

**UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ARIOVALDO DE SOUZA PINTO FILHO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

OSASCO

2010

ARIOVALDO DE SOUZA PINTO FILHO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como exigência parcial, para a obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração: Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos inserido na linha de pesquisa Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material, dentro do projeto Colisão entre Princípios Constitucionais, sob a orientação da Professora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz.

**OSASCO
2010**

ARIOVALDO DE SOUZA PINTO FILHO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como exigência parcial, para a obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração: Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos inserido na linha de pesquisa Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material, dentro do projeto Colisão entre Princípios Constitucionais, sob a orientação da Professora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz.

BANCA EXAMINADORA:

Professora e orientadora
Prof.^a Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz
UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

Prof.^a Dra. Débora Gozzo

Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

Osasco, ____/____/____

AGRADECIMENTOS

À Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz, pelos ensinamentos, dedicação, compreensão e sua contínua vontade de contribuir para que eu concretizasse esse projeto, transmitindo-me força, incentivo e motivação.

À minha mãe, a quem devo minha vida e eterna gratidão pelo caminho que trilhou para criar-me.

Aos professores do Unifieo, pelos conhecimentos transmitidos e amizade.

Aos funcionários da Secretaria da Pós-Graduação e da Biblioteca do Unifieo, por toda atenção, respeito, carinho que me foram sempre dispensados.

À todos os amigos e pessoas que de alguma forma contribuíram para a realização desse objetivo e que torcem por minha vitória.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para consecução desse objetivo, será necessário o exame preliminarmente da dignidade da pessoa humana, suas características e classificação doutrinária. A dignidade da pessoa humana se expressa na Constituição Federal por meio dos princípios fundamentais, por isso carece que se abordem tais princípios, examinando suas principais características. Para alcançar um melhor entendimento da jurisprudência, é adequado o estudo da interpretação constitucional. Uma vez examinados tais pressupostos, passa-se a análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em alguns julgados selecionados que envolvem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, princípios, interpretação, jurisprudência.

ABSTRACT

This work aims to examine the principle of human dignity in the jurisprudence of the Federal Supreme Court. To achieve this goal, it will be necessary the preliminarily examination of human dignity, its characteristics and doctrinal classification. The human dignity expresses it self in the Federal Constitution through fundamental principles, therefore needs to address such principles, examining their main characteristics. To reach a better understanding of the case law, it is appropriate to the study of constitutional interpretation. Once analyzed those purposes, comes the examination of the positioning of the Federal Supreme Court in some selected judged cases that involve the principle of human dignity.

Keywords: human dignity, fundamental rights, principles, interpretation, case law.

SUMÁRIO

I - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	10
1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO.....	10
2. NOÇÃO E DESDOBRAMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	23
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	33
II – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	49
1. ORIGEM HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS	49
1.1 Origem e natureza dos princípios	49
1.2 Noção e diferenças entre princípios e regras.....	61
1.3 Colisão e superação dos conflitos entre princípios	73
2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	80
2.1 Os princípios na Constituição da República de 1988.....	80
2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988.....	87
III - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	96
1. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	96
2. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	119
CONCLUSÃO.....	165
BIBLIOGRAFIA	170

Introdução

O presente trabalho de pesquisa teve origem diante da atual relevância do tema da dignidade da pessoa humana. Devido à abrangência, o tema foi direcionado para o estudo da dignidade da pessoa humana tal como assegurada em nossa Constituição e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Antes da análise de alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal faz-se necessário trilhar caminhos até o ponto jurisprudencial.

Em um primeiro momento relata-se o desenvolvimento histórico da dignidade da pessoa humana com suas vertentes relacionadas ao homem, e o caminho histórico percorrido pela dignidade da pessoa humana até sua positivação em nossa Constituição.

Diante da dificuldade em se definir o conceito de dignidade da pessoa humana, pois não existe uma consolidação doutrinária a esse respeito, o presente estudo busca demonstrar a noção do significado da dignidade da pessoa humana, por meio de aspectos que envolvem o termo.

Esses núcleos ou aspectos da dignidade da pessoa humana se dividem doutrinariamente em aspectos intrínsecos e extrínsecos, sendo que o aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana indica ainda as dimensões: individual e social.

Neste trabalho serão examinadas as características da dignidade da pessoa humana, como pressuposto necessário para o enfrentamento de questões, tais como a universalidade da noção, vale dizer: todo homem tem dignidade?

Tratar-se-á, também da amplitude da noção da dignidade da pessoa humana, que é abrangente e sustenta um rol de direitos necessários para sua concretização – os direitos fundamentais. Cuidar-se-á, ainda da obrigação prestacional positiva e negativa do Estado para a efetivação desses direitos e, conseqüentemente, da concretização da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana foi positivada pela primeira vez na Constituição da República de 1988. Essa positivação ocorreu pela consagração do princípio fundamental da dignidade humana o que demanda, neste trabalho, uma prévia análise do tema princípios na Constituição brasileira.

Tanto os princípios como os valores - dignidade da pessoa humana – possuem a mesma estrutura, ressalvadas algumas diferenças que serão abordadas

no decorrer desse estudo.

Considerando o foco deste trabalho, que é o exame da dignidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário abordar o assunto “interpretação constitucional” examinando-se os métodos tradicionais e as ferramentas interpretativas e sua adequação para a interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal. Posteriormente serão examinados casos já decididos ou que estão em julgamento na Suprema Corte e que abordam o princípio da dignidade da pessoa humana. Dentro desse contexto, buscar-se-á verificar a abrangência de tal princípio e sua caracterização doutrinária na jurisprudência do STF.

Assim, o trabalho será desenvolvido em três capítulos: o primeiro capítulo versa sobre a dignidade da pessoa humana trazendo à baila os aspectos históricos e características da dignidade, para em seguida fazer-se uma análise dos direitos fundamentais; o segundo capítulo expõe a dignidade da pessoa positivada em nossa Constituição, abordando os princípios que são a forma de expressão do valor em questão; o terceiro capítulo busca demonstrar os métodos de interpretação e posteriormente a leitura do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

I – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O tema deste trabalho tem seu direcionamento apontado para a dignidade da pessoa humana. Diante da importância e complexidade do assunto, virá à baila neste capítulo o aspecto histórico e as características da dignidade da pessoa humana, para a melhor compreensão do assunto. Os direitos fundamentais serão analisados para melhor se visualizar a aplicação da dignidade da pessoa humana pelo Supremo Tribunal Federal.

1. Desenvolvimento histórico

A dignidade humana, por ser inerente à pessoa, existe desde o surgimento do homem. Alexandre de Moraes¹ alude que em 1690 a.C. o Código de Hammurabi codificou a dignidade humana como um direito comum a todos.

Eduardo Carlos Bianca Bittar² atesta que, historicamente, quanto à dignidade humana: “[...] a noção não está ausente no pensamento grego, pois se manifesta na concepção cosmológica de responsabilidade ética dos estóicos [...]” que viveram por volta de 333 a.C. a 264 a.C. Andréia Sofia Esteves³ alega que o pensamento estóico⁴ atribui à dignidade da pessoa humana uma qualidade intrínseca existente em todos os homens. Ainda segundo o ensinamento da mencionada autora, a dignidade humana tem sua base na liberdade e na igualdade. Nesse sentido, Winfreid Brugger e Mônica Clarissa Henning Leal⁵ corroboram tal assertiva ao

¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 6.

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. *In*: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais**: positivação e concretização. Osasco: Edifício, 2006. p. 41.

³ GOMES, Andréia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 24 a 37

⁴ GOMES, Andréia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 24 a 37. A autora descreve que Zeno ou Zênon de Cítion foi o fundador da Escola Estóica por volta de 300 a.C, em Atenas, e pregava a ética e da busca da felicidade do homem.

⁵ BRUGGER, Winfreid; LEAL, Mônica Clarissa Henning. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: Análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *In*:

descreverem sobre a relação da dignidade da pessoa com a liberdade e a igualdade na atualidade:

A dignidade serve como referência para todas as Constituições modernas e para todos os instrumentos garantidores dos direitos humanos, sendo os seus elementos principais a liberdade e a igualdade [...].

Flávia Piovesan⁶ diagnostica a igualdade como: “[...] o direito à diferença, inspirado na crença de que somos iguais, mas diferentes, e diferentes, mas sobretudo iguais”.

Relato sobre a igualdade também aparece na Bíblia. O livro sagrado⁷ sacramenta que “[...] Deus criou o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou [...]”. É a idéia que o homem foi criado de acordo com a imagem e semelhança de Deus. Há vozes que proclamam que esse momento é o “apogeu da criação”⁸ devido a grande importância do ser humano.

Seguindo essa linha histórica religiosa, Eduardo Carlos Bianca Bittar⁹ anuncia que a dignidade humana “[...] ganha profundo alento com o desenvolvimento do pensamento cristão, especialmente considerada a cultura da igualdade de todos perante a criação”. Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰ confirma essa afirmação e manifesta que:

[...] para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência [...] de que o ser humano – e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Revista do Direito/ Universidade de Santa Cruz do Sul, Departamento de Direito. – N. 28 – julho/dezembro de 2007. Santa Cruz do Sul: Eunisc, 1994. p. 122. Citam em nota BRUGGER, Winfried. Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika. Tübingen: Mohr Seibeck, 1987.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad. 1998. pág. 137.

⁷ CHARBEL, Pde. Antônio. **Versão integral da Bíblia** (antigo e novo testamento) traduzida sob os auspícios da Liga de Estudos Bíblicos diretamente dos originais hebraicos, aramaicos e gregos. Gênesis, Capítulo I:27. São Paulo: Abril, 1965. p. 10.

⁸ CHARBEL, Pde. Antônio. **Versão integral da Bíblia** (antigo e novo testamento) traduzida sob os auspícios da Liga de Estudos Bíblicos diretamente dos originais hebraicos, aramaicos e gregos. Comentários ao Capítulo I-27. São Paulo: Abril, 1965. p. 9.

⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006. p. 41.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 4ª ed., revista atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 30 remete à C. Starck in Bonner Grundgesetz, p. 30.

Na baixa Idade Média¹¹, a dignidade estava diretamente vinculada à classe social da pessoa ou cargo que exercia (dependia de uma influência externa ao ser humano), onde uns teriam menos dignidade por pertencerem a uma classe social com menor aceitação entre as mais abastadas ou por exercer cargo ou função de menor prestígio social. Fábio Konder Comparato¹² historia esse período:

A partir do século XIII estabeleceu-se progressivamente a distinção entre *officium* (cargo ou função) e *dignitas*, para dela se extraírem importantes conseqüências jurídicas. Uma pessoa pode ter o atributo pessoal da dignidade, sem no entanto exercer cargo algum.

Na relação de dignidade com a liberdade, temos o primeiro relato de privação da liberdade descrito na Bíblia¹³, no momento em que foi retirada a liberdade de Adão entrar no paraíso, uma proibição em forma de sanção.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴ entende que a liberdade e o reconhecimento e a garantia do direito à liberdade “constituem uma das principais (mas não a única) exigência da dignidade da pessoa humana”. Winfreid Brugger e Mônica Clarissa Henning Leal¹⁵ conceituam a liberdade como “ [...] a possibilidade de escolher, implicando no direito de escolha em vários dos mais importantes âmbitos da vida [...]”.

¹¹ FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A idade média, nascimento do ocidente**. 2ª ed., nova edição revista e ampliada. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 158. O autor descreve em seu trabalho, os séculos da Idade Média como: Primeira Idade Média – século IV até meados do século VIII; Alta Idade Média – meados do século VIII até o fim do século X; Idade Média Central – início do século XI até o fim do século XIII; Baixa Idade Média – início do século XIV até meados do século XVI.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo. Companhia das letras, 2006. p. 480.

¹³ CHARBEL, Pde. Antônio. **Versão integral da Bíblia** (antigo e novo testamento) traduzida sob os auspícios da Liga de Estudos Bíblicos diretamente dos originais hebraicos, aramaicos e gregos. Gênesis, Capítulo III – 24. São Paulo: Abril, 1965. p. 10. “Expulsou o homem e colocou no lado oriental do Jardim...”. p.15.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 22.

¹⁵ BRUGGER, Winfreid; LEAL, Mônica Clarissa Henning. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: Análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *In*: **Revista do Direito/** Universidade de Santa Cruz do Sul, Departamento de Direito. – N. 28 – julho/dezembro de 2007. Santa Cruz do Sul: Eunisc, 1994. p. 117.

Canotilho¹⁶ faz distinção de liberdade e liberdades. No primeiro caso trata-se como sendo liberdade pessoal, ou seja, a liberdade física, ou qualquer liberdade relacionada ao impedimento de se movimentar. No segundo, cuida-se das liberdades ligadas às ações negativas do Estado, ou seja, “liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência”¹⁷ e outras.

Kant¹⁸ afirma que a indignidade ocorre com a coisificação do homem e talvez tenha sido essa a maior influência em relação à identificação da dignidade: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. De acordo com o exposto, Kant defende a autonomia do homem - sua liberdade de tomar decisões - destacando que o homem só pode ser tratado como objeto (meio), se assim aceitar, com seu aceite não estará afrontando sua dignidade, pois teve liberdade para decidir assim.

No século XVIII, após a Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 02 de outubro de 1789, serviu de base para o reconhecimento da dignidade humana e consolidou os ideais de igualdade e liberdade¹⁹ ligados ao jusnaturalismo. Alardeia que os representantes do povo francês²⁰:

resolvem expor em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem [...] para que as reclamações dos cidadãos fundamentadas daqui por diante em princípios simples e incontestáveis, venham a manter sempre a Constituição e o bem-estar de todos.

Dos direitos descritos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, merece destaque em relação ao tema em análise: “I - Os homens nascem e ficam

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 538-539.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 538-539.

¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Os pensadores. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 103 – 162.

¹⁹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001. p. 291/292. O autor retirou esse texto do livro *Éléments de Droit Public*, de Henry Nézard – 7ª ed. Rousseau et Cie., editores – Paris. 1946. Declaração dos direitos do homem e do cidadão. I – Os homens nascem e ficam livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundamentadas na utilidade comum.

²⁰ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001. p. 291/292. O autor retirou esse texto do livro *Éléments de Droit Public*, de Henry Nézard – 7ª ed. Rousseau et Cie., editores – Paris. 1946.

livres e iguais em direitos...”. Vê-se que logo no primeiro inciso da Declaração são descritas de maneira explícita a liberdade e a igualdade, que integram a noção da dignidade da pessoa humana.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão impõe o respeito ao próximo e explica o significado da “liberdade”²¹:

IV – A liberdade consiste em poder fazer tudo quanto não incomode o próximo; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão nos que asseguram o gozo destes direitos. Estes limites não podem ser determinados senão pela lei.

V – A lei só tem o direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade. Tudo quanto não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena.

Relativamente à lei, tal declaração prega o respeito ao próximo e afirma no seu inciso VI, segunda parte, que a lei: “...deve ser a mesma para todos [...] Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, sendo igualmente admissíveis a todas as dignidades...”. Assim busca-se a ratificação da igualdade de todos perante a lei.

Quase na metade do século XX, em 26 de junho de 1945, foi assinada a Carta de intenção de criação da Organização das Nações Unidas e em 24 de outubro de 1945 houve a ratificação da criação da Organização das Nações Unidas - ONU²². À época houve a adesão de 51 países e atualmente contabiliza-se o número de 192 países membros²³.

A ONU manifestou sua intenção na Carta de 1945, dispondo em seu preâmbulo que²⁴:

NÓS OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

²¹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001. p. 291/292. O autor retirou esse texto do livro *Éléments de Droit Public*, de Henry Nézard – 7ª ed. Rousseau et Cie, editores – Paris. 1946.

²² Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php> Acesso em: 04/09/2009.

²³ Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/conheca_países.php> Acesso em: 20/04/2009.

²⁴ Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php> Acesso em: 04/09/2009.

Na Carta da ONU ficam claros os objetivos de manter a paz entre os povos, em conformidade com os princípios da justiça, o desenvolvimento do respeito, da igualdade e da liberdade por meio da autodeterminação, fomentar o progresso social, e incentivar a melhora dos padrões de vida e direitos humanos”.²⁵

A Organização não poderá intervir na soberania jurisdicional dos Estados, porém, caso ocorra ameaça à paz, o Conselho de Segurança da ONU “poderá” decidir sobre as medidas cabíveis a serem tomadas sem utilização das forças armadas, como, por exemplo, interrupção das relações econômicas com os países membros, interrupção dos meios de comunicação, rompimento diplomático. Caso ocorra a necessidade de utilização das forças armadas, poderá haver bloqueios por meio da marinha, exército ou aeronáutica²⁶.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, teve grande importância no que tange à dignidade da pessoa, e, segundo Jayme Altavila²⁷, serviu como base da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana de 1948. O próprio autor²⁸ preconiza que, os direitos expressos na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana não foram uma criação nova e sim uma coletânea de direitos históricos, muitos deles retirados da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789.

Conforme ensina Petra Monteiro Fernandes²⁹: “Foi apenas no Século XX que se massificou uma ideia geral do verdadeiro valor da defesa dos direitos do homem e, conseqüentemente a própria dignidade humana”. De acordo com Eduardo Carlos Bianca Bittar³⁰, na modernidade a dignidade da pessoa humana recebe maior atenção, como se verá adiante. Nesse sentido Adriana Zawada Melo³¹ ensina:

Foi necessário que fossem amplamente vividos e divulgados os horrores da Segunda Guerra Mundial e dos regimes nazistas e

²⁵ Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/conheça_onu.php> Acesso em: 20/04/2009 e disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/doc1.php>> Acesso em 04/09/09.

²⁶ Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/doc4.php>> Acesso em 04/09/09. Artigos 40, 41, 42,43 da Carta da ONU.

²⁷ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001. p. 244.

²⁸ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed. São Paulo: Ícone, 2001. p. 243-250.

²⁹ FERNANDES, Monteiro Petra. O direito à segurança social enquanto ditame da dignidade da pessoa humana. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 1332.

³⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. *In*: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006 – p. 42.

³¹ MELO, Adriana Zawada. Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana. *In*: **Revista Mestrado em Direito/Unifio** – Centro Universitário Fieo, ano 7, número 1, 2007. p. 109.

fascistas, já no século XX, para que documentos internos e internacionais viessem a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor e/ou princípio fundamental.

Em 1948 a ONU elabora um documento jurídico, com a posituação da dignidade humana: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um dos documentos básicos das Nações Unidas e foi assinada em 1948 [...]”.³²

Favoráveis à proclamação dos Direitos Universais da Pessoa Humana votaram 48 representantes de Estados, sendo que oito se abstiveram, a saber, os representantes da Arábia Saudita, União Sul-Africana, a então Checoslováquia, Polônia, Ucrânia, Iugoslávia, Bielo-Rússia e a hoje desfeita União Soviética, não havendo nenhum voto contrário à elaboração da Declaração³³. O Brasil assinou a Declaração Universal do Homem, em 10 de dezembro de 1948.³⁴

Maria Helena Diniz³⁵ define o termo “declaração” como :

Ato pelo qual os Estados proclamam certos princípios de direito internacional, dispensando ratificação, por não ter coercitividade. Por exemplo [...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 [...] b) ato diplomático pelo qual duas ou mais nações firmam acordo sobre certo assunto.

