrição de direitos, de tal sorte que, em alguns casos, o próprio âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais acaba por ser delimitado de modo mais extensivo, e, portanto, de modo a assegurar um nível mais acentuado de proteção dos direitos.

Um bom exemplo deste tipo de argumentação, onde a eventual violação (a ser demonstrada no caso concreto) da dignidade da pessoa humana implica a relativização de regra jurídica proibitiva de determinado benefício, pode ser extraído do julgamento do HC 83.358-6/São Paulo, relatado pelo Ministro Carlos Britto, onde estava em causa a solicitação de concessão da possibilidade de pessoa idosa cumprir a pena privativa de liberdade em regime de prisão domiciliar, a despeito de ter sido condenada pela prática atentado violento ao pudor, alegando a precariedade do seu estado de saúde. Embora no caso apreciado pelo STF tenha sido negado o pleito, mediante o argumento de que não restou devidamente comprovada

a excepcionalidade da situação, o Tribunal reconheceu – a exemplo de outros julgados⁷¹ – “que a condenação por crime tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana (e cabe sublinhar tal aspecto!) especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República”. Por outro lado, importa destacar que diversamente de uma série de outros julgados onde não houve qualquer preocupação em examinar, à luz das circunstâncias do caso, a ocorrência de uma violação da dignidade da pessoa humana, no caso ora apresentado, restou consignado que o deferimento do benefício (excepcionando a regra legal) se justifica apenas quando a dignidade do condenado (apenado) efetivamente estiver sendo violada ou ameaçada de violação. Com efeito, de acordo com o que se extrai da ementa do julgado, a “dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionabilíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado”.

Exemplo mais recente e que se encontra em fase de discussão no STF diz respeito às condições indignas do sistema carcerário brasileiro, que inclusive já extrapolou as fronteiras do país e está submetido ao crivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A questão em debate é, para além do reconhecimento em si do problema do cumprimento das penas restritivas da liberdade em condições que violam os mais elementares reclamos da dignidade, quais as consequências jurídicas que podem ser agregadas, de modo a resolver ou pelo menos mitigar o problema, o que aqui, contudo, não será desenvolvido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os exemplos colacionados, que representam apenas uma pequena amostra do universo de julgados nos quais o STF, cada vez mais e especialmente após a promulgação da CF, invoca a o princípio (e

71 Em caráter ilustrativo, v. HC 86875, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 07.10.2005; HC 84539, relator Ministro Carlos Britto, julgado em 16.12.2004.

regra) da dignidade da pessoa humana como fundamento principal ou secundário para a solução de controvérsias que lhe são direcionadas, demonstram claramente uma tendência no sentido de consagrar, também no direito brasileiro, a noção de que na dúvida deverá o intérprete – seja no âmbito de uma “ponderação de interesses/direitos/valores”⁷², seja em outras hipóteses - optar pela alternativa mais compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana (no sentido de um *in dubio pro dignitate*), muito embora quais sejam exatamente tais exigências também no Brasil ainda esteja longe de ser elucidado, precisamente em função da conhecida dificuldade de delimitar o conteúdo em dignidade dos direitos e garantias fundamentais ou identificar – a depender do caso – eventual conteúdo autônomo para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, quanto mais se recorre a dignidade da pessoa humana como argumento no processo judicial, tanto mais se faz necessária cautela no seu manejo, pois se a dignidade e os direitos humanos e fundamentais apontam – como bem o observou Gomes Canotilho – para a afirmação da idéia de uma comunidade constitucional republicana e inclusiva, necessariamente pautada por um multiculturalismo mundividencial avesso a qualquer tipo de “fexismo”⁷³, também se prestam uma perigosa manipulação retórica e mesmo fundamentalista, caso transformados em instrumentos de pautas de valores e interesses pessoais e sectários, resultando naquilo que já foi designado de uma “tirania da dignidade”⁷⁴.

Ainda no que diz com a função da dignidade da pessoa humana para o Estado Constitucional, sua condição de valor-fonte do Estado e do Direito, implica, como bem o averbou Jorge Miranda, que ela (dignidade) seja devidamente considerada como um *prius* em face da

72 Cf., no âmbito da literatura brasileira, por todos, Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, Luís Roberto Barroso (Org.), *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Trilhando uma perspectiva crítica em relação à ponderação e a utilização da proporcionalidade neste contexto, confirmam-se, especialmente e entre outras, as contribuições de Lenio Luiz Streck, *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, bem como Álvaro Ricardo Souza Cruz, *Hermenêutica Jurídica e (m) Debate*, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

73 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 225-26, desenvolvendo a idéia da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República.