Em relação à Declaração Universal dos Direitos do Homem ter força impositiva ou não, Anna Candida da Cunha Ferraz³⁶ alerta para existência de posicionamentos antagônicos e registra:

Os direitos enunciados não são por ela instituídos ou criados. São declarados, e como afirma em seu preâmbulo e já afirmava a Declaração de 1789, são enunciados para ser reconhecidos, lembrados e protegidos. Não tem por esta razão força impositiva, mesmo para os Estados que a assinaram [...] Sua observância deriva de sua força moral, política e de seus fins humanitários e generosos, centrados no ser humano global.

³² Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 04/09/2009.

³³ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001. p. 250.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio (coord.). Legislação Internacional Básica. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 359.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 19

³⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **A Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana**. Osasco: Edifício, 2008. p. 13.

Esse documento jurídico fortaleceu e positivou vários valores que estavam, de acordo com entendimento de Norberto Bobbio³⁷, “submersos”. São valores que servem de base, alicerce, para a elaboração das Constituições. Na Declaração, “...são enumerados direitos que todos os seres humanos possuem.”³⁸ Foi um amadurecimento do pensamento jurídico humanitário. Conforme avalia Anna Candida da Cunha Ferraz³⁹ sobre a Declaração Universal da Pessoa:

[...] simboliza a luta contra o maior dos retrocessos na evolução dos direitos humanos, representado pelo desprezo e pelo esquecimento, por parte de significativa parcela do mundo, daquele que é o mais significativo dos direitos humanos – a dignidade humana. É uma construção coletiva voltada, toda ela, para o ser humano.

O documento, ora em questão, foi classificado por Jayme de Altavila⁴⁰ como: “...a página mais brilhante do pensamento jurídico da humanidade e, em tese, o diploma de maior conquista.”

Flávia Piovesan⁴¹ constata que a segunda guerra mundial foi um rompimento dos direitos humanos, e após ela, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, houve a reconstrução desses direitos. A autora⁴² conceitua a Declaração Universal como sendo: “[...] marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos” e explica a definição⁴³ do valor da dignidade em relação à condição humana como valor intrínseco e sua importância:

[...] Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana, incorporada pela Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos

³⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 42.

³⁸ Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 04/09/2009.

³⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **A Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana**. Osasco – SP: Edifício, p. 7 – 8.

⁴⁰ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001. p. 243.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.18.

⁴² PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2000. p. 18.

direitos humanos. Todos eles introjetam, no marco do positivismo internacional dos direitos humanos, a dignidade humana como valor fundante.

A autora⁴⁴ citada alardeia a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem como sendo uma referência ética e jurídica para os povos, demonstrando a inserção da dignidade da pessoa no universo racional e lógico do positivismo.

Anna Candida da Cunha Ferraz⁴⁵ ensina que:

[...] a Declaração Universal, além de representar um fim em si mesmo, é ponto de partida, um impulso inicial para a realização dos direitos de toda humanidade: traça ela a pauta a ser perseguida pela humanidade contra o esquecimento e as violações dos direitos humanos.

A dignidade da pessoa foi utilizada nessa Declaração em diversos pontos: no preâmbulo⁴⁶ nota-se como objetivo do ato universal o reconhecimento formal da dignidade humana para homens e mulheres, enfim, a todos os seres humanos, e, como consequência, o reconhecimento dos direitos necessários para sua efetivação. Os direitos que servirão de meio para a concretização do princípio da dignidade humana serão baseados na liberdade, justiça e paz. Esses direitos não poderão ser alienados, doados, emprestados, e deverão ser respeitados pelos Estados-membros da Organização das Nações Unidas.

Jorge Miranda⁴⁷ entende a dignidade como sendo justificativa para a busca da qualidade de vida. Esta depende de diversos aspectos entre eles do trabalho. Sobre isso o artigo 23º, n. 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴⁸ diz: “Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

⁴⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **A Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana**. Osasco – SP: Edifício, p. 8 – 9.

⁴⁶ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher [...] Considerando que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdade fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. In: GARCIA, Maria. (coord.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, no. 45, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 83.

⁴⁸ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001. p. 300.

lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

Apesar da grande importância da Declaração e da adesão a ela por muitos países, como visto anteriormente, outros Estados não reconheceram nenhum dos princípios do documento – Declaração Universal do Homem - e continuaram vivendo em guerra, principalmente países do oriente e aqueles que misturam religião e Estado⁴⁹. Ana Paula de Barcellos⁵⁰ traz exemplos e ressalta:

As inúmeras Declarações e Pactos subscritos, bem como as Conferências promovidas nas décadas que se seguiram, não foram capazes de erradicar a violação comissiva (por vezes mesmo sistemática e institucional) ou omissiva (pelo desatendimento generalizado) dos direitos humanos em seus mais diversos aspectos [...] Exemplo, Biafra, na Nigéria dos anos 60.

Contudo, bom é que se frise que esse fato não diminuiu a importância do documento. Mesmo não sendo uma unanimidade entre os países, a Declaração Universal foi acolhida por outros tantos Estados, principalmente aqueles que estavam envolvidos na Guerra Fria. De acordo com Ana Paula de Barcellos⁵¹, sobre a concordância dos Estados na observação da dignidade da pessoa humana, “[...] parecia ser o único ponto de acordo teórico entre os países divididos pela Guerra Fria”. Os países do eixo capitalista e do socialista convergiam em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas não em relação aos outros princípios. Conforme visto, a dignidade da pessoa humana foi um importante passo em direção à paz entre os blocos rivais.

Após a elaboração da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, foram elaborados outros tratados internacionais⁵² que, apesar de não terem como

⁴⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Tema da aula: A dignidade da pessoa humana**. Disciplina: Direitos Humanos e Pós-Modernidade. Curso de mestrado em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário de Osasco – Unifieo - primeiro semestre de 2008.

⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed., amplamente rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed., amplamente rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

⁵² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad. 1998. pág. 66. Flávia Piovesan descreve tratado internacional como: “[...] termo genérico, usado para incluir as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais.” De acordo com informações disponíveis em: <www.onu-brasil.org.br/documentos.php>. Acesso em 08/10/2009 e tendo como fonte o Ministério das Relações Exteriores: “Os instrumentos mais comuns

foco principal a dignidade da pessoa humana, expunham sua consonância com a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana integrando a legislação básica internacional. Vejam-se, em breve relato, alguns desses tratados ou pactos.

Em 16 de dezembro de 1966 foi adotado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992⁵³. No preâmbulo consta a referência de que este Pacto é consoante a Declaração Universal de 1948, reafirmando o que foi disposto sobre a dignidade da pessoa humana e reconhecendo os direitos dela decorrentes⁵⁴.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos aborda a dignidade da pessoa humana em vários aspectos. Trata da autodeterminação política, social, cultural e econômica, com o devido respeito do Estado ao cidadão (artigo 1º); da adoção de medidas necessárias por parte do Estado para que não ocorra discriminação e para que haja a utilização dos devidos processos legais perante a lei (artigo 2º); da garantia de igualdade a homens e mulheres relativa ao gozo de direitos políticos e civis; não poderá ocorrer a suspensão de qualquer dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes pelos Estados signatários desse Pacto; da proteção do direito à vida. Quando houver pena de morte, ela somente poderá ocorrer em casos graves e nunca para menores de 18 anos e mulheres grávidas; do tratamento cruel, tortura, desumano, degradante; da escravidão e servidão; das arbitrariedades; do direito ao devido processo legal; das liberdades; da proteção à família, à criança; da igualdade.

para expressar a concordância dos Estados-membros sobre temas de interesse internacional são acordos, tratados, convenções, protocolos, resoluções e estatutos.

O termo **acordo** é usado, geralmente, para caracterizar negociações bilaterais de natureza política, econômica, comercial, cultural, científica e técnica. Acordos podem ser firmados entre países ou entre um país e uma organização internacional. **Tratados** são atos bilaterais ou multilaterais aos quais se deseja atribuir especial relevância política.

A palavra **convenção** costuma ser empregada para designar atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e que abordem assunto de interesse geral.

Protocolo designa acordos menos formais que os tratados. O termo é utilizado, ainda, para designar a ata final de uma conferência internacional. **Resoluções** são deliberações, seja no âmbito nacional ou internacional. **Estatuto** é um tipo de lei que expressa os princípios que regem a organização de um Estado, sociedade ou associação.”.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. *In*: GOMES, Luiz Flávio (coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 364, nota de rodapé.

⁵⁴ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – 1966. “No Preâmbulo: Os Estado-partes no presente Pacto, Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta da 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[...]”.

No mesmo ano da adoção do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e nos mesmos termos que o preâmbulo do pacto anterior indicado, foi elaborado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 16 de dezembro de 1966, sendo ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992⁵⁵. O mencionado Pacto tem como objeto promover o desenvolvimento dos Estados para concretização da dignidade da pessoa humana no âmbito social, cultural e econômico.

Em 22 de novembro de 1969 foi assinado pelos países membros da OEA (Organização dos Estados Americanos) o Pacto de San José da Costa Rica, chancelado pelo Brasil somente em 25 de setembro de 1992. Esse Pacto busca a consolidação do respeito ao ser humano, e dispõe explicitamente em seu artigo 11, sobre a Proteção da Dignidade:

Proteção da honra e da dignidade: 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas.

Dispõe ele sobre: o direito à vida (artigo 4º); à integridade pessoal (física, psíquica, moral) (artigo 5º, inciso 1); à liberdade pessoal (artigo 7º); à legalidade (artigo 8º); à religião (artigo 12); à livre consciência, pensamento e expressão (artigo 13), ao direito de resposta (artigo 14); reunião (artigo 15); associação (artigo 16); família (artigo 17); nome (artigo 18); aos direitos das crianças (artigo 19); à nacionalidade (artigo 20); à propriedade privada (artigo 21); ao direito de poder livremente ir e vir (artigo 22); aos direitos políticos (artigo 23 até o artigo 82).

Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁶ lembra a recente e importante Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, assinada em Nice, em dezembro de 2000, que assegura em seu artigo primeiro: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.”

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 381, rodapé.

⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. O Conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org). Constituição, **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2006. p. 117.

Com o advento dos documentos internacionais, as Cortes Internacionais passaram a decidir com base nos princípios universais, dentre eles o da dignidade, apoiando para que tivessem força normativa e com isso surgiu o pós-positivismo nas últimas décadas do século XX.

Luís Roberto Barroso faz uma síntese jurídica desse período histórico:

O Pós-Positivismo é uma superação do Legalismo, não com recursos a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete.

Atualmente preconiza-se o retorno de valores humanos ao Direito. De acordo com Luís Roberto Barroso⁵⁷, não houve a decadência do positivismo e sim sua “desconstrução”, com a superação do convencional e a introdução das idéias de “justiça e legitimidade”. Isso parece afastar o retorno do jusnaturalismo, “puro”, concentrado.

Isso posto, é justo argumentar que a dignidade da pessoa humana sempre existiu, mas foi apenas nas últimas décadas do século XX que ela adquiriu força universal. Tal fato fez com que os ordenamentos jurídicos fossem reconstruídos e passassem a inserir em seu conteúdo, como principal valor, como valor fundamental, a dignidade da pessoa humana seguida pela positivação dos direitos que lhe são inerentes.

Nesta esteira, adianta-se que o Brasil adotou o princípio da dignidade humana como o mais importante de todos os princípios, devido a sua funcionalidade dentro do sistema.⁵⁸ Esse assunto será abordado oportunamente, antes, porém, há que se estudar a noção da dignidade da pessoa humana.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: GRAU, Eros Roberto; Cunha, Sérgio Sérvulo da. (organizadores). **Estudos do Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 44.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 110. Daniel Sarmento⁵⁸ descreve a importância da positivação da dignidade da pessoa humana: “...consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo sistema pátrio de direitos fundamentais.”

BONAVIDES, Paulo, escreve no prefácio da 1ª ed. do livro **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, de Ingo Wolfgang Sarlet. 5ª ed., Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 16: “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana.”

2. Noção e desdobramentos da dignidade da pessoa humana

A palavra dignidade, de acordo com Plácido e Silva⁵⁹ significa:

Derivado do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a *qualidade moral*, que possuída por uma pessoa teve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público. Dignidade. Mas, em sentido jurídico, também se entende como a distinção ou honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação. No Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa decorrente de um cargo eclesiástico.

Verifica-se que a palavra dignidade tem várias acepções e modos de ser compreendida. Nesse estudo, alguns desses significados como “amor próprio”, “honra”, “qualidade moral”, “respeito” e “valores” serão levados em consideração, ao passo que outros serão descartados – virtude, autoridade, honraria concedida a uma pessoa, e outros – porque essa pesquisa deve ser feita pela vertente jurídica.

Vários doutrinadores expressam a dificuldade em determinar o conceito de dignidade da pessoa humana. Segundo Vander Ferreira de Andrade⁶⁰, “[...] o conceito de dignidade humana é de difícil definição e delimitação, haja vista que encerra múltiplas concepções e significados”.

Inês Lobinho Matos⁶¹ ensina sobre o conceito da dignidade da pessoa humana como: “...sendo um conceito dinâmico, varia mediante época e local, sendo ainda hoje um conceito impreciso e vago, que não implica uma concepção rígida e inflexível, mas sim um conceito activo, dinâmico, evolucionista e-a histórico”.

Otero Milagros Parga⁶² descreve em relação ao conteúdo da dignidade: “...su contenido es y sigue siendo, como se há dicho, muy difícil de definir.”

Autores há que se arriscaram a conceituá-la, como é o caso de Ingo Wolfgang Sarlet⁶³:

⁵⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 267.

⁶⁰ ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana: valor fonte da ordem jurídica**. São Paulo: Cautela, 2007 – p. 67.

⁶¹ MATOS, Inês Lobinho. A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, mormente, em matéria de direito penal e direito processual penal. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 84 - 85. A descrição da autora tem como base a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português.

⁶² PARGA, Milagros Otero. El valor dignidad. *In*: Direito. **Rev. Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela**. Vol. 12, número 1, 2003. p. 149.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.),

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Alexandre de Moraes⁶⁴ tem-na como sendo:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Os dois autores supracitados fizeram constar em suas definições algumas características-chave da dignidade da pessoa humana que serão úteis nesse estudo, como: qualidade intrínseca, condições existenciais mínimas, valor espiritual e moral.

O conceito da dignidade da pessoa humana não pode ser simplesmente estabelecido ou facilmente determinado, pois sua conceituação resulta de uma composição de vários valores, formando um complexo só. Conforme aduz Luís Roberto Barroso⁶⁵, a dignidade da pessoa humana é formada por um “conjunto de valores civilizatórios”. Esses valores, segundo o autor, formam núcleos que a compõem, como se verá a seguir.

A posição que se adota neste trabalho está baseada nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁶ e Alexandre de Moraes⁶⁷. Para se ter uma vida digna a

Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros. p. 52.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** trad. Ingo

dignidade da pessoa humana pode ser vista sob dois aspectos ou núcleos segundo Luís Roberto Barroso. O primeiro aspecto é aquele relacionado à qualidade intrínseca (característica apontada por Ingo Wolfgang Sarlet) e inerente (característica apontada por Alexandre de Moraes).

O aspecto intrínseco, inerente, é a parte mais difícil de ser explicada, não podendo fazer parte de um rol taxativo por motivo das inúmeras possibilidades existentes e a mutabilidade dos valores conforme o tempo, história, fatos, religiões, pessoas, ou seja, é um fator subjetivo.

O aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana está estritamente relacionado aos direitos fundamentais de primeira geração, assunto a ser visto no próximo capítulo. Seu desenvolvimento será baseado preponderantemente nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁸.

O aspecto intrínseco ou inerente ao homem é o valor inseparável da pessoa humana. De acordo com Plácido e Silva⁶⁹, a palavra “intrínseco” significa aquilo que: “...quer exprimir o que *vem ligado à coisa*, mostrando-se elemento que lhe é *essencial, indispensável*, ou lhe é *inerente*. E deve *vir dentro ou contido nela*.” (grifo no original). O termo inerente leva a um estado de inerência, que é definido pelo mesmo autor⁷⁰ como sendo: “*inseparabilidade*”. Diante disso não se pode ver a dignidade da pessoa humana desvinculada do ser humano. Eis o primeiro aspecto.

Com entendimento baseado em Ingo Wolfgang Sarlet⁷¹, o aspecto intrínseco (inerente ao ser humano) é dividido em duas dimensões da dignidade, que são: a dimensão natural ou individual (condição humana de cada indivíduo), que Alexandre de Moraes arrola como valor espiritual, e a dimensão social, que este denomina como valor moral.

Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18 - 27.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18 – 27.

⁶⁹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 769.

⁷⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 22ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 2003. p. 736.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18 - 27.

Esse aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão natural pode ser representado pelos instintos mais naturais do homem. Maria Helena Diniz⁷² define aquilo que é natural como: “...o que é próprio ou inerente a coisa, ato ou pessoa...”.

O aspecto intrínseco na dimensão natural, individual, da dignidade da pessoa humana é equivalente à definição exposta anteriormente por Alexandre de Moraes⁷³ como sendo “um valor espiritual”⁷⁴. Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁵ cita o Tribunal Constitucional da Espanha, que, baseando-se na Declaração Universal do Homem equipara a dignidade a um valor espiritual e moral, enquanto o Tribunal alemão entende que: “[...] cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal...”. O autor⁷⁶ afirma ainda que essa qualidade inerente ao ser humano não pode ser confundida com aspectos biológicos, como, por exemplo, as características físicas. Diante dessa afirmação, descarta-se qualquer associação da dignidade da pessoa humana com fatores físicos que possam gerar qualquer tipo de discriminação. Tome-se, como exemplo, a impossibilidade de se admitir o fato de ser considerado mais digno aqueles que nascem com olhos azuis.

Sendo a dignidade da pessoa, em seu aspecto intrínseco, natural, inerente ao próprio homem, cabe ressaltar algumas observações sobre o tema, como, por exemplo, o tempo de duração da dignidade da pessoa, a gradação e a universalidade.

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 335.

⁷³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 48. O autor descreve a dignidade da pessoa humana como: “...um valor espiritual e moral inerente à pessoa...”

⁷⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 318. Significado de espírito para o autor é: “essência”. Diante dessa definição, espiritual se equipara a essencial.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21 - 22 . Em relação ao Tribunal alemão, o trecho citado foi baseado na lição de Günter Dürig.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21 – 22.

Sobre a temporalidade da dignidade do homem, Eduardo Carlos Bianca Bittar⁷⁷ afiança que este período começa antes do nascimento do homem e se estende, para ele, até a sua morte. Peter Häberle⁷⁸ anuncia que os direitos fundamentais concretizadores da dignidade da pessoa humana são legitimados ao nascituro.

Quanto à gradação da dignidade da pessoa humana, cada pessoa possui valores intrínsecos naturais, individuais, espirituais ligados à sua dignidade de pessoa humana. Esse aspecto intrínseco da dignidade é variável de pessoa para pessoa, ou seja, uma atitude que afeta um ser humano pode não afetar outro na mesma intensidade. Se a pessoa tiver uma natureza mais emotiva, a possibilidade de sentir-se atingida em sua dignidade pode ser maior do que uma pessoa menos emotiva.

Sobre a universalidade, Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁹ destaca que todos os seres humanos possuem dignidade: não importa as atitudes que tenham, todos são dignos. Exemplo disso são os condenados por crimes que causam repúdio. Apesar da hediondez de seus atos, essas pessoas mantêm sua dignidade natural “[...] no sentido de serem reconhecidos como pessoas [...]”. O homem nunca poderá deixar de ter a dignidade durante a vida, e, mesmo que cometa o pior ato durante sua vida, não pode perdê-la, pois nasceu com sua dignidade e morrerá com ela. Neste mesmo sentido Augusto Silva Dias⁸⁰ mostra que: “...por mais hediondo que seja o crime praticado, e por mais censurável que seja a culpa revelada, o criminoso não perde a dignidade [...] portanto deve continuar a ser tratado condignamente...”.

⁷⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Tema da aula: A dignidade da pessoa humana**. Disciplina: Direitos Humanos e Pós-Modernidade. Curso de mestrado em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário de Osasco – Unifieo - no primeiro semestre de 2008.

⁷⁸ HÄBERLE, Peter. A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 171.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 20.

⁸⁰ DIAS, Augusto Silva. Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado*. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 784.

Conforme visto, a dignidade tratada no aspecto intrínseco em sua primeira dimensão, a natural, pode ser equiparada como uma parte espiritual⁸¹, não pode ser fisicamente observada, não pode ser fisicamente tocada, mas pertence àquela pessoa e desaparecerá apenas com a sua morte. É a dignidade mais instintiva do homem, nem por isso é considerada mais importante do que as outras como se verá a seguir.

O aspecto intrínseco, ainda possui uma segunda dimensão, conforme Ingo Wolfgang Sarlet. É a dimensão social, que se relaciona, na definição de Alexandre de Moraes como valor moral.

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁸², essa dimensão social é derivada do mundo externo, que agrega valores sociais ao homem. Esses valores não nascem com o homem, são frutos da sociedade, da sua evolução histórica e são absorvidos pelo homem. As pessoas quando nascem convivem em sociedade, no meio de pessoas que formam sua cultura, seus valores. Esses valores variam de grupos para grupos de acordo com o local, a história, a religião, a cultura e os costumes.

Torna-se impossível relacionar um rol de valores da dignidade, pois estes são variáveis. Essa variação é uma das grandes dificuldades encontrada pelo princípio da dignidade da pessoa tanto para sua conceituação como para sua concretização. Ana Paula de Barcellos⁸³ preleciona que essa dificuldade: “[...] está relacionada com o descompasso entre esses padrões supostamente universais e a realidade institucional e cultural de muitos países, especialmente os não ocidentais ou de tradições diversas das ocidentais [...].”

Há pessoas que possuem valores intrínsecos sociais totalmente diferentes. Um fato ocorrido em *Nova York* pode ser considerado digno para a pessoa e indigno no Afeganistão, por razões culturais ou religiosas. O valor religioso atribuído à vaca na Índia, e ao porco, pelos muçulmanos, genericamente não são aplicados no mundo ocidental. Não se pode olvidar o fato recente ocorrido na França sobre o uso

⁸¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22 –23.

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 – p. 164-165.

da burca⁸⁴. Nesse país existe a discussão sobre a proibição do uso da burca pelos muçulmanos, fato esse que está causando grande discussão. Outro exemplo de valor intrínseco social é o da poligamia nos países da África ou nas tribos indígenas no próprio Brasil e da condenação desse ato em países como os Estados Unidos, Brasil e tantos outros.

Então, até o presente momento, a dignidade da pessoa humana é composta pelo aspecto intrínseco (inerente ao ser humano). Esse aspecto intrínseco se comporta como um gênero que tem como espécies: a dimensão intrínseca natural – que alberga a liberdade; e a dimensão intrínseco social – que agasalha a poligamia.

É perceptível a dificuldade na definição da dignidade da pessoa humana no seu aspecto intrínseco, tanto se tratando da dimensão natural, como da dimensão social, ambos são fatores dosados de subjetividade e mutabilidade.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁵, a dignidade, no aspecto intrínseco, em sua dimensão social, os valores podem ser considerados semelhantes à maioria das pessoas que integram a mesma comunidade. Porém, no aspecto intrínseco, em sua dimensão natural, cada pessoa dessa comunidade leva consigo valores próprios, que não serão os mesmos para todos os indivíduos e que irão variar de intensidade em cada pessoa. Haverá assim, uma variação do que é digno para um é do que é digno para outro, ou seja, a dignidade irá variar para cada pessoa, mesmo que os valores sociais sejam os mesmos.

Assim, a análise da dignidade da pessoa humana deve ser individualizada. Antônio Junqueira de Azevedo⁸⁶ esclarece sobre a dificuldade na aplicação do princípio da dignidade devido à individualização desse valor ao dizer, que nessa hipótese: “impõe o trabalho de modelação porque, por exemplo, é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra...”.

O aspecto intrínseco, na dimensão natural ou individual, também considerado como valor espiritual, e o aspecto intrínseco, na sua dimensão social, atribuído como sendo um valor moral, não são suficientes para garantir ao homem sua dignidade.

⁸⁴ <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/nytimes/2009/09/01/ult574u9642.jhtm> Acesso em: 26/09/2009; http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid391781,0.htm Acesso em: 26/09/2009.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22 – 27.

⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *In*: **Revista dos Tribunais**. n. 797, marco de 2002. p. 19.

Diante disso, verificaremos a seguir, o segundo aspecto da dignidade da pessoa humana - o aspecto extrínseco material da dignidade da pessoa humana.

A época do Estado Liberal⁸⁷, o homem teve que se socorrer do Estado para poder sobreviver, devido à falta de recursos básicos materiais para se ter uma vida digna⁸⁸. Diante dessas dificuldades, realça-se como integrante da dignidade humana o seu aspecto extrínseco (ao ser humano), que está relacionado às condições materiais para se ter uma vida digna. Nesse sentido Wagner Balera⁸⁹, Ana Paula de Barcellos⁹⁰ e grande parte da doutrina entendem que esse aspecto material compõe a dignidade da pessoa humana.

O aspecto extrínseco material da dignidade da pessoa humana, pode ser delimitado como sendo o mínimo material essencial para que o ser humano possa viver com dignidade. Por exemplo: o saneamento básico, a educação, a moradia.

Luís Roberto Barroso⁹¹ descreve o aspecto extrínseco da dignidade da pessoa humana, denominando-o como núcleo material e composto:

[...] *do mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda, em elemento instrumental, que é o acesso à Justiça, indispensável para exigibilidade e efetivação dos direitos. (grifo no original)

O autor⁹² citado confirma sua convicção em afirmar que a dignidade da pessoa humana possui núcleos – aspectos intrínsecos e extrínsecos – quando anota que:

⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53. Fábio Konder Comparato⁸⁷ descreve que nesse período ocorreu uma "...brutal pauperização das massas proletárias...", essa exploração trabalhista desencadeou uma nova consciência sobre as necessidades mínimas do homem.

⁸⁸ SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 259 – 260.

⁸⁹ BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1342 –1359.

⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 135 – 174.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros. p. 52.

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

O aspecto material se relaciona aos direitos fundamentais, mais especificamente aos direitos sociais, assunto que será analisado posteriormente quando do estudo dos Direitos Fundamentais e o mínimo existencial.

Até o presente momento foram apresentados o desenvolvimento histórico, a noção e alguns desdobramentos da dignidade da pessoa humana.

Nesse tópico cabe ainda apontar, mesmo que brevemente, algumas características importantes da dignidade da pessoa.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet⁹³, essas características são a irrenunciabilidade e a inalienabilidade.

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de acordo com Anna Candida da Cunha Ferraz⁹⁴, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como: “ fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; relembra que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que afetaram , de modo cruel, a consciência humana”.⁹⁵

Plácido e Silva⁹⁶ define fundamento como “razão” ou “base” e explica: “O fundamento, pois, em relação às coisas, mostra-se a própria *razão de ser* delas.” (grifo no original). Podemos concluir, daí, que a dignidade da pessoa humana está descrita na Declaração Universal como uma razão para a positivação de todos os direitos ali envolvidos.

Os direitos positivados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana e que se fundamentam na dignidade da pessoa humana foram declarados

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros. p. 51.

⁹³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 4^a ed., revista atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42.

⁹⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **A Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana**. Osasco – SP: Edifício. p. 15.

⁹⁵ Preâmbulo da Declaração Universal do Direitos do Homem e do Cidadão: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;”

⁹⁶ SILVA. De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 373.

inalienáveis no próprio documento, em seu preâmbulo, que declara: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”.

Diante do exposto, sendo a dignidade da pessoa humana inserida na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa como a razão de todos direitos, a renúncia a esses direitos ou a alienação demonstrariam contradição ao objetivo da Declaração, que é fazer com que o ser humano tenha condição digna de vida.

Além do mais, seria inconcebível alienar ou renunciar a um valor inerente ao ser humano, de acordo com o aspecto intrínseco. José Afonso da Silva⁹⁷ conceitua a dignidade como:

[...] atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor intrínseco superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde na própria natureza do ser humano.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁸ atesta que:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.

Em síntese, diante do exposto, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana não tem sua conceituação definida, devido à subjetividade desse valor. Sua noção pode ser apontada por meio de suas características, desdobramentos e seus aspectos. A dignidade da pessoa humana é um valor inalienável e irrenunciável, sob o aspecto intrínseco. Em sua abrangência protege todas as pessoas - da concepção até a morte -, variando de pessoa para pessoa devido à sua subjetividade; mas todo ser humano possui dignidade, independentemente dos seus atos. A dignidade da pessoa humana é composta por núcleos ou aspectos: o intrínseco (dimensão

⁹⁷ SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros; Caio Tácito. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1998. p. 91.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17 - 18.

natural, individual e dimensão social) e o extrínseco (material). É dessa forma que a dignidade da pessoa humana será abordada no presente trabalho.

Para que ocorra a concretização da dignidade da pessoa humana, deverão ser obedecidos vários preceitos constitucionais que exigirão a prestação positiva ou negativa do Estado, preceitos tais que possuem uma relação direta com o citado princípio. É o que vem a seguir.

3. Direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana

Como até agora visto, existe uma inegável relação de dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Antes que se prossiga com o tema da dignidade da pessoa, é preciso que se discorra sobre os direitos e garantias fundamentais, contidos no Título II da Constituição da República, devido à sua importância na concretização do princípio fundamental da dignidade.

A realização dos direitos fundamentais é a realização da própria dignidade da pessoa humana; a não realização dos direitos fundamentais representa uma afronta ao princípio ora em questão. Os direitos fundamentais são direitos básicos do homem para que ele tenha uma vida digna; englobam o aspecto intrínseco e o aspecto extrínseco – material - da dignidade da pessoa humana. São direitos formados com o passar dos anos, ou seja, são direitos conquistados historicamente. A concretização dos direitos fundamentais representa, pois, a efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa como veremos a seguir.

Willis Santiago Guerra Filho⁹⁹ classifica o princípio da dignidade da pessoa como um princípio fundamental geral e os direitos fundamentais como princípios fundamentais especiais, que são a concretização do princípio fundamental geral da dignidade da pessoa humana.

Marcelo Novelino¹⁰⁰ historia que os direitos fundamentais são direitos “relacionados à *liberdade* e à *igualdade* criados com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana...”¹⁰¹ (grifos no original) e acrescenta:

⁹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed., rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005. p. 62.

¹⁰⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009. p. 359-372.

¹⁰¹ Liberdade e Igualdade como a base da dignidade é exposto por Andréia Sophia Esteves Gomes p.2. GOMES, Andréia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da

[...] existe uma relação de mútua dependência entre ela e os direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana [...]

Luiz Antônio Rizzatto Nunes¹⁰² adverte que: “a Constituição está posta na direção de implementação da dignidade no meio social”, contando para isso com a concretização dos direitos fundamentais. Sobre a concretização do princípio da dignidade da pessoa, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰³ emenda que: “[...] os direitos fundamentais, ao menos de modo geral, podem ser (e assim efetivamente o são) considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana [...]”.

Antônio Rulli Neto¹⁰⁴, seguindo a mesma linha dos autores supracitados, comentando a importância dos direitos fundamentais em relação ao princípio da dignidade da pessoa, assevera que os direitos fundamentais “[...] têm como cerne a concretização da dignidade humana.”

Os direitos fundamentais são direitos que foram conquistados com o passar do tempo, portanto históricos. Em cada época, de acordo com as necessidades humanas, esses direitos foram sendo conquistados e, ante suas características, foram divididos em gerações ou dimensões¹⁰⁵. A primeira dimensão ou geração

(coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 24 a 37.

¹⁰² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002 – p. 51.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 111.

¹⁰⁴ NETO, Antônio Rulli. Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto positivista. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 332.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 49. O autor explana sobre a diferença de dimensão e geração de direitos fundamentais: “...não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais...”. Nesse sentido o autor explica que dimensão tem um sentido cumulativo de direitos fundamentais e que o termo gerações induz ao entendimento de alternância desses direitos. O autor prefere a utilização do termo dimensões dos direitos fundamentais.

ocorreu durante o Estado liberal e é apontada por Anna Candida da Cunha Ferraz¹⁰⁶ como direitos de cunho negativo pelo Estado:

Na primeira dimensão, figuram as liberdades públicas em seu sentido estrito, produto peculiar da concepção liberal do Séc. XVIII, em que se firmaram direitos e liberdade do indivíduo frente ao Estado, especificamente como direitos de defesa contra o Poder, demarcando-se, assim, uma zona de não intervenção do Estado nessa esfera individual, nesse âmbito dentro do qual o indivíduo exerce autonomia da vontade.

Nessa primeira dimensão de direitos fundamentais, é garantida ao indivíduo a prestação negativa do Estado, ou seja, a não intervenção estatal. Segundo Marcelo Novelino¹⁰⁷: “Nesse período surgiram as primeiras Constituições escritas, consagrando direitos fundamentais ligados ao valor liberdade, os chamados direitos *civis e políticos*”. (grifos no original)

Anna Candida da Cunha Ferraz¹⁰⁸ elenca os direitos do homem conquistados na primeira dimensão:

...os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei; direitos que posteriormente são completados pelas liberdades em geral (liberdade de expressão coletiva- imprensa, manifestação, associação, reunião, culto, religião) e os direitos de participação política ou direitos de cidadania estrito senso (direito de voto, capacidade eleitoral passiva, igualdade de acesso aos cargos públicos etc.).

Durante a Revolução Industrial – Estado Liberal - surge uma grande classe social de operários assalariados que foram submetidos a condições desumanas. Fábio Konder Comparato¹⁰⁹ descreve que nesse período ocorreu uma “...brutal pauperização das massas proletárias...”. Essa exploração trabalhista desencadeou uma nova consciência sobre as necessidades mínimas do homem.

¹⁰⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006. p. 160.

¹⁰⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009. P. 362.

¹⁰⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006. p. 160.

¹⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53.

Carecendo de condições dignas de vida e proteção contra a exploração da iniciativa privada, o povo clama pela intervenção estatal. Assim o Estado é instigado a agir de modo positivo promovendo direitos fundamentais de segunda dimensão.

Conforme lição de Paulo Bonavides¹¹⁰, os direitos fundamentais de segunda dimensão surgem no fim do século XIX e dominam o século XX. São eles:

[...] direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.

Celso Lafer¹¹¹ manifestando-se sobre o assunto, mostra que o Estado passa a ser o sujeito passivo da segunda geração de direitos fundamentais. Ela proporcionou aos indivíduos o direito de exigir do Estado prestações sociais estatais como: “assistência social, saúde, educação, trabalho, etc”¹¹². Diante dessa nova realidade social, surge como característica desses direitos a exigência de um dever-fazer, de uma prestação positiva por parte do Estado.

Os direitos de terceira geração ou dimensão, desenvolvidos no século XX, referem-se aos direitos atribuídos a toda a coletividade. Assinala Erival da Silva Oliveira¹¹³ que eles: “englobam um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, uma qualidade de vida saudável, a autodeterminação dos povos, além de outros direitos difusos”. De acordo com Paulo Bonavides¹¹⁴, esses direitos têm como finalidade “o gênero humano”. São chamados de direitos de solidariedade ou de fraternidade. Norberto Bobbio¹¹⁵ diagnostica essa terceira geração destacando, devido sua importância, o: “...direito de viver num ambiente não poluído.”

Segundo Marcelo Novelino¹¹⁶, os direitos de quarta geração são os direitos ligados à “democracia, à informação e o pluralismo”. São direitos decorrentes da

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 564 – 565.

¹¹¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 51.

¹¹³ OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2003. p. 94.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed., atualizada. São Paulo. Malheiros Editores, 2006. p. 569.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 6ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992. p. 6.

¹¹⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009. P. 364.

globalização. Paulo Bonavides¹¹⁷ explica o significado de globalizar direitos fundamentais como: "...equivale a universalizá-los no campo institucional...". Norberto Bobbio¹¹⁸ entende por quarta geração de direitos como sendo: "...referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo". Em relação ao patrimônio genético e sua manipulação, na Constituição da República brasileira, encontra-se inserido um direito de quarta geração em um capítulo que dispõe sobre direitos de terceira geração. É o capítulo referente ao Meio Ambiente.

Na Constituição brasileira a dignidade abrange os dois aspectos até aqui examinados: o intrínseco (natural, individual e o social) e o material. O Estado deverá promover o cumprimento e a concretização da dignidade, que ocorrerá pela prestação positiva ou negativa na obediência dos Direitos Fundamentais que estão positivados na Constituição.

As quatro dimensões de direitos referidas foram positivadas em nossa Constituição da República de 1988. Esses direitos se encontram estabelecidos no Título II, em 5 capítulos a saber: Capítulo I - Dos direitos e deveres individuais e coletivos – artigo 5º ; Capítulo II – Dos Direitos Sociais – artigos 6º ao 11º e Título VII – da ordem social, de acordo com José Afonso da Silva¹¹⁹; Capítulo III – Da Nacionalidade – artigos 12 e 13; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos – artigo 14 e 15 ; Capítulo V – Dos Partidos Políticos – art. 17 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Os primeiros direitos fundamentais descritos na Constituição estão elencados no Capítulo I do Título II. Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²⁰ informa que esses direitos são: "os direitos da primeira geração, mais as garantias¹²¹."

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed., atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2006. p. 571.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 6ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992. p. 6.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 184.

¹²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.98.