74 Cf., portodos, Ulfried Neumann, “Die Tyrannei der Würde”, in: ARSP v.84, 1988, p. 153 e ss.

vontade popular, no sentido de que esta está subordinada à dignidade da pessoa humana, “porquanto é a própria idéia constitucional de dignidade da pessoa humana que a exige como forma de realização”⁷⁵.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções” In: **Estudos em Honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. Coimbra: Almedina, 2008, V.1, p. 481.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Torres, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BENDA, Ernst. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: Benda-Maihofer-Vogel (Org), **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 2. ed. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994, V.1.
- BITTENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo Como Categoria Constitucional**. 2004.
- CANOTINILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DENNINGER, Erhard. Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt In: **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)**, Baden-Baden: Nomos, N.22, 2003.
- DREIER, Horst, Anmerkungen zu Art. 1 I GG In: Horst Dreier (Org), **Grundgesetz Kommentar**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, V.1, p. 117-119,
- DWORKIN, Ronald. **El Dominio de la Vida**. Una Discusión acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual, Barcelona: Ariel, 1998.
- FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito Fundamental ao Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus, **Dignidad de la Persona**. Madrid: Civitas, 1986.

75 Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Op. Cit., p. 214.

HABERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: Joseph Isensee-Paul Kirchhof (Org.), **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: C.F. Muller, 1987, V.1, p. 853.

HABERMAS, Jürgen. **Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

HAVERKATE, Görg. **Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung**, München: C.H.Beck, 1992.

HOFFE, Otfried. Menschenwürde als ethisches Prinzip. In: Otfried Höffe; Ludger Honnefelder; Josef Isensee; **Gentechnik und Menschenwürde**. An den Grenzen von Ethik und Recht, Köln: Du Mont, 2002.

HOFLING, Wollfram. Anmerkungen zu Art. 1 Abs 3 Grundgesetz, in: Michael Sachs (Org), **Grundgesetz - kommentar**, München: C. H. Beck, 1996, p. 102,

HOFMANN Hasso. Die versprochene Menschenwürde In: **Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)**, n. 118, 1993.

HOPPEMOCK, Martin. **Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung**, Baden-Baden: Nomos, 1997.

KIRSTE, Stephan. **Einführung in die Rechtsphilosophie**, Darmstadt: WissenschaftlicheBuchgesellschaft, 2010, p. 126.

KUNIG, Philip. *Art. 1 GG (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung)* In: **Ingo von Münch** (Org). Grundgesetz Kommentar 5. ed. München: C.H. Beck, 2000, V.1, p. 76.

LADEUR, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. **Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008, p. 10-12.

LOUREIRO, João. O direito à identidade genética do ser humano. Portugal-Brasil Ano 2000. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 281.

LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution**. 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

MACHADO, Jonatas. **Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 360.

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. **Deutsches Staatsrecht**. 29.ed. München: C.H. Beck, 1994, p. 179.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente**. Direito e Dever Fundamental, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. 4, op. cit., p. 199.

NABAIS, José Casalta. Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais, in: **AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

- NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.
- PELE, Antonio. **La dignidad humana. Sus Orígenes en el Pensamiento Clásico**. Madrid: Dikynson, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In: George Salomão Leite (Org.), **Dos Princípios Constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, São Paulo: Malheiros, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PODLECH, Adalbert. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, in: Rudolf Wassermann (Org.) **Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** (Alternativkommentar). 2.ed. Neuwied: Luchterhand, 1989, v.1, p. 280-281.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**. N. 04, 1999, p. 24.
- SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II – Grundrechte**, Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2000.
- SAMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000,
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. München: C. H. Beck, 1988, v.3.
- TEIXEIRA, Orcy Paulino Bretanha. **O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TIEDEMANN, Paul. **Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung**. Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. *In: European Journal of Sociology*. 2007.
- ZIPPELIUS, Reinhold. In: **Bonner Kommentar zum Grundgesetz**, Heidelberg, 1994.