¹²¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006. p. 160. Anna Candida da Cunha Ferraz cita os direitos do homem conquistados na primeira dimensão: "os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei; direitos que posteriormente são completados pelas liberdades em geral (liberdade de expressão coletiva- imprensa, manifestação, associação, reunião, culto, religião) e os direitos de participação política ou direitos de cidadania estrito senso (direito de voto, capacidade eleitoral passiva, igualdade de acesso aos cargos públicos etc.)."

Compõem os direitos e garantias do Capítulo I, Título II, de acordo com Anna Candida da Cunha Ferraz¹²²:

O desdobramento dos direitos-base-vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, arrolados no *caput* do artigo 5º – ao longo de 78 incisos revela a consagração de direitos antigos, de novos direitos, de desdobramentos dos antigos e dos novos direitos em vários incisos, de garantias específicas – proteção ao culto, escusa de consciência (art. 5º, VII, VIII), indenização por dano moral e material (art. 5º, X), gratuidade de ações e garantia de assistência jurídica visando a assegurar o acesso à justiça e o direito à cidadania (art. 5º LXXVII e LXXIV). De outro lado, aos remédios constitucionais admitidos nos textos constitucionais precedentes, novos remédios são acrescentados. Assim, a proteção jurisdicional das liberdades públicas e dos direitos em geral encontram proteção jurídica reforçada no *habeas corpus*, no mandado de segurança, no mandado de segurança coletivo, no mandado de injunção, no *habeas data*, e, ainda, na ação popular, que revestida na Constituição de 1988 torna-se, também, instrumento de proteção dos direitos particularmente dos de segunda geração (meio ambiente, por exemplo) e na ação civil pública (art. 5º, incisos LXVIII a LXXIII e art. 129, III).

Os direitos e deveres individuais e coletivos (título II capítulo I) em sua maioria são auto-aplicáveis e de aplicação imediata¹²³, ou seja, não dependem de norma regulamentadora para serem aplicados, salvo exceções que Anna Candida da Cunha Ferraz¹²⁴ exemplifica:

[...] o livre exercício que assegura cultos religiosos e garante, na *forma da lei*, a proteção dos locais de culto e sua liturgias; [...] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer[...].

No capítulo seguinte do Título II estão “Os direitos sociais” elencados no artigo 6º. São eles: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. No final desse artigo o legislador acresceu: “na forma desta

¹²² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais**: positivação e concretização. Osasco: Edifio, 2006. p. 161.

¹²³ Art. 5º, parágrafo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

¹²⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. in: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais**: positivação e concretização. Osasco: Edifio, 2006. p. 169 .

Constituição”. Esse complemento no final do artigo forma um elo entre o capítulo II do Título II e o Título VIII¹²⁵ e capítulos, que indicam os desdobramentos dos direitos sociais. O artigo 6º tem grande importância para o entendimento do aspecto extrínseco material¹²⁶ da dignidade da pessoa humana, pois funciona como diretriz de um mínimo de condições materiais para se viver com dignidade, como veremos adiante.

Segundo José Afonso da Silva¹²⁷, os direitos sociais são normas constitucionais que: “possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais”. Diante disso, percebe-se que o direito social está diretamente relacionado com os objetivos elencados pelo legislador de erradicar a pobreza, marginalização e diminuir as desigualdades sociais – artigo 3º, III - e a um mínimo existencial material (aspecto extrínseco da dignidade da pessoa) para uma vida digna objetivando a igualdade.¹²⁸

Várias são as classificações dos direitos sociais. José Afonso da Silva¹²⁹ classifica-os como: direitos sociais do trabalhador; direitos sociais da seguridade; (saúde, previdência e assistência social); direitos sociais à cultura e à educação; direitos sociais à moradia; direitos sociais da família, criança, adolescente e idoso; direito social ao meio ambiente. Anna Candida da Cunha Ferraz¹³⁰ anota que os direitos sociais englobam: “direitos econômicos, culturais e sociais” ligados à segunda geração de direitos fundamentais.

As normas da segunda geração dos direitos fundamentais, principalmente as que indicam direitos sociais, em sua maioria não são auto-aplicáveis e sim normas programáticas e que, de acordo com o entendimento de Anna Candida da Cunha

¹²⁵ O Título VIII – Da Ordem Social. Capítulo I – Disposição Geral – Artigo 193 descreve: “ A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”. Capítulo II – Seguridade Social, que engloba: a saúde, previdência social, assistência social; Capítulo III – Da Educação, Da Cultura e do Desporto; Capítulo IV – Da Ciência e Tecnologia; Capítulo V – Comunicação Social; Capítulo VI – Do Meio Ambiente; Capítulo VII – Da Família, Da Criança, Do Adolescente e Do Idoso; Do Capítulo VIII – Dos Índios.

¹²⁶ Neste sentido ver p. 22 –23 deste trabalho.

¹²⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2007 – p. 286.

¹²⁸ GOMES. Andréia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** . São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 24 a 37.

¹²⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007 – p. 286.

¹³⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006. p. 161.

Ferraz:¹³¹ “...indicam fins, programas, metas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade e que além da legislação complementadora demandam políticas públicas, medidas e atuação positiva dos poderes públicos.”, diferentemente das normas de primeira geração que em sua maioria são auto-aplicáveis e limitam a atuação do Estado em suas condutas.

José Afonso da Silva¹³² descreve a positivação dos direitos fundamentais como “situações jurídicas, objetivas¹³³ e subjetivas¹³⁴, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”. Os direitos fundamentais exercem uma função objetiva e uma função subjetiva. As duas funções são relevantes e necessárias para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais positivados (objetivos), Clemerson Merlin Clève¹³⁵ anuncia que:

[...] compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação)...incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. A *dimensão objetiva* também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais [...] (grifo original)

Sobre a função subjetiva, afirma que:

[...] *defesa, prestação e não discriminação*. Ou seja, os direitos fundamentais (i) situam o particular em condição de opor-se à atuação do poder público em desconformidade com o mandamento constitucional, (ii) exigem do poder público a atuação necessária para a realização desses direito, e, por fim, (iii) reclamam que o Estado coloque à disposição do particular, de modo igual, sem discriminação (exceto aquelas necessárias para bem cumprir o

¹³¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006. p. 169.

¹³²SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 179.

¹³³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 276. Descreve o direito objetivo como sendo: “É a *regra social obrigatória* imposta a todos, quer venha sob a forma de lei ou mesmo sob a forma de um costume, que deva ser obedecido.”

¹³⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 277 . Descreve direito subjetivo como: “o *poder de ação* assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais ou imateriais, do qual decorre a *faculdade de exigir* a prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento da obrigação, a que outrem esteja sujeito.”

¹³⁵ CLÉVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: GARCIA, Maria. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 14. Janeiro-março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 33.

princípio da igualdade), os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento [...]. (grifo no original)

Conforme as definições acima, percebe-se a vinculação entre o Poder Público e os direitos fundamentais, em suas diversas faces, tanto a negativa como a positiva.

A dignidade da pessoa humana não pode ser negada, é uma realidade. Para sua concretização, essa realidade necessita da intervenção do Estado. O princípio da dignidade da pessoa gera duas obrigações estatais, conforme apregoam Sidney Guerra e Lílian Márcia Balmant Emerique¹³⁶:

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de o respeitar, o proteger e o promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.

Assim, resta evidente que, relativamente ao Estado, há duas obrigações: a negativa e a positiva, para que ocorra a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange à obrigação negativa do Estado, pode-se afirmar que se trata de uma abstenção da atuação do Estado ou de uma limitação do poder do Estado em relação ao exercício do direito pelo indivíduo. Conforme afirma Daniel Sarmiento¹³⁷, com base na doutrina de Jellinek, no *status negativus* observa-se que: “...há o reconhecimento pela ordem jurídica de um espaço individual de liberdade, na qual não interfere o poder estatal.” O Estado tem a obrigação de não intervir, é uma obrigação de não fazer do Estado. Essa obrigação está relacionada aos direitos conquistados historicamente durante o Estado Liberal, que são os direitos fundamentais de primeira dimensão.¹³⁸ O Estado deverá cumprir o mínimo existencial relacionado aos direitos dessa dimensão.

¹³⁶ GUERRA, Sidney e Lílian Márcia Balmant Emerique. O princípio da dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. *In*: QUARESMA, Levi. **Revista da Faculdade de Campos de Direito de Campos**, ano VII, no 9, Campos dos Goitacases. Ed. FDC, Dezembro de 2006 – Semestral. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito de Campos. p. 386.

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259.

¹³⁸ Neste sentido ver p. 29 e 32 deste trabalho.

Quanto à obrigação positiva do Estado – que é o dever de prestação do Estado – Daniel Sarmento, seguindo Jellinek, assevera que é: “o que confere ao indivíduo o poder jurídico de reclamar alguma prestação positiva do Estado.” É uma obrigação do Estado de fazer.

A prestação positiva do Estado pode ocorrer em relação a fatores relacionados à obrigação negativa do Estado ou de particular, que não cumpriram o dever de abstenção que deveriam (obrigação negativa) ter cumprido ou a fatores materiais.

Na primeira hipótese – prestação positiva relacionada à prestação negativa - existe uma ordem jurídica positiva reconhecendo a não intervenção do Estado e de outras pessoas no espaço ou nas liberdades individuais. O Estado ou particulares invadem irregularmente esse espaço de liberdade individual de alguém. A pessoa ofendida por essa invasão poderá exigir do Estado que intervenha a seu favor. Essa intervenção a favor do cidadão é uma prestação positiva do Estado para preservação da prestação negativa que deveria ter ocorrido.

Na segunda hipótese - prestação positiva quanto a fatores materiais -, o Estado deve prestar aos indivíduos o mínimo existencial¹³⁹ para terem uma vida digna. A partir desse momento, aborda-se o aspecto extrínseco material da dignidade da pessoa humana.

Essa segunda obrigação está relacionada ao Estado Social. Winfreid Brugger e Monica Clarissa Henning Leal¹⁴⁰ rotulam esse *status positivo* para atuação do Estado como garantidor de “ [...] padrões mínimos de existência a todos os indivíduos do grupo”. De acordo com exposto anteriormente, a dignidade da pessoa se divide em dois aspectos: o intrínseco (natural e social) e no aspecto extrínseco (material). Os “padrões mínimos” descritos pelos autores supracitados configuram um mínimo de condições materiais que integra o aspecto extrínseco material da dignidade da pessoa humana.

¹³⁹ Esse fator está diretamente associado ao mínimo existencial ou mínimo essencial. Pág. 32, 33, 34.

¹⁴⁰ BRUGGER, Winfreid; LEAL, Mônica Clarissa Henning. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: Análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *In: Revista do Direito/* Universidade de Santa Cruz do Sul, Departamento de Direito. – N. 28 – julho/dezembro de 2007. Santa Cruz do Sul: Eunisc, 1994. p. 118.

Ana Paula de Barcellos¹⁴¹ assevera que a obrigação positiva do Estado, de cunho material, deve cumprir com o conteúdo mínimo essencial, para que não sejam adotadas as medidas judiciais cabíveis contra ele pela não prestação de serviços essenciais. O Estado é responsável pela concretização de padrões mínimos ou de um mínimo existencial, conseqüentemente responsável pela efetivação da dignidade da pessoa humana.

Nesse mesmo sentido, Clemerson Merlin Clève¹⁴² pontifica que o Estado, como poder prestacional, deverá prestar assistência de um mínimo existencial imediato para se ter uma vida digna. Esse mínimo existencial significa “uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais, [...] para observância deste mínimo [...] pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário [...]”

A concretização da obrigação positiva material do Estado envolve fatores como o cultural, social e econômico. Canotilho¹⁴³ demonstra a importância da atuação estatal:

Os poderes públicos têm uma significativa <<quota>> de responsabilidade no desempenho de tarefas económicas, sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição dos cidadãos prestações de vária espécie, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações, etc.”

Em se tratando da prestação positiva material do Estado, haverá o envolvimento de diversos seguimentos, dentre os quais, cita-se a economia. O Estado dependerá da disponibilidade de recursos financeiros para a concretização do princípio da dignidade da pessoa. Considera-se, ainda, que o fator econômico está diretamente atrelado aos direitos sociais na realização do mínimo essencial material. É exemplo desse entrelaçamento o “princípio da reserva do possível”.

Na verificação das duas obrigações do Estado, Winfreid Brugger e Mônica Clarissa Henning Leal referem-se ao Estado negativo como “...um *status* em que os cidadãos de um Estado podem autodeterminar-se no sentido de como querem viver

¹⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 2ª ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 – p. 283.

¹⁴² CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: GARCIA, Maria. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 14. Janeiro-março de 2006. *Revista dos Tribunais.* São Paulo. p. 38.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 538-541.

suas vidas e desenvolver sua personalidade [...]”¹⁴⁴. Nesse mesmo contexto os autores¹⁴⁵ citados assinalam que:

[...] a principal função dos direitos humanos e fundamentais é “negativa”, o que significa que estes direitos são dirigidos contra eventuais abusos do poder, contra a tirania e contra a soberania absoluta, impondo limites ao poder e aos governos.

Já Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁶ analisa a importância da intervenção estatal para dar e manter a dignidade do homem, sendo que, em determinados momentos, entende ser mais importante do que a autodeterminação do indivíduo. Assim, apresenta como exemplo a situação em que o indivíduo perde sua capacidade mental, o discernimento ou sua condição de executar suas necessidades básicas. Nesse caso o Estado não pode largá-lo à sorte. Deverá nomear um curador para que o indivíduo não perca sua dignidade juntamente com a sua autodeterminação, que não existe mais.

A Constituição da República direciona o Estado para a sua obrigação tanto negativa como positiva em seu artigo 3º, onde dispõe que são seus objetivos fundamentais constituir uma sociedade livre, sem preconceitos, erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades. Diante disso, observa-se não haver maior importância do *status* negativo do Estado em relação ao *status* positivo e sim a existência de um elo entre os dois *status*.

Corroborando com esse entendimento, Clémerson Merlin Clève¹⁴⁷ preleciona:

Admita-se que é duplo o papel do poder público neste particular. Deve abster-se, por um lado, é verdade, Mas, por outro, deve agir,

¹⁴⁴ BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônica Clarissa Henning. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: Análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *In: Revista do Direito/* Universidade de Santa Cruz do Sul, Departamento de Direito. – N. 28 – julho/dezembro de 2007. Santa Cruz do Sul: Eunisc, 1994. p. 116.

¹⁴⁵ BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônica Clarissa Henning. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: Análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *In: Revista do Direito/* Universidade de Santa Cruz do Sul, Departamento de Direito. – N. 28 – julho/dezembro de 2007. Santa Cruz do Sul: Eunisc, 1994. p. 122.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.* trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 32.

¹⁴⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In: GARCIA, Maria. Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 14. Janeiro-março de 2006. Revista dos Tribunais. São Paulo. p. 29.

para promover as iniciativas dirigidas à promoção de referidos direitos (educação para a cidadania, repartições públicas adequadas etc.), bem como os pressupostos para seu exercício (a inviolabilidade do domicílio pressupõe a existência de uma moradia; a liberdade de locomoção, nos grandes centros, pressupõe a existência de uma rede de transporte coletivo com acesso democratizado etc.).

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁸ reconhece a importância do Estado no papel de prestador do poder público e no seu dever de assegurar a dignidade humana por meio do respeito à liberdade, à vida, à igualdade, à integridade física, à integridade moral, à limitação do poder e a um mínimo existencial para uma condição de vida digna.

O mínimo essencial ou existencial, repise-se, é um dos aspectos dignidade da pessoa humana – aspecto extrínseco¹⁴⁹. Objetiva gerar um mínimo de bem-estar ao cidadão, oferecendo-lhe uma qualidade de vida digna por meio da justiça da igualdade social. Sobre o mínimo existencial, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵⁰, diz que tal noção não está expressamente consagrada “pelo nosso Constituinte, mas que encontra seu fundamento direto no direito à vida e no dever do Estado de promover as condições mínimas para uma vida com dignidade”.

Diante da complexidade do assunto em se apontar um rol de direitos que sejam considerados materialmente essenciais para o homem ter uma vida digna, a maioria da doutrina contempla os direitos sociais como mínimo existencial ou parte dele. É o que aponta Vidal Serrano Nunes Júnior¹⁵¹: “Tais direitos sociais, no estágio de nosso desenvolvimento social, são aqueles que mais bem concretizam a noção de dignidade humana...”.

Conforme registra Wagner Balera¹⁵², por meio do mínimo existencial ocorre a diminuição das diferenças sociais, culturais e econômicas¹⁵³. A dignidade da pessoa

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.

¹⁴⁹ Neste sentido ver p. 24 – 25 deste trabalho.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 4ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 p. 106.

¹⁵¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. O ministério público e a concretização do princípio da dignidade humana. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 279.

¹⁵² BALERA, Wagner; A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1358.

humana quando norteia o mínimo existencial tem como objetivo “proporcionar um mínimo de bem-estar, suficiente para que alguém possa conduzir-se neste mundo com certa qualidade de vida”, e, para se alcançar isso, devem ser concretizados os direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais.

O artigo 6º da Constituição da República é considerado como um norte, um rol não taxativo do mínimo material existencial, conseqüentemente de vital importância para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no aspecto extrínseco material.

Ricardo Lobo Torres¹⁵⁴ expande o rol de direitos que integram o mínimo existencial afirmando que tanto a prestação negativa do Estado como a positiva fazem parte do mínimo existencial. Expressa¹⁵⁵ sua convicção de que o conteúdo do mínimo existencial é mais abrangente até mesmo do que os direitos elencados no rol dos direitos fundamentais: “[...] Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável”.

O autor¹⁵⁶ supracitado considera mínimo existencial qualquer direito essencial ou qualquer direito que não possa ser descartado do ser humano. Nesse sentido o autor admitiu uma abertura maior do que as possibilidades elencadas como direito fundamental na Constituição da República.

Em contraposição, Ana Paula de Barcellos¹⁵⁷ procura minimizar o rol relativo ao mínimo existencial disposto na Constituição em quatro elementos, restringindo a amplitude atribuída pelos autores citados. Os quatro elementos são: “... três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.”

¹⁵³ Artigo 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

¹⁵⁴ TORRES. Lobo Ricardo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In*: SILVA, Carlos Medeiros. **Revista de Direito Administrativo**. Periódicos – I. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. Julho/setembro de 1989. p. 35.

¹⁵⁵ TORRES. Lobo Ricardo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In*: SILVA, Carlos Medeiros. **Revista de Direito Administrativo**. Periódicos – I. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. Julho/setembro de 1989. p. 29.

¹⁵⁶ TORRES. Lobo Ricardo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In*: SILVA, Carlos Medeiros. **Revista de Direito Administrativo**. Periódicos – I. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. Julho/setembro de 1989. p. 29 a 49.

¹⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 288.

Ainda existem dificuldades em saber qual é o mínimo existencial material, já que não existe um rol taxativo, muito embora os autores citados tenham contemplado de maneira unânime os direitos sociais como formadores desse mínimo essencial material. Existem dúvidas em saber se todos os direitos sociais do artigo 6º formam esse mínimo existencial material, ou se apenas alguns deles, ou, ainda, quais direitos devem ser acrescentados a ele para a formação do mínimo existencial. Nesse sentido, o que deve ser observado é a amplitude atribuída ao mínimo existencial. Dependendo da amplitude atribuída ao mínimo existencial - uma dimensão maior do que a dos direitos sociais - sua aplicação pode se tornar impossível.

De fato, a dignidade da pessoa humana é fundamento de diversos direitos, entre eles os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, repise-se, são direitos desenvolvidos ao longo da história. O respeito a esses direitos apontam para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Historicamente foram desenvolvidas quatro gerações de direitos fundamentais.

A primeira geração dos direitos fundamentais se relaciona prioritariamente ao aspecto intrínseco¹⁵⁸ da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais de primeira geração são auto-aplicáveis e exigem uma atuação negativa do Estado e de particulares. Caso essa atuação negativa não seja cumprida, o próprio Estado deverá ter uma atuação positiva.

Os direitos de segunda geração formam a base dos direitos que integram o aspecto extrínseco material¹⁵⁹ da dignidade da pessoa humana. Esse aspecto exige do Estado uma prestação positiva.

Os direitos sociais constitucionais servem de “norte” para termos a noção do mínimo material do aspecto extrínseco, mas ainda não existe uma posição definitiva doutrinária e jurisprudencial para os direitos que integram este aspecto da dignidade da pessoa humana. É dentro dessa atmosfera pouco favorável que se fará a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no Capítulo III, pois mesmo que não seja conclusiva, poderá indicar as direções apontadas sobre a hermenêutica constitucional.

¹⁵⁸ Neste sentido ver p. 19 deste trabalho.

¹⁵⁹ Neste sentido ver p. 24 – 25 deste trabalho.

A dignidade da pessoa humana está expressa na Constituição de 1988 por meio do princípio da dignidade da pessoa. Os princípios constitucionais possuem características próprias e merecem análise mais aprofundada, como se verá a seguir.

II – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A dignidade da pessoa humana, no Brasil, foi positivada pela primeira vez na Constituição da República de 1988. Para o bom desenvolvimento deste estudo, exige-se que se faça a análise dos princípios dentro da Constituição para que se aborde posteriormente o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988.

1. Origem histórica dos princípios

A dignidade da pessoa humana foi positivada na Constituição brasileira como “princípio da dignidade da pessoa humana”. O estudo dos princípios é essencial para o compreensão funcional dessa dignidade na Constituição e posteriormente para o entendimento de seu estudo jurisprudencial. Nesse sentido, serão abordados no presente capítulo as características dos princípios, os conceitos citados por diversos doutrinadores, a natureza e a parte histórica dos princípios, bem como uma breve noção de valores, a classificação dos princípios na Constituição da República e a técnica utilizada para solucionar a colisão entre os princípios.

1.1 Origem e natureza dos princípios

Na história da Humanidade observa-se a imposição de leis ao homem pela natureza ou pelo próprio homem. Há correntes que abrangem esse estudo, e, segundo Sílvio de Sávio Venosa¹⁶⁰, a primeira corrente doutrinária é denominada idealista (congrega doutrinas jusnaturalistas); a seguinte é a positivista.

O direito natural é o direito inicial do homem, ou seja, o direito intrínseco à sobrevivência. Apresenta essa definição uma grande semelhança entre o direito natural e a dignidade da pessoa humana, no seu aspecto intrínseco natural ou individual¹⁶¹.

¹⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Sávio. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. São Paulo: Atlas, 2004, p. 59 - 60.

¹⁶¹ Neste sentido ver. p. 19 – 21 deste trabalho

Paulo Nader¹⁶² anota que: O adjetivo *natural*, agregado à palavra *direito*, indica aquilo que não é criado pelo homem e que expressa algo espontâneo, revelado pela própria natureza (grifo original). No que concerne à corrente naturalista, Norberto Bobbio¹⁶³ afirma que o direito natural é um direito “por natureza”, que não foi convencionado pelo homem. Inezil Penna Marinho¹⁶⁴ explica que o direito natural é intrínseco ao homem:

Resulta das necessidades a que o homem deve satisfazer para assegurar a sua própria sobrevivência e a de sua prole e integrar-se na vida social cercado de dignidade e respeito [...] Se o homem é naturalmente ordenado para conservação da espécie pela reprodução, possui, conseqüentemente, um *direito natural* a contrair matrimônio e a gerar e criar a prole. Se para sobreviver necessita de alimentos e de abrigar-se contra as intempéries, possui um direito natural de alimentar-se e de possuir habitação. [...] Sentir a justiça sem precisar fundamentá-la no Direito Positivo, é sentir o Direito Natural.

Então, percebe-se que o direito natural é expresso pelo sentimento de justiça, baseia-se em valores independentes de sua positivação; é subjetivo e vincula-se totalmente aos instintos e ao próprio direito à sobrevivência, ou seja, é tudo aquilo de que o homem necessita para dar continuidade à sua vida. Esse direito é intrínseco ao homem, encontra-se enraizado nele.

O direito natural é tido como um direito concedido ao homem pela natureza. De acordo com P. R. Tavares Paes¹⁶⁵, é: “ um conjunto de regras e princípios justos, que a natureza espontaneamente confere ao homem”. Para Luís Roberto Barroso, a idéia do jusnaturalismo significa:

[...] o reconhecimento de que há na sociedade um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica que emana do Estado, isto é, independem do direito positivo, Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma Ética superior [...].

¹⁶² NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 367.

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

¹⁶⁴ MARINHO, Inezil Penna; MARINHO, Marta Diaz Lopes Penna. **Estudos das Diferenças entre o Jusnaturalismo, Historicismo, Sociologismo, Normativismo e Culturismo e o Jusnaturalismo no Brasil**. Brasília :Instituto de Direito Natural, 1980. p. 15.

¹⁶⁵ PAES. P. R. Tavares. **Introdução ao estudo do direito**. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997. p. 65.

Rui Samuel Espindola¹⁶⁶ refere-se aos princípios na fase do jusnaturalismo como: "...inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito...".

À época, os princípios estavam diante de sua mais antiga e tradicional fase, sendo possível afirmar que tal momento corresponde à era mais ancestral do direito dos homens. Para os adeptos dessa corrente, a justiça, bem como a ética, formavam a base dos princípios de direitos. Essas pilastras jurídicas decorriam de um direito amplamente subjetivo, causando assim insegurança jurídica por não se saber exatamente o que era determinado por elas¹⁶⁷.

Contrário ao jusnaturalismo, no positivismo os homens defendiam apenas as leis construídas pelos homens. O positivismo foi explicado por Norberto Bobbio¹⁶⁸ como sendo aquilo que é convencionalizado pelos homens, ou seja, são leis criadas por vontade de um legislador que abarcam diversas situações por meio do uso da razão.

É de se concluir que para os positivistas o direito precisa estar apoiado na lei escrita pelo homem, que buscava a tão almejada e suposta segurança jurídica. Sobre o assunto, Paulo Nader¹⁶⁹ preleciona:

O positivismo jurídico exalta o valor segurança, enquanto o jusnaturalismo não se revela tão inflexível quanto a este valor, por se achar demais comprometido com os ideais de justiça e envolvido com as aspirações dos direitos humanos.

Vários eram os defensores das duas correntes contrapostas – naturalistas e positivistas. Em que pese o fato de o direito natural caminhar lado a lado com o direito positivo ao longo do tempo, tais direitos não tiveram a mesma relevância em todos os períodos, destacando-se a alternância da prevalência de uma corrente sobre a outra, segundo Norberto Bobbio¹⁷⁰.

¹⁶⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

¹⁶⁷ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 117.

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

¹⁶⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 117.

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 42.

Na Idade Média, segundo Alexandre Travessoni Gomes¹⁷¹, a Igreja assumiu o pensamento jusnaturalista, que se transformou num jusnaturalismo cristão, tendo como grandes representantes Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho. Nesse mesmo período, porém, surgiram as primeiras sementes racionais com o avanço da medicina e das descobertas científicas.

Com fundamento nos ensinamentos de Eduardo Carlos Bianca Bittar¹⁷², seguem-se momentos e situações históricas conexas à implantação, de maneira paulatina, das idéias racionais que futuramente desencadeariam o positivismo. O autor¹⁷³ historia que, ainda na era Medieval¹⁷⁴, brotavam as primeiras sementes do positivismo:

[...] da ausência de controle intelectual das idéias a partir da liberdade de pensamento, de pesquisa, de descoberta e de divulgação científicas, vem se tornando uma realidade concreta e marcante, dando sinais de sua vitalidade a partir dos séculos XIII e XIV, consolidando-se três ou quatro séculos depois. O processo de germinação da modernidade dá-se uma vez plantada no espírito medieval a semente de sua própria corrosão: anseio de liberdade (comercial, intelectual, científica, religiosa) e a crença na razão. A fé religiosa, a crença em valores espirituais como determinantes da vida temporal, que imperava na mentalidade e no pensamento medievais, é, paulatinamente, substituída por uma fé racional, a crença em explicações racionais tornando-se cosmovisão necessária para a laicização cultural do Ocidente.

O choque da fé *versus* a razão se dá apenas em certo termos, pois, em verdade, o culto da razão substitui o culto da religião, a um ponto extremo em que os positivistas do século XIX inauguram um templo onde a deusa da razão é louvada com os mesmos rituais e a mesma pompa das atribuições de fé dos cultos cristãos tradicionais.

¹⁷¹ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2^o ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 70 - 87. Para um melhor entendimento, descreve os séculos da Idade Média o autor: FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A idade média, nascimento do ocidente**. 2^a ed., nova edição revista e ampliada. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 158: Primeira Idade Média – século IV até meados do século VIII; Alta Idade Média – meados do século VIII até o fim do século X; Idade Média Central – início do século XI até o fim do século XIII; Baixa Idade Média – início do século XIV até meados do século XVI.

¹⁷² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33 – 35.

¹⁷³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 36 - 37.

¹⁷⁴ FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A idade média, nascimento do ocidente**. 2^a ed., nova edição revista e ampliada. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 158. O autor descreve sobre os séculos da Idade Média como: Primeira Idade Média – século IV até meados do século VIII; Alta Idade Média – meados do século VIII até o fim do século X; Idade Média Central – início do século XI até o fim do século XIII; Baixa Idade Média – início do século XIV até meados do século XVI.

A expansão das idéias científicas, técnicas, e a tendência de substituir a fé pela razão, confirmam-se com o surgimento das várias escolas positivistas que, de acordo com Miguel Reale¹⁷⁵, pregavam a racionalização do direito durante a própria Idade Medieval¹⁷⁶ e a Idade Moderna¹⁷⁷. Segundo Miguel Reale¹⁷⁸ - no século XII – floresce a Escola dos Glosadores e no início da Idade Moderna – século XVI - a Escola Humanista com o aumento da jurisprudência. Durante o século XVIII surgiram outras escolas: na Alemanha os “pandectistas”, que seguiam o modelo vinculado ao Direito Romano; na França¹⁷⁹, após a Codificação do Código Napoleônico no século XIX, destaca-se a Escola Exegese, que, segundo descreve Miguel Reale¹⁸⁰, baseava-se na tese de que:

[...] o Direito por excelência é o revelado pelas *leis*, que são normas gerais escritas emanadas pelo Estado, constitutivas de direito e instauradoras de faculdades e obrigações, sendo o Direito um *sistema de conceitos* bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes. O verdadeiro jurista, pensam seus adeptos, deve partir do Direito Positivo. (grifo no original)

Nesse período de predomínio da razão, do crescimento do comércio entre nações, da ascensão da burguesia, diante de tantas mudanças, clamava-se por leis definidoras de comportamentos que oferecessem a suposta segurança jurídica. O predomínio da razão clamava pelo objetivismo da escola positivista. Eduardo Carlos Bianca Bittar¹⁸¹ confirma esse fato com vários relatos, dentre eles o que segue: “Entre os séculos XVII e XVIII [...]Era necessário *refundamentar* para que fosse

¹⁷⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17^a ed., São Paulo: Saraiva, 1996. p. 410 a 426.

¹⁷⁶ FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A idade média, nascimento do ocidente**. 2^a ed., nova edição revista e ampliada. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 158. Descreve os séculos da Idade Média como: Primeira Idade Média – século IV até meados do século VIII; Alta Idade Média – meados do século VIII até o fim do século X; Idade Média Central – início do século XI até o fim do século XIII; Baixa Idade Média – início do século XIV até meados do século XVI.

¹⁷⁷ O início da Idade Moderna ocorre com o final da Idade Média, nos meados do século XVI, após o final da Idade Média.

¹⁷⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17^a ed., São Paulo: Saraiva, 1996. p. 410 a 426.

¹⁷⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Tema da aula: A dignidade da pessoa humana**. Disciplina: Direitos Humanos e Pós-Modernidade. Curso de mestrado em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário de Osasco – Unifio - no primeiro semestre de 2008. Após a Codificação do Código Napoleônico, na França, a codificação das leis era sinônimo de desenvolvimento, impulsionando assim a positivação. NADER, Paulo, NADER, **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 117: “Entre os muitos efeitos produzidos pelo Código de Napoleão (Código Civil da França), no início do séc. XIX, pode-se acrescentar o fato de que condicionou inteiramente os juristas franceses ao valor segurança.”

¹⁸⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17^a ed., São Paulo: Saraiva, 1996. p. 415 - 416.

¹⁸¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 63.

possível *recomeçar*, a um ponto em que a dimensão do dito e do não-dito se fizesse a partir de produtos racionais humanos afirmadores da liberdade.”.

O mencionado autor¹⁸² prevê a necessidade da positivação das leis a partir do século XVII quando relata: “A afirmação da necessidade de um novo conjunto de regras jurídicas...não haveria de tardar [...]”.

A partir daí foram profundas as alterações que objetivaram equilibrar o relacionamento homem vs Estado. Continua o registro Eduardo Carlos Bianca Bittar¹⁸³:

Em substituição ao arbítrio, um Estado constitucional, em substituição aos princípios de direito natural, a regularidade da lei, em substituição à retórica argumentativa, procedimentos calculados de defesa e acusação no processo, no lugar da verdade real, a verdade formal, em substituição à investigação de provas, o quietismo da verdade dos autos [...]

Apesar de o racionalismo estar em ascensão, o direito natural permanecia reconhecido, pois não estava sendo eliminado e sim estava “submerso”¹⁸⁴. O direito natural permaneceu tendo função subsidiária ao direito positivo. A permanência do direito natural era necessária para o preenchimento das lacunas deixadas no ordenamento positivo, lacunas que eram negadas pelos juspositivistas do século XVII e XVIII, pois temiam reavivar os direitos naturais. Norberto Bobbio¹⁸⁵ prova a existência do direito natural, em tal período, quando cita a influência exercida pelo jusnaturalismo nas Constituições da Revolução Francesa e na formação da Constituição americana. Ele denuncia: “No pensamento do século XVIII têm ainda pleno valor os conceitos-base da filosofia jusnaturalista, tais como o estado de natureza, a lei natural...”.

¹⁸² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65.

¹⁸³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 84.

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 42. O autor utiliza o termo “submerso”.

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 42.

Com base em estudos de Norberto Bobbio¹⁸⁶, na metade do século XVIII e começo do século XIX, a escola histórica do direito, da Alemanha, radicalizou seu discurso em relação ao direito natural, preparando-se para que houvesse uma ascensão do positivismo. A esse fato agregam-se as codificações ocorridas no final do século XVIII e início do XIX, fortalecendo assim a tendência positivista jurídica.

Paulo Bonavides¹⁸⁷ pondera que,:

O advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos precipitaram a decadência do Direito Natural clássico, fomentando ao mesmo passo, desde o século XIX até a primeira metade do século XX, a expansão da doutrina do positivismo jurídico.

Nesse período as leis eram criadas como solução para todos os problemas existentes, e sua aplicação era extremamente técnica, ou seja, ocorrendo um fato, sua hipótese deveria ser tipificada na lei e haveria, na eventual aplicação de uma sanção, a subsunção. De acordo com Eduardo Carlos Bianca Bittar¹⁸⁸, a noção de direito passou a ser: "...tecnizada, esvaziada de conteúdo axiológico, voltado mais para a compreensão da idéia de que direito só pode ser entendido como direito positivo (*ius positum*), e o que está fora dele ou é invenção ou é idealismo relativista." Os positivistas, por serem racionalistas, preferiam o uso da técnica pela técnica à utilização da humanização do sistema com os princípios. A criação de leis era intensa nesse período. Quanto maior o número de codificações do Estado, mais desenvolvido, organizado e ordenado era considerado¹⁸⁹.

A função do direito natural no período positivista era a de servir de fonte normativa subsidiária para eliminar lacunas no ordenamento. Segundo Ruy Samuel Espíndola¹⁹⁰: " os princípios entram nos Códigos como fonte normativa subsidiária [...] O valor dos princípios está no fato de derivarem das leis, e não de um ideal de justiça...". Esse pensamento positivista prevaleceu até a metade do século XX.

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 45.

¹⁸⁷ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18^a. ed., atualizada. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 263.

¹⁸⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 70.

¹⁸⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Tema da aula: A dignidade da pessoa humana**. Disciplina: Direitos Humanos e Pós-Modernidade. Curso de mestrado em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário de Osasco – Unifieo - no primeiro semestre de 2008.

¹⁹⁰ ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

No final do século XIX, havia uma expectativa de que o século XX seria uma época promissora, com grande desenvolvimento nas esferas tecnológica, medicinal, econômica¹⁹¹. Contrariamente a tudo isso, foi um período de duas grandes guerras mundiais e de imensuráveis barbáries ocorridas durante regimes totalitários.

Sobre o assunto, Eduardo Carlos Bianca Bittar¹⁹² acentua:

Apesar de no século XX terem-se consolidado as legislações e as codificações de diversos países (europeus, sul e norte-americanos, asiáticos...), de terem-se multiplicado as nações democráticas, de terem-se os esforços tratadísticos de manutenção da paz mundial, de ter-se desenvolvido a lógica dos direitos humanos de modo mais expandido e global, nada disso evitou a condução da humanidade a diversos momento e instantes em que se pensou e se vivenciou o extermínio geral, o fim das condições de sobrevivência para todas as formas de vida sobre a Terra [...]

Durante as barbáries dos regimes totalitários, no século XX, as leis foram manipuladas pelos detentores do poder. Conforme diagnostica Hannah Arendt¹⁹³: “A afirmação monstruosa e, no entanto, aparentemente irresponsável do governo totalitário é que, longe de ser ‘ilegal’ , recorre à fonte de autoridade da qual as leis positivas recebem a sua legitimidade final [...]”. Assim os detentores do poder nos regimes totalitários possuíam um poder legalmente infundável nas mãos.

Os detentores do poder – governantes - manipulavam as massas e impunham o terror e o totalitarismo (nazismo, fascismo, comunismo, ditaduras)¹⁹⁴. Apoiados em suas soberanias e com base tanto em leis como em normas de extermínio, fechavam-se para o restante do mundo buscando apenas suas ideologias.¹⁹⁵

¹⁹¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Tema da aula: A dignidade da pessoa humana**. Disciplina: Direitos Humanos e Pós-Modernidade. Curso de mestrado em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário de Osasco – Unifieo - no primeiro semestre de 2008. A mesma idéia está exposta : BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 92.

¹⁹² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.92.

¹⁹³ ARENDT, Hannah, **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 513.

¹⁹⁴ ARENDT, Hannah, **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 355 – 389.

¹⁹⁵ ARENDT, Hannah, **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 520 – 526.

Luís Roberto Barroso¹⁹⁶ relata esse período:

[...] a decadência do Positivismo é emblematicamente assoada à derrota do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha[...] Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da II Guerra Mundial a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

Ante tudo isso, verificou-se a necessidade da criação de um mecanismo que cessasse esses fatos, ou os minimizasse. Eduardo Carlos Bianca Bittar¹⁹⁷ informa que:

[...] dos efeitos da bomba atômica, da multiplicação das guerrilhas....que não trouxeram consigo somente morte e destruição, horrores e abusos, mas também todo um processo de contestação de valores, um despontar de novas idéias, um renovar dos modos e práticas sociopolítico-jurídico [...]

Com a necessidade de humanização dos ordenamentos jurídicos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, positivou vários valores, como o da dignidade da pessoa humana¹⁹⁸. Esses valores atuam como princípios universais com fundamento nessa dignidade. Servem de alicerce, para a elaboração das constituições, conforme leciona Luiz Antônio Rizzatto Nunes¹⁹⁹ sobre a elaboração da Declaração: “Não só se elaborou um ‘documento jurídico’, que é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como também o pensamento mais legítimo incorporou valores para torná-los princípios universais”.

Sobre a importância da Declaração Universal do Homem, leciona Jorge Miranda:²⁰⁰

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *GRAU, Eros; CUNHA Sérgio Sérvulo da.* (organizadores). **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 42-43.

¹⁹⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.92.

¹⁹⁸ Preâmbulo da Declaração Universal: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana [...]”

¹⁹⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.26.

²⁰⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: tomo I. Preliminares: o Estado e os Sistemas Constitucionais. 6ª ed., Coimbra: 1997. p. 93.

Nasce a proteção internacional dos direitos do homem, ou seja, a promoção, por meios jurídico-internacionais, da garantia dos direitos fundamentais relativamente ao próprio Estado de que cada um é cidadão.....tem por causa....sobretudo o repúdio da opressão feita por regimes políticos de vários sinais ideológicos e a consciência universal da dignidade da pessoa humana que vai se formando.

As Cortes Constitucionais passaram a decidir com base nos princípios universais e nos direitos derivados deles – princípios constitucionais²⁰¹-, apoiando para que tivessem força normativa e com isso surgisse o pós-positivismo nas últimas décadas do século XX.

Os princípios deixam de ser fontes subsidiárias para serem a fonte principal do direito. Com a preocupação de se fazer justiça e com a Declaração Universal do Homem, os princípios universais tornam-se modelo orientador para as Constituições dos Estados e passaram a ter normatividade. Adverte Luiz Antônio Rizzatto Nunes:²⁰²

Não se pode permitir textos constitucionais que violem esses princípios, sob pena de repúdio – efetivo – universal [...] Se algum sistema jurídico, se alguma norma permitir o abuso, ela e ele hão de ser tidos como ilegítimos e inválidos. Esse o sentido posto por esses princípios universais éticos-jurídicos.

Com isso, as constituições dos Estados passam a ser um canal aberto de regras e princípios. Com a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, o Brasil extraiu dos Direitos Humanos (gerais) seus princípios fundamentais (específicos) e os elencou nos capítulos de I a IV e positivou os direitos e garantias fundamentais. Segundo Robert

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 27. O autor cita acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional Portugal. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4^a ed., rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005. p. 68 – 69: O autor se reporta aos casos que são levados aos Tribunais: “São os chamados *hard cases*, as questões mais tormentosas, aquelas que terminam sendo examinadas no exercício da jurisdição constitucional, as quais não se resolve satisfatoriamente com o emprego apenas de regras jurídicas, mas demandam o recurso aos princípios...”

²⁰² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio Constitucional da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26.

Alexy²⁰³, os direitos fundamentais são compostos por regras e princípios, e isso será apresentado nesse estudo posteriormente.

O objetivo do direito é a busca da justiça. Para isso é necessário que exista um ordenamento jurídico regulando as condutas. Flavia Piovesan²⁰⁴ observa que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é: "...um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados." .

Para um melhor entendimento dos princípios, urge verificar sua relação com os valores.

Robert Alexy²⁰⁵ pondera que:

o modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom).

Segundo a ponderação acima, aos valores é atribuída a característica de ser "bom", de ser "melhor". Exemplifica-se citando o texto de Robert Alexy²⁰⁶ que descreve o caráter *prima facie* visto pelo ângulo dos valores: " é *prima facie* o melhor" (grifo no original). Aos princípios, o autor atribui a característica de "dever". Utilizando o mesmo exemplo do texto de Robert Alexy, o *prima facie* visto pela vertente dos princípios significa: " *prima facie* devido;" (grifo no original). Robert Alexy²⁰⁷ proclama: " No direito o que importa é o que deve ser.".

Luís Roberto Barroso²⁰⁸ ensina que: "...o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva".

Pois bem. Os princípios expressam valores, comandando-os como um "dever", ou seja, os princípios irão instrumentalizar para o campo jurídico os valores, para que estes sejam realizados. Os valores, por serem expressos e

²⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed., alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 141.

²⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad. 1998. p. 78.

²⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed., alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 153.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed., alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 153.

²⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed., alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 153.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: GRAU, Eros; CUNHA Sérgio Sérvulo da. (organizadores). **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 50.

instrumentalizados por princípios, deverão ser realizados em sua maior proporção – assunto que será visto no decorrer deste trabalho nas características dos princípios. Essa expressão dos valores por meio dos princípios nos ordenamentos jurídicos indica humanização dos ordenamentos.

Para Paulo Nader²⁰⁹, os princípios servem como base de sustentação do direito e os valores dão sentido aos princípios. Dessa forma, sem valores os princípios não existem. Willis Santiago Guerra Filho²¹⁰ cita que “nos princípios há uma referência direta a valores.”

Diante disso, percebe-se que os princípios jurídicos e os valores estão associados. Robert Alexy²¹¹ expõe que por um lado: “...a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual de valores.”

É Walter Claudius Rothenburg²¹² quem atesta que os princípios constituem “... expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas...”. Os princípios universais são expressão de valores e, além disso, irradiam seus efeitos pelo ordenamento jurídico, como será visto posteriormente.

Maria Helena Diniz²¹³ cita duas definições de valores jurídicos de acordo com a filosofia do direito:

1. São aqueles que devem ser assegurados pelo Estado por serem supremos e por estarem fundados na harmonia social, perseguidos na ordem interna e internacional, para solucionar de modo pacífico as controvérsias, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.
- 2 Pautas axiológicas ou ideais reais do ordenamento jurídico que devem servir como diretrizes para o jurista e aplicador do direito.

Percebe-se claramente a simetria da primeira parte da definição da autora com os valores dispostos no preâmbulo da nossa Constituição da República: “ a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”

²⁰⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24^a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 194.

²¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4^a ed., rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005. p. 56.

²¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5^a ed., alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144.

²¹² ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**: Segunda tiragem com acréscimos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 16-17.

²¹³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 696.

Em um segundo momento, tem-se referência aos valores como pautas 'axiológicas'. Com referência à axiologia, a própria autora²¹⁴ define como um campo que tem sua ocupação com os: "...problemas dos valores do direito, indicando as finalidades deste, cuidando da questão da justiça e dos demais valores que deve perseguir o ordenamento jurídico.". Fábio Konder Comparato²¹⁵ indica uma classificação normativa dos valores de acordo com a sua ordem de importância com a dignidade da pessoa humana; a verdade, a justiça, o amor, a liberdade, a igualdade, a segurança e a solidariedade.

Retomando o já exposto, observa-se que os princípios como razão ética eram defendidos pelos jusnaturalistas. Ficaram, porém, "submersos"²¹⁶ em um período em que o positivismo teve seu ápice. Retornaram na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, já quase na metade do século XX, como expressão de valores ligados à justiça; o da dignidade da pessoa humana, inclusive. Esses valores introduzidos pelos princípios nos ordenamentos jurídicos deverão acompanhar e funcionar de acordo com as características dos princípios.

Para um melhor entendimento do funcionamento dos princípios dentro do ordenamento jurídico, cabe examinar sua noção e suas características.

1.2 Noção e diferenças entre princípios e regras

Apesar do esforço na tentativa de transmissão de um conceito sobre princípios, sua definição é tarefa complexa devido à sua amplitude e subjetividade. Sendo assim, abordar-se-á a noção de princípios por meio de suas características.

Em um primeiro momento, analisa-se o significado da palavra princípio. Quanto ao termo *princípio*, explana Sérgio Sérulo da Cunha²¹⁷:

Os gregos diziam *arque*, e a esse termo os dicionários costumam se referir tal qual o fazem com relação a *principium*: arque significa "a

²¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 364.

²¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 2006. p. 509.

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Biní, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 42.

²¹⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261.

ponta”, “a extremidade”, “o lugar de onde se parte”, “o início”, “a origem”.

No termo *principium*, porém, há mais do que um *arque*. *Principium*, tal como “príncipe” (*princeps*) e “principal” (*principalis-e*), provém de *primum* (primeiro) + *capere* (“tomar”, “pegar”, “aprender”, “capturar”). *Primum capere* significa “colocar em primeiro lugar”. Assim, ao nascer, o termo “princípio” não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que é colocado em primeiro lugar, aquilo que se toma devendo estar em primeiro lugar, aquilo que merece estar em primeiro lugar. (grifo no original)

A explanação do autor remete ao entendimento da importância do termo princípio, sendo aquele que deve vir primeiro, que, localizado dentro de um ordenamento jurídico, ocupará posição prioritária.

Diante da complexidade do tema, importa fazer esclarecimentos para um melhor entendimento. O termo “princípios” recebe complementos distintos e, dependendo desses complementos, pode ser interpretado de maneira diversa. O termo “princípios” sem especificação proporciona confusão naqueles que lêem, pois dos “princípios” podem derivar: princípios constitucionais, princípios fundamentais, princípios universais, princípios gerais do direito. Assim, carece ser feita uma pequena, mas necessária, distinção de alguns desses termos.

Os termos “princípios ético-jurídicos”, “princípios universais”, “princípios superiores” diante do até então exposto, são aqueles que partem do jusnaturalismo²¹⁸ e expressam valores históricos básicos²¹⁹. Prestam-se como direcionadores para os legisladores constitucionais dos Estados deles se utilizarem na elaboração de suas constituições, tornando-os concretos²²⁰. Podem ser citados, como exemplo, os “princípios universais do homem”, que são princípios universais que foram positivados para servir de pólo orientador universal. Canotilho²²¹ considera os princípios universais como sendo: “*historicamente objectivados (sic) e*

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: GRAU, Eros; CUNHA Sérgio Sérvulo da. **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36. No jusnaturalismo: “Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há na sociedade um conjunto de valores...” Esses valores são expressos pelos princípios. BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18^a. edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 259-260. O autor descreve com base em Flórez-Valdés: “...a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais do Direito...em forma de ‘axiomas jurídicos’”. P. 261.

²¹⁹ Neste sentido ver p. 11 - 12 deste trabalho e ver também NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996 – p. 24: “Esses princípios superiores estão fincados na experiência histórica da humanidade...”.

²²⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19.

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1148.

progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional’. (grifo no original).

Sobre os princípios superiores, universais ou ainda ético-jurídicos, Luiz Antônio Rizzatto Nunes²²² ensina:

Esses princípios superiores estão fincados na experiência histórica da humanidade e na sua evolução científico-filosófica. Por isso é necessário extrair esses elementos daquilo que autenticamente a evolução humana propiciou [...] a partir da segunda metade do século XX, a razão jurídica é uma razão ética, fundada na garantia de intangibilidade da dignidade da pessoa humana, na aquisição da igualdade entre as pessoas, na busca efetiva da liberdade, na realização da justiça e na construção de uma consciência que preserve integralmente esses princípios.

Conforme preceitua Luiz Antônio Rizzatto Nunes²²³, eles fazem parte de um sistema ético-jurídico que funciona como mandamentos gerais, além de serem “norteadores de todas as normas jurídicas” tanto na sua aplicação, interpretação como na elaboração. Tome-se como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Carlos Maximiliano²²⁴, por meio da descrição do ordenamento jurídico positivado, demonstra a dimensão dos princípios superiores:

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. (grifo no original)

O presente estudo é voltado ao princípio da dignidade humana, que é considerado um princípio universal, e que foi adotado pela Constituição da República. Assim, este princípio é também um princípio fundamental constitucional.

O ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas, que, conforme conceituado por Robert Alexy²²⁵, são: “o significado de um enunciado normativo”. O

²²² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 24 – 25.

²²³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19 – 27.

²²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 241.

²²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5^a edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

enunciado normativo é a letra da lei, ou seja, a norma é aquilo que a lei quer dizer, é o comando indicado, transmitido pela lei.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes²²⁶ conceitua as normas como sendo:

[...] um comando, um imperativo dirigido às ações dos indivíduos – e das pessoas jurídicas e demais entes. É uma regra de conduta social; sua finalidade é regular as atividades dos sujeitos em suas relações sociais. A norma jurídica imputa certa ação ou comportamento a alguém, que é seu destinatário [...]

As normas abrangem tanto as regras como os princípios constitucionais. As normas são o gênero, de acordo com Canotilho²²⁷ e Robert Alexy²²⁸, e as regras e os princípios são espécies. Ambos têm fundamento no dever-ser, ou seja, possuem caráter normativo.²²⁹

Tanto as regras quanto os princípios estão no mesmo patamar hierárquico constitucional, porém, em relação ao caráter funcional, os princípios são superiores às regras²³⁰. Luís Roberto Barroso²³¹ leciona que os princípios têm uma atuação mais destacada dentro do sistema jurídico com funções distintas das regras.

Nesse estudo serão apresentadas as diferenças entre regras e princípios. Dessa forma é possível ter uma melhor noção da aplicação dos princípios e de seu alcance.

A diferenciação entre regras e princípios ocorre por meio de suas características. Para Robert Alexy²³², a distinção entre regras e princípios é “a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.

²²⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141.

²²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

²²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87. Sobre os princípio e regras: “...ambos dizem o que deve ser...”.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *GRAU, Eros; CUNHA Sérgio Sérvulo da.* (organizadores). **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *GRAU, Eros; CUNHA Sérgio Sérvulo da.* (organizadores). **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46.

²³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 85.

A doutrina utiliza vários critérios para diferenciar as regras dos princípios. Sobre isso Robert Alexy²³³ apregoa que: “...Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia vacilante”. Interpretando esse entendimento, parece que o autor se refere aos diversos critérios existentes na doutrina para diferenciar os princípios das regras e às várias denominações atribuídas a um mesmo critério diferenciador. Como exemplo pode-se citar o critério da generalidade – descrito assim por Robert Alexy - como equivalente ao critério da abstração – descrito por Canotilho. Esses critérios serão estudados ao longo desse trabalho.

O critério da “abstração”, de Canotilho²³⁴, e o critério da “generalidade”, de Robert Alexy²³⁵, são os critérios diferenciadores mais usuais entre regras e princípios.

Quando Canotilho²³⁶ cita a abstração, refere-se ao conteúdo da norma. Quanto maior for o grau de abstração da norma, maior será a caracterização da norma como um princípio. Nos princípios os enunciados têm maior subjetividade, englobando diversas situações abstratas, sem especificar exatamente uma situação.

Segundo Canotilho²³⁷, essas abstrações têm como objetivo “captarem mudanças da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>”. Devido a esse motivo, a abstração da norma é uma abertura para que sua aplicação se adapte às situações mutantes.

Robert Alexy²³⁸ explica que os princípios têm um alto grau de generalidade. Isso significa que os princípios possuem grande abrangência, englobando número de situações concretas que podem variar. De acordo com essa idéia, os princípios constitucionais possuem um grande número de incidências concretas, ou seja, no mundo dos fatos. Ele descreve que: “Bastante difundida é a caracterização de uma

²³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

²³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1143.

²³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88, nota de rodapé.

norma desmembrada em suporte fático e conseqüência jurídica, e aplicável a um número indeterminado de pessoas e casos, como ‘abstrata-geral’ ”²³⁹.

Já Canotilho²⁴⁰ atribui a característica de abrangência dos princípios às normas, ou seja, no âmbito da abstração. Robert Alexy²⁴¹ atribui a característica de abrangência à variação de incidência da norma ao caso concreto, ou seja, ao número indeterminado de incidência dos princípios.

Eros Grau²⁴² sintetiza a “abstração” dos princípios, citada por Canotilho²⁴³, e “incidência” dos princípios, citada por Alexy²⁴⁴, ao descrever que o princípio “é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”. Analisando a síntese de Eros Grau, é plausível associar o termo “geral” ao termo abstração, de Canotilho²⁴⁵, e o termo “indefinidas aplicações” ao termo “incidência” de Robert Alexy²⁴⁶.

Fábio Koder Comparato²⁴⁷ assegura: “O caráter de extrema generalidade das normas de princípio torna impossível, em boa lógica, a delimitação do seu objeto e do seu campo de aplicação.”.

As regras, em contrapartida, possuem um pequeno grau de abstração – são pontuais, englobando um número menor de situações abstratas e conseqüentemente tendo uma incidência concreta menor do que os princípios.

²³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 88, nota de rodapé.

²⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 88. Em nota de rodapé, Alexy explica a diferença entre generalidade e universalidade. A generalidade tem seu oposto da especialidade e a universalidade tem seu oposto na individualidade. Quando uma norma geral é aplicada por um indivíduo, essa norma é geral, mas em um grau menor de generalidade. Exemplifica: “ ‘todos gozam de liberdade de crença’ quanto ‘todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença’ expressam normas universais. Isso tem porque ambas as normas se referem a *todos* os indivíduos de uma classe aberta (pessoas/presos)”...”Os enunciados “o senhor L. goza de liberdade de crença” e “o preso L. tem direito de converter outros presos à sua crença” expressam igualmente normas individuais, das quais uma tem um grau de generalidade relativamente alto, e a outra um grau relativamente baixo...” cf. Richard M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford University Press, 1963, pp. 39-40; do mesmo autor “Principles”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 73 (1972/73), pp. 2-3.

²⁴² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros. 2003. p. 178.

²⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88.

²⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 88.

²⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo. Companhia das letras, 2006. p. 512.

Conforme comenta Fábio Konder Comparato²⁴⁸: “...a função das regras consiste em precisar e concretizar o mandamento contido nos princípios.”. Possuem um grau baixo de generalidade, são impostas quando determinada situação de fato estiver descrita na lei. As regras, por serem mais pontuais, têm sua aplicação por meio da subsunção, que é, segundo Maria Helena Diniz²⁴⁹: “[...] enquadrar um fato individual em um conceito abstrato normativo a ele pertinente.”

Verifica-se a necessidade de criação de muitas regras (pontuais) para a concretização de um só princípio. Fábio Konder Comparato²⁵⁰ exemplifica essa concretização dos princípios por meio das regras com o exemplo bíblico: “As diversas normas proibitivas da lei mosaica aí citadas – não matarás, não cometerás adultério...– são interpretadas, por Jesus, como aplicações do princípio maior do amor ao próximo.”

Eis mais uma diferença apontada entre as regras e os princípios, com fundamento nas lições de Fábio Konder Comparato²⁵¹, que assevera que os princípios: “...pela sua própria natureza, não comportam exceções.”, diferentemente das regras.

Diante do exposto, percebe-se que o princípio, por possuir um conteúdo abstrato, subjetivo, possui um grau de incidência maior nos casos concretos, e a regra, sendo objetiva, possui um grau de incidência menor, atingindo apenas a situação descrita na lei.

Outro critério citado por vários autores, inclusive Canotilho²⁵² e Robert Alexy²⁵³, é o grau de indeterminação dos princípios, não sendo tal expressão sinônima de generalidade e abstração.

Os princípios têm um alto grau de indeterminação, justamente por terem um conteúdo aberto para mutações, e por expressarem noções de valores que não são claros (são abstratos). Como consequência, não é possível estabelecer um rol taxativo do que os princípios são ou deixam de ser, pois não são pontuais no seu

²⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo. Companhia das letras, 2006. p. 512.

²⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 447.

²⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 2006. p. 512.

²⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 2006. p. 513.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 88.

conceito, devido à sua abertura. A indeterminação e carga subjetiva no conteúdo dos princípios tornam necessário que ocorra a intervenção de um juiz para determinar sua aplicação ao caso concreto.

Canotilho²⁵⁴ adianta que: "...os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz)...". É de se verificar que tanto a regra como os princípios necessitam de mediadores, porém os princípios suscitam uma interpretação mais abrangente do que as regras e, conseqüentemente, uma maior intervenção na sua aplicação. Esse critério de indeterminação é mais um critério oriundo da abstração da norma.

Se os princípios não fossem vagos, seriam determinados, pontuais, igualando-se às regras. As regras têm aplicação direta ao caso concreto, são bem determinadas e taxativas, não necessitam de juízo de valor para serem aplicadas, e, havendo fato tipificado, ocorre a subsunção automaticamente.

Os princípios e as regras se diferem ainda por suas qualidades, que são denominadas por Robert Alexy²⁵⁵ e Canotilho²⁵⁶ como diferenças qualitativas.

Canotilho²⁵⁷ indica o critério de otimização como uma das características qualitativas. Eis a principal qualidade dos princípios. Essa característica está relacionada à variação de aplicabilidade dos princípios ao caso concreto.

A característica, ora em discussão, indica que os princípios são mandamentos de otimização devido à variação no grau de aplicação. Pode-se atribuir aos princípios uma escala de 0 a 10, relativa à possibilidade de aplicação dos princípios. Dentro dessa escala os princípios poderão ser aplicados em maior ou menor intensidade.

A mobilidade dentro dessa escala deve ocorrer sempre visando ao maior grau de aplicabilidade do princípio, ou seja, o 10. Contudo, deve haver a ressalva ao fato de essa escala ser limitada por fatos e pelos conflitos entre os próprios princípios, ou seja, depende do caso prático e das possibilidades jurídicas.

²⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 90.

²⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1145.

²⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1145.

Um exemplo de uma limitação jurídica dos princípios é o princípio da “reserva do possível”²⁵⁸, em que só poderá ser aplicado o princípio quando houver a real condição econômica, social para isso²⁵⁹.

Outro exemplo de limitação na mobilidade é o citado por Adriana Zawada²⁶⁰ sobre o conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana de uma pessoa, em conflito com princípio da dignidade da pessoa humana de várias pessoas - nesse caso há a ocorrência de um conflito entre princípios de mesmo valor – porém um diante de um interesse individual e outro com relação aos interesses de uma coletividade. No caso de princípios distintos, Robert Alexy²⁶¹ ensina que: “Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico”. Nesse sentido o princípio eleito como mais adequado ao caso concreto irá servir de limitador do outro princípio, restringindo-o.

Diferentemente dos princípios, as regras podem ser satisfeitas ou não, obedecem ao critério da aplicação ou da não aplicação. Eros Grau²⁶² explica que as regras:

[...] são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra reflita – o suporte fáctico hipotético, o Tatbestand – se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada.

²⁵⁸ Sobre a “reserva do possível”, Canotilho descreve a dependência dos recursos econômicos para a efetivação dos direitos sociais. Dir. constitucional e teoria da constituição. 5ª edição p. 469.

²⁵⁹ Acesso em 09 de agosto de 2009, às 10 horas e 15 minutos: www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticao.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (Med. Liminar) 45-9. Origem: Distrito Federal. Entrada no STF: 15/10/2003. Ministro Relator: Celso de Mello. Requerente: Partido da Democracia Brasileira – PSDB (CF. 103 VIII). Requerido: Presidente da República. “... Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade....A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestação materiais depende naturalmente, de recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos....”.

²⁶⁰ MELO, Adriana Zawada. **Tema da aula: Estrutura das normas de direitos fundamentais: modelo de regras e princípio.** Disciplina: Teoria dos Direitos Fundamentais. Curso de mestrado em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário de Osasco –Unifieo - em 29 de maio de 2008.

²⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 105.

²⁶² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica.** 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 107.

As regras ditam o que deve ser feito, são imperativas (permitem ou proíbem). É como um sistema binário de resposta, 0 ou 1, deve incidir ou não deve incidir, não possuem a mobilidade que é inerente aos princípios. As regras são aplicadas por meio da subsunção.

Luis Roberto Barroso²⁶³ exemplifica a aplicação da regra com a situação da aposentadoria compulsória, sendo direta e automática quando o servidor completar 70 anos.

Tanto Canotilho²⁶⁴ como Robert Alexy²⁶⁵ citam como característica dos princípios o caráter *prima facie*. Maria Helena Diniz²⁶⁶ define *prima facie* como sendo: “À primeira vista; sem maior exame; ao primeiro aspecto; primeira aparência; o que logo pode ser verificado, sem necessidade de uma acurada análise.”

Canotilho²⁶⁷ menciona os princípios que: “contêm <<exigências>> ou <<standards>> que, em <<primeira linha>> (*prima facie*), devem ser realizados.” Essa menção pode ser interpretada em razão dos princípios possuírem exigências ou modelos. Eros Grau²⁶⁸ baseia-se em Dworkin ao apontar que os princípios atuam como *standards*, pois “a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral”. São modelos que devem ser seguidos imediata e automaticamente, pois se trata de uma condição moral de aplicabilidade. Como “moral” Plácido e Silva²⁶⁹ conceitua: “...o que é *honesto e virtuoso*, segundo os ditames da consciência e os princípios da humanidade.”. Maria Helena Diniz²⁷⁰ diagnostica o significado de moral como sendo: “...conjunto de preceitos baseados na justiça [...] ética que estuda o comportamento disciplinado por normas...”

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: GRAU, Eros; CUNHA Sérgio Sérvulo da. (organizadores). **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46.

²⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1146.

²⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 103 - 104.

²⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 3. de obra em 4 vols., São Paulo: Saraiva. 1998. p. 714.

²⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1146.

²⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica**. 8 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.137.

²⁶⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 541.

²⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 307.

As regras não têm esse caráter *prima facie* e sim são “*fixações normativas definitivas*.”²⁷¹ Esse caráter definitivo, segundo Robert Alexy²⁷², subsume-se em: “...exigir que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”. As regras não vão além do que elas preceituam, são pontuais, salvo no caso de permitirem exceções, mesmo diante disso, não terão um caráter muito mais abrangente. Para Fábio Konder Comparato²⁷³, nas regras: “[...] seu conteúdo normativo é sempre mais preciso e concreto.” As regras são imperativas, preceituando condutas sociais, são aplicadas quando houver a desobediência a esses preceitos. Não expressam valores morais e sim obrigações e permissões.

Diante dos motivos exposto, Marcelo Novelino²⁷⁴, baseando-se em Dworkin, explica que os princípios possuem um: “**caráter *prima facie***, ao passo que as regras possuem um **caráter definitivo**.”

Além da abstração de Canotilho²⁷⁵, da generalidade de Robert Alexy²⁷⁶ e da indeterminabilidade de ambos, e de outras qualidades citadas como a otimização e o caráter *prima facie* dos princípios, são citados outros critérios por esses autores para diferenciação dos princípios e das regras.

Esses critérios, que são menos utilizados pela doutrina, demonstram traços que ilustram diferenças entre essas espécies da norma. Faz-se, então, um cruzamento dessas duas classificações a fim de se elucidar esses outros diferenciadores menos usuais.

Entre outros critérios de diferenciação citados pelos autores, encontra-se o da fundamentabilidade dos princípios.

Tanto Canotilho²⁷⁷ como Robert Alexy²⁷⁸ citam a fundamentabilidade dos princípios como característica diferenciadora das normas. Canotilho invoca a

²⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1145.

²⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

²⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo. Companhia das letras, 2006. p. 510.

²⁷⁴ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª. ed., atual e ampl. São Paulo. Método, 2009. p. 134.

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 87.

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

importância estrutural dos princípios no sistema normativo como sendo de maior importância que as regras, pois os princípios organizam e harmonizam as leis e servem de fonte do direito, ocupando uma posição estrutural superior em relação às regras.

Robert Alexy²⁷⁹, dentro da fundamentabilidade dos princípios, foca sua análise diferenciadora das regras e princípios no surgimento histórico dos princípios e no surgimento das regras. Os princípios surgem em um contexto histórico, de valores, enquanto as regras são elaboradas para regulamentar uma conduta social existente naquele momento.

Canotilho²⁸⁰ descreve os princípios como sendo fundamentais devido à sua natureza estrutural do ordenamento normativo. Robert Alexy²⁸¹ descreve a fundamentabilidade quanto “a forma de surgimento” do princípio para a ordem jurídica que o difere da regra.

Desse modo, pode-se aproveitar a característica de fundamentabilidade, inserindo nela os dois conteúdos citados pelos doutrinadores, como sendo dois itens diferenciadores das regras e princípios, que são: o caráter estrutural dos princípios e a natureza histórica dos princípios. Canotilho²⁸² e Robert Alexy²⁸³ utilizam-se do fato de os princípios servirem de razão para elaboração de regras e por fornecerem um caráter estruturante, como outro critério de diferenciação. Eis a natureza normogenética dos princípios.

Os princípios são fundamentais para o sistema jurídico e dentro deles existe uma maior abrangência e funções (harmonização e fonte do direito), enquanto as regras são restritas a seu conteúdo objetivo e não têm caráter estrutural, têm uma função executiva, não servindo de fundamento para um sistema normativo.

Dentro dessa mesma fundamentabilidade dos princípios, observa-se ainda que, na distinção entre princípios e regras, verifica-se que as regras são criadas para

²⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 88. Para este autor os princípios e as regras estão no mesmo plano com diferenças em sua essência.

²⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88.

²⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

²⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1145 - 1146.

²⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 89.

suprir uma necessidade social, enquanto os princípios surgem pelo contexto histórico.

Canotilho²⁸⁴ expõe a idéia de os princípios serem um meio para que ocorra justiça. Alexy²⁸⁵ relaciona os princípios a uma idéia de direito e valores. As regras determinam condutas sociais em determinado momento, podendo ainda ser materiais ou processuais, não imperativamente em busca da justiça e do direito, mas sim de regulamentação de condutas. Pode-se exemplificar a diferenciação das regras e princípios, citando uma regra processual que não seja exatamente um exemplo de justiça (Canotilho²⁸⁶) e nem de valores (Robert Alexy²⁸⁷).

As características e diferenças entre regras e princípios descritas pelos autores supracitados²⁸⁸ se referem praticamente aos mesmos critérios. Além do critério da abstração, generalidade e indeterminabilidade, a diferenciação também poderá ocorrer na análise dos princípios e das regras com base nos valores axiológicos e da justiça, no estudo da fundamentabilidade (com sua importância estruturante dos princípios e verificação da utilização do princípio como fonte de direito). Há, ainda, o caráter *prima facie* e a otimização como características principiológicas.

Outra diferença importante entre as regras e os princípios ocorre na solução dos conflitos entre princípios e na solução dos conflitos entre as regras. O conflito dos princípios ocorre no campo axiológico, e o das regras, no campo lógico. Isso requer uma solução para esses conflitos, tema a ser examinado a seguir.

1.3 Colisão e superação dos conflitos entre princípios

Os princípios estão inseridos como maior norma estruturante e funcional da Constituição²⁸⁹. Conseqüentemente, um atrito, uma colisão, um conflito, uma

²⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5^a edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88.

²⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1144.

²⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5^a edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88.

²⁸⁸ José Joaquim Gomes Canotilho e Robert Alexy. Citados.

²⁸⁹ BONAVIDES, Paulo, escreve no prefácio da 1^a ed. do livro **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, de Ingo Wolfgang Sarlet. 5^a ed., rev. e atual. Porto

divergência entre dois ou mais princípios desencadeia uma contradição entre as maiores normas estruturais do ordenamento jurídico. Este é um conflito do mais alto nível jurídico. Diante disso, é extrema a importância da sua solução.

Urge, então, que se esclareça o significado do termo “colisão” e que se analisem os conflitos entre princípios.

Maria Helena Diniz²⁹⁰ explica colisão como sendo “... Conflito; contradição.” Plácido e Silva²⁹¹ ensina que o termo colisão é:

Derivado do latim *collisio*, de *collidere*, é expressão que dá idéia de *atrído, embate*.

Desse modo, na técnica jurídica, a *colisão* indica a diversidade de interesses sobre a mesma coisa ou sobre o mesmo direito, da qual possa resultar o *atrído*, fundado nessa divergência.

A colisão, sendo assim, implica necessariamente na existência de iguais pretensões sobre determinada relação jurídica, em virtude da qual pode surgir o litígio [...]

Quando houver um fato em exame submetido possivelmente a dois ou mais princípios contraditórios que lhe sejam aplicáveis, impõe-se a solução do conflito dos princípios.

Para solucionar a colisão entre princípios, é possível utilizar-se da técnica de ponderação. A ponderação é uma importante vertente de interpretação dos princípios. Ana Paula de Barcellos²⁹² conceitua ponderação como sendo: “uma técnica de decisão de *casos difíceis* (do inglês “*hard cases*”), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.”

Canotilho²⁹³ assegura que:

[...] o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma <<lógica do tudo ou nada>>, antes podem ser objecto de ponderação e

Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 16. “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana.”

²⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 3 de obra em 4 vols., São Paulo: Saraiva. 1998.. p. 648.

²⁹¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8ª ed., volume 1 de obra com 4 volumes. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 456 - 457.

²⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3ª ed., revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

²⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1165.

concordância prática, consoante o seu <<peso>> e as circunstâncias do caso.

A ponderação, seguindo os ensinamentos de Ana Paula de Barcellos²⁹⁴, passa por três fases. Em um primeiro instante devem ser identificados todas as normas e comandos relativos ao conflito. Na segunda etapa, deverá ocorrer a análise do fato concreto e as possibilidades de aplicações das normas (identificadas na primeira fase) ao fato concreto. Será utilizado o princípio da razoabilidade para determinação da norma que melhor se enquadre ao caso concreto.

O princípio da razoabilidade para Suzana de Toledo Barros²⁹⁵ é a:

[...] idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação.

Após a verificação da razoabilidade da aplicação dos princípios conflitantes ao caso concreto, ocorrerá o sopesamento, que consiste na atribuição de pesos às normas conflitantes²⁹⁶. As normas que se ajustam melhor ao caso concreto receberão pesos maiores. Essa atribuição de pesos utilizará o princípio da proporcionalidade.

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo²⁹⁷ argumenta que proporcionalidade se refere a “medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta”. Willis Santiago Guerra Filho²⁹⁸ conceitua este princípio como sendo: “um mandamento de otimização²⁹⁹ do respeito a todo direito fundamental”.

²⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3ª ed., revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 57.

²⁹⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 70.

²⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3ª ed., revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 57.

²⁹⁷ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005. p. 173.

²⁹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005. p. 94.

²⁹⁹ Neste sentido ver p. 62 - 63 deste trabalho.

Carlos Roberto Siqueira Castro³⁰⁰ expõe que no princípio da proporcionalidade:

...o dever jurídico do intérprete e aplicador do direito de guardar e buscar sempre a almejada *justa medida* no trato intersubjetivo....é imanente à idéia de direito e que hoje ostenta fecunda vocação expansiva para a compreensão do fenômeno jurídico na pós-modernidade, expressa a noção de equitatividade, de adequabilidade, de suficiência, de ausência de abuso ou excesso, de equilíbrio de conduta, de equânime distribuição de ganhos e ônus nas relações jurídicas, enfim, de justa e aceitável proporção na correlação entre os direitos e deveres impostos, reprimidos, admitidos ou de qualquer forma promovidos pela ordem jurídica plural e democrática.

A atribuição de peso a cada princípio ocorre de acordo com os valores inerentes a ele. Conforme escreve Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos³⁰¹: "...de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa...", e só pode ser considerado em relação àquele caso concreto que está sendo analisado, devido à limitação fática dos princípios³⁰².

Segundo Robert Alexy³⁰³: " Um princípio cede lugar quando, em determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico." Havendo a técnica da ponderação é possível chegar a duas soluções para o conflito entre princípios.

A primeira solução considera toda importância dos valores inseridos nos princípios conflitantes, não se admitindo o desperdício. Esses princípios deverão ser harmonizados e aplicados em sua maior medida ao caso concreto. O princípio que recebeu maior peso no sopesamento terá uma aplicação maior. Robert Alexy³⁰⁴ adverte: "... *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas." (grifo no original). Ocorre, assim, a máxima realização das normas

³⁰⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 198.

³⁰¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3ª ed., revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 347.

³⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 90.

³⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p 90.

conflitantes. O princípio que tiver menor peso deverá abdicar de sua parte conflitante. Retirada a parte conflitante do princípio de menor peso, terá ocorrido uma harmonização, ou seja, o conflito terá sumido. Essa fragmentação dos princípios visa à proteção de valores.

Ana Paula de Barcellos³⁰⁵ chama a atenção para o seguinte:

Diante da distribuição de pesos – e esse diferencial da ponderação – será possível definir, afinal, o grupo de normas que deve prevalecer. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensidade esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, ou seja: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, será necessário avaliar qual deve ser o grau apropriado no caso.

Caso seja impossível a harmonização dos princípios conflitantes, de acordo com exposto pela autora: “...sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida...”, ocorrerá o descarte ou extração integral de um dos princípios contraposto, optando apenas por um deles na aplicação ao caso concreto.

Assim, a resolução dos conflitos será fruto de uma interpretação constitucional e atribuição de valores a cada princípio conflitante (sopesamento). Os pesos aplicados a cada um dos princípios conflitantes deverão levar em consideração os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, como visto anteriormente.

A colisão entre princípios demonstra a limitação dessas normas: quando ocorre o sopesamento, o alcance de um princípio é limitado por outro princípio, de acordo com o caso concreto.

No contexto dos princípios, muito se questiona sobre a existência ou não de princípios absolutos. Adriana Zawada Melo³⁰⁶ declara que existem algumas objeções quanto ao fato de os princípios absolutos serem considerados como prioritários nas colisões, pois, até eles podem ter que passar pelo sopesamento. Cita-se, como exemplo, o princípio da dignidade de apenas uma pessoa em conflito com o

³⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 3ª ed., revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 58.

³⁰⁶ MELO, Adriana Zawada. **Tema da aula: Estrutura das normas de direitos fundamentais: modelo de regras e princípio.** Disciplina: Teoria dos Direitos Fundamentais. Curso de mestrado em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário de Osasco - Unifieo - em 29 de maio de 2008.

princípio da dignidade da coletividade. Nesse sentido, Marcelo Novelino³⁰⁷ baseando-se em Dworkin, assegura que: “A análise e a opção por determinados princípios em detrimento de outros não ocorre abstratamente, uma vez que eles não possuem um valor absoluto.”

Sobre o assunto, Canotilho³⁰⁸ atesta que:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológica-normativa da lei fundamental.

Para Robert Alexy³⁰⁹, diante de princípios absolutos, em caso de colisão, se este (princípio absoluto) prevalecer automaticamente, então não há limites jurídicos para ele. Sendo tão superior assim, não se deve aplicar a teoria da colisão.

Portanto, verifica-se que não existem princípios absolutos diante da colisão de princípios e sim princípios prioritários, mas que sempre dependem do caso concreto.

Vem à baila aqui o exemplo do direito penal do inimigo. Devido à sua importância e ao perigo oferecido, os defensores do direito penal do inimigo são favoráveis a uma intervenção maior do Estado, em contraposição à intervenção mínima e à relativização quanto aos princípios e garantias fundamentais daqueles que oferecerem perigo real às nações, tendo como exemplo o caso do terrorismo³¹⁰.

Não se pode deixar de salientar, sobre as regras, que diante de um conflito entre princípios, existem regras que fazem parte da concretização de cada um dos princípios conflitantes. Segundo Eros Grau³¹¹, havendo o sopesamento e a solução do conflito diante daquele caso concreto, o princípio que foi desprezado parcial ou totalmente irá fazer com que as regras que o tornem concreto também sejam desprezadas em parte ou totalmente, ou seja, as regras perderão sua eficácia diante daquele caso concreto, acompanhando a aplicação do parcial ou o desprezo do princípio.

³⁰⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª. ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2009 p. 13.

³⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1165.

³⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed., alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111.

³¹⁰ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandez. Indignidade da Pessoa Humana, direito penal do inimigo e aspectos correlatos. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 929.

³¹¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discussão sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 49.

Diferentemente do conflito entre princípios, no conflito entre regras, para Ana Paula de Barcellos³¹² : “Trata-se, em geral, apenas de um conflito lógico entre enunciados ou ainda de um texto que veiculou de forma não completamente satisfatória o que se pretendia”. O conflito de regras irá ocorrer quando existir antinomia jurídica. Marcelo Novelino³¹³ preceitua a ocorrência de antinomia jurídica quando: “...duas normas regulam uma mesma situação de maneira diversa...”. Arremata Eros Grau³¹⁴: “*Antinomia jurídica*, pois, é situação que impõe a extirpação, do sistema, de uma das *regras*.” (grifo no original). Para Canotilho³¹⁵:

[...] as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos...as regras contêm <<fixações normativas>> definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

As regras são válidas ou não, e resolvem seus conflitos no âmbito da validade. Caso duas regras sejam conflitantes, uma será considerada inválida para ser aplicada àquele caso concreto e assim, excluída. Essa invalidação, segundo Marcelo Novelino³¹⁶, ocorrerá por meio da regra hierarquicamente superior, ou, a mais específica, ou ainda, a mais recente.

Em suma, o texto constitucional é composto por normas que se dividem em regras e princípios. Observa-se que os princípios, por meio de suas características, demonstram grande importância dentro do sistema jurídico, pois possuem características totalmente diferentes daquelas encontradas nas regras. Fazem com que o ordenamento jurídico seja um sistema aberto, expressando valores que se comportarão de acordo com as características principiológicas, como o da dignidade da pessoa humana, que irá irradiar seus efeitos por todo o ordenamento. É de se perceber que seria inadequada a positivação da dignidade da pessoa humana por

³¹² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p 116.

³¹³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª. ed., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009. p. 134.

³¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discussão sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros. 2002. p. 182.

³¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1145.

³¹⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed., atualizada e ampliada. São Paulo. Método, 2009. p. 134.

meio de regras, pois estas são pontuais, e os valores não, originando, assim, uma incompatibilidade.

Os conflitos dos princípios são solucionados pela técnica da ponderação, primeiramente com a utilização do princípio da razoabilidade na determinação das normas que se enquadram ao caso concreto e, posteriormente, pelo sopesamento de valores, utilizando-se o princípio da proporcionalidade para atribuição de pesos às normas conflitantes, prevalecendo, assim, o princípio de maior importância axiológica com harmonização em relação ao caso concreto em questão. Os conflitos entre regras são resolvidos sistematicamente pela validade, especificidade e aplicação de acordo com a subsunção. Um conflito é analisado no campo axiológico (princípios), e o outro, no lógico (regra).

Uma vez definidos os pressupostos necessários ao exame do tema, passa-se, a seguir, à abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana positivado em nossa Constituição.

2. Princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988

O estudo deste trabalho aponta para o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência, que se lastreia na Constituição da República. Antes de analisar o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição, impõe-se, primeiramente, um exame mais amplo dos princípios tal como inseridos ou adotados na Constituição da República, o que se fará a seguir.

2.1 Os princípios na Constituição da República de 1988

Antes de se abordar o tema dos princípios constitucionais, importa lembrar alguns apontamentos do Direito Constitucional com relação à Constituição, devido à sua importância dentro do ordenamento jurídico.

No sistema³¹⁷ jurídico brasileiro a Constituição da República ocupa o patamar hierárquico mais elevado. Isso indica que não há norma superior à norma da

³¹⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Manual de introdução ao estudo do direito. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 152 - 153. O autor explica que sistema é uma construção científica composta por um

Constituição e que toda a legislação infraconstitucional deve ser interpretada e aplicada de acordo com ela.

Importa lembrar que as “normas constitucionais”³¹⁸ se dividem em princípios constitucionais e regras, e que os Princípios Universais³¹⁹ servem como fonte para os ordenamentos jurídicos constitucionais. Segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes³²⁰, o texto constitucional retira seus princípios constitucionais dos princípios universais que são “os mais abstratos e gerais de todos.”, sendo assim, o passo seguinte refere-se à análise desses princípios na Constituição Federal de 1988.

Ruy Samuel Espíndola³²¹ alerta sobre a importância da positivação dos princípios nas Constituições:

[...] é no Direito Constitucional que a teoria dos princípios ampliou o seu raio de circunferência científica, ganhando mais vigor, latitude e profundidade para desenvolver-se, pois seu campo, agora, é o universo das constituições contemporâneas, é o estalão das normas constitucionais, é o da explicitação conceitual e iluminação das positavações normativas de realidades jurídicas mais vastas e complexas, reflexos da estatuição jurídica do político [...] Agora, dela se exige iluminação teórica sobre as grandes reflexões dogmáticas encetadas a respeito da concretização normativa das constituições, no que tange aos seus núcleos principais [...]

Os Estados elegem alguns ou todos os princípios ético-jurídicos ou princípios universais colocados à disposição no âmbito internacional. A eleição dos princípios universais materializar-se-á nas Constituições dos Estados. Com isso ocorre a concretização dos valores dos princípios universais tornando-os valores de uma nação em específico (princípios constitucionais).

Seguem-se conceitos dos princípios constitucionais elaborados por alguns autores.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello³²²:

conjunto de elementos. Estes se inter-relacionam mediante regras. O autor explica que os elementos desse sistema são as normas jurídicas e que o sistema jurídico é organizado por hierarquia e exemplifica citando a Constituição da República como um sistema de normas jurídicas de hierarquia superior.

³¹⁸ Neste sentido ver p. 57 – 58 deste trabalho.

³¹⁹ Neste sentido ver p. 56 – 57 deste trabalho.

³²⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 24.

³²¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 72.

³²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2ª ed., rev. ampl. e

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Canotilho³²³ considera os princípios jurídicos fundamentais ou, princípios constitucionais como sendo aqueles que “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”

Segundo Luís Roberto Barroso³²⁴, os princípios constitucionais: “... consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e o caminho a ser percorridos”.

É possível afirmar que os princípios constitucionais possuem caráter normativo, ou seja, um dever³²⁵. Ocupam o patamar estrutural e funcional mais alto das Constituições, devendo ser observados e respeitados por todo o ordenamento jurídico, inclusive pelas regras descritas na própria Constituição, conforme ensina Celso Ribeiro Bastos³²⁶:

Um princípio constitucional não pode ter sua magnitude de incidência relativizada por mera regra, ainda que constitucional. Essa norma deve estar em conformidade com os princípios, e não o contrário. Quem tem precedência na organização dos comandos da Constituição são os princípios, e não as regras. Esses preceitos, muitas vezes, são vazios de significado mais abrangente, respondendo de forma puntiforme, enquanto os princípios informam o todo da Constituição, conferindo-lhe riqueza e coerência.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes³²⁷ assevera que os princípios constitucionais:

atualizada com a Constituição Federal de 1988. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 299 - 300.

³²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1149.

³²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora: São Paulo: Saraiva, 1996. p.143.

³²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87. Sobre os princípio e regras: “...ambos dizem o que deve ser...”.

³²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**. 22ª. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 60.

³²⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

[...] são o ponto mais importante do sistema normativo. Eles são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico.

Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao *edifício jurídico*...os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, uma vez que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Os princípios, por sua qualidade normativa especial, dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcionalmente fator aglutinante. (grifo no original)

Celso Ribeiro Bastos³²⁸ entende que os princípios constitucionais são:

Aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isso só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos.

Assim, os princípios constitucionais irão refletir e influenciar todo o sistema jurídico. Os princípios constitucionais têm a importante função de estabelecer a base, o alicerce e a estrutura de todo o sistema normativo, direcionando a elaboração de leis constitucionais e infraconstitucionais e, ainda, percorrendo todo ordenamento jurídico, prescrevendo que as normas (princípios e regras) constitucionais e infraconstitucionais sejam consoantes seus mandamentos e que toda interpretação tenha os princípios como fundamento a ser respeitado. Atuarão como vertentes a serem seguidas tanto pelo legislador constitucional como pelo intérprete, fazendo com que o ordenamento jurídico do Estado funcione como um sistema de normas convergentes e harmônicas.

Segundo Canotilho³²⁹, os princípios constitucionais ainda atuam na limitação do poder em relação ao que não deve ser feito e limitando o que deve ser feito pelo poder estatal em sua prestação negativa.

Os princípios constitucionais apresentam três funções importantes para a ordem jurídica, que foram indicadas por Paulo Bonavides³³⁰ e citadas por Ruy

³²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**. 22^a ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161.

³²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1149.

Samuel Espíndola³³¹. A primeira função é a função fundamentadora. Nessa função “as normas que se contrapõem aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade...”. Essa função demonstra também a normatividade dos princípios. A segunda função apontada por esses doutrinadores³³² e de grande importância neste estudo é a função interpretativa:

[...] os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. São verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa. Assim, cumprem função orientadora do trabalho interpretativo, através dos núcleos de sentido deduzíveis dos princípios jurídicos.

A terceira e última função exposta no estudo de Paulo Bonavides³³³ é a função supletiva indicadora do preenchimento dos vazios jurídicos que surgirem.

De acordo com a doutrina clássica de José Afonso da Silva³³⁴, os princípios constitucionais podem ser de dois tipos: políticos ou jurídicos.

A) Princípios políticos: são os princípios relativos à formação do Estado e que por isso são decididos politicamente. “Manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*, positivados em *normas-princípio*”. Inclui-se nesse rol o princípio da dignidade da pessoa humana. Exemplos: os princípios fundamentais dos arts. 1º ao 4º da Constituição da República de 1988.

³³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 284. Classificação elaborada por Paulo Bonavides com base nas reflexões de F. Castro, Trabucchi - *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 46, e Flórez – Valdes. p. 54 e Norberto Bobbio “*Principi generali di Diritto*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, Turim, 1957.

³³¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67.

³³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 284. Classificação elaborada por Paulo Bonavides com base nas reflexões de F. Castro, Trabucchi - *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 46, e Flórez – Valdes. P. 54 e Norberto Bobbio “*Principi generali di Diritto*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, Turim, 1957.

³³² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67.

³³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 284. Classificação elaborada por Paulo Bonavides com base nas reflexões de F. Castro, Trabucchi - *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 46, e Flórez – Valdes. P. 54 e Norberto Bobbio “*Principi generali di Diritto*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, Turim, 1957.

³³³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67.

³³⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 93.

B) Princípios jurídicos: são princípios oriundos dos princípios fundamentais. Segundo José Afonso da Silva³³⁵, “... são *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica...” e “... constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais...”, ou melhor, dos políticos supracitados. São exemplos de desdobramento dos princípios fundamentais (arts. 1º ao 4º CF.): a autonomia municipal e os princípios-garantia.

Luís Roberto Barroso³³⁶ adota outra classificação de princípios constitucionais, dividindo-os em fundamentais, gerais e setoriais (ou especiais):

A) Princípios Fundamentais são aqueles que dependem de decisão política e que servem para estruturar o Estado. Eles organizam o Estado politicamente. Exemplos: República, democracia.

José Afonso da Silva³³⁷ e Luis Roberto Barroso³³⁸ concordam nesse ponto de vista, discordando apenas da nomenclatura que aquele classifica como princípios políticos e este como princípios fundamentais.

Luis Roberto Barroso³³⁹ divide os princípios jurídicos, descritos na classificação de José Afonso da Silva³⁴⁰, em dois: Princípios Gerais e Princípios Setoriais.

B) Princípios Gerais são aqueles que limitam o poder do Estado. Muito embora sejam frutos dos princípios fundamentais, servem de garantia. Exemplos: art. 5º II (princípio da legalidade); art. 18 (autonomia municipal).

C) Princípios Setoriais ou especiais são aqueles que não atingem toda a Constituição, mas nos setores que alcançam são os superiores. Exemplos: art. 37 (princípio da moralidade); art. 37 (princípio da impessoalidade).

Ruy Samuel Espíndola³⁴¹ aponta o critério que levou Luis Roberto Barroso a desenvolver essa classificação: critério estruturante (atribuído aos princípios

³³⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 93.

³³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 144.

³³⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 93.

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 147.

³³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 145.

³⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 93.

fundamentais) e o critério funcional (atribuído aos princípios gerais e princípios setoriais).

A Constituição de 1988 consagra princípios fundamentais (para José Afonso da Silva princípios políticos) em seu artigo 1º, que dispõe:

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

Tipologicamente analisando, todos os incisos possuem a mesma grandeza, pois a doutrina ignora o fato de os fundamentos da soberania (I) e os da cidadania (II) estarem elencados antes do fundamento da (III) dignidade da pessoa humana, como se verá no próximo capítulo.

O princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental no ordenamento brasileiro é citado por vários doutrinadores, devido à sua importância. Daniel Sarmento³⁴² aponta a importância da positivação da dignidade da pessoa humana: "...consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo sistema pátrio de direitos fundamentais.".

Paulo Bonavides³⁴³, no prefácio da obra de Ingo Wolfgang, relata que "nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana."

Em síntese: a Constituição da República de 1988 adotou vários direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Na vigente Carta, os princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, estão dispostos em seu início, porém desdobram-se e irradiam seus mandamentos

³⁴¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 142.

³⁴² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 110.

³⁴³ BONAVIDES, Paulo, escreve no prefácio da 1ª ed. do livro **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, de Ingo Wolfgang Sarlet. 5ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 16.

por toda a sua extensão. Servem eles como fundamento para interpretação pelo aplicador do direito e são base de todo o sistema normativo brasileiro.

É sob essa ótica que se coloca o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988, como se verá a seguir.

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988

Até o presente momento foram examinadas as características dos princípios, sua noção e a forma em que se encontram positivadas na Constituição da República. O foco desse capítulo é o exame do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal.

As atrocidades ocorridas na metade do século XX indicaram a necessidade de humanização e de alterações nos sistemas de leis que se mostraram ineficientes para proteção da humanidade.

Ana Paula de Barcellos³⁴⁴ comenta o formato das Constituições posteriores à Segunda Guerra e a necessidade da inclusão de valores como a dignidade humana e a justiça nas Constituições no pós-Segunda Guerra:

[...] foi a introdução nos textos de cláusulas, juridicamente obrigatórias para toda e qualquer maioria de plantão, veiculando de forma expressa a decisão política do constituinte (i) por determinados valores fundamentais orientadores da organização política e (ii), em maior ou menor extensão, por certos limites, formas e objetivos dirigidos à atuação política do novo Estado, com a finalidade de promover a realização desses valores....Sob a forma de princípios, os valores passaram a ser as idéias centrais das Cartas constitucionais [...].

Situando-se no tempo, é fato notório que em 1985 foi eleito Presidente da República do Brasil, pelo voto indireto, Tancredo Neves, que faleceu as vésperas de tomar posse, assumindo, então, o vice-presidente José Sarney.

No que se refere ao processo de elaboração do texto da vigente Constituição da República, foi por meio da Emenda Constitucional 26/85, que se convocou a

³⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 2ª ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

Assembléia Constituinte que promulgou a nova Carta, às 16 horas do dia 05 de outubro de 1988.

O país deixava para trás um período de 20 anos de ditadura, com os direitos oprimidos, sendo que parte dos membros da então Assembléia Constituinte havia sido exilada pelo governo militar. Todo esse contexto, juntamente com a nova tendência principiológica que já dominava o direito constitucional, refletiu-se na Constituição de 1988, que foi chamada de Constituição Cidadã, por assegurar, de maneira clara, os direitos dos cidadãos, positivando-se grande parte daqueles direitos que haviam sido suprimidos ou afetados pela ditadura. Isso fica demonstrado com a consagração de princípios, direitos e garantias fundamentais na Constituição.

O princípio da dignidade da pessoa nunca havia constado explicitamente em constituições brasileiras, sendo positivado pela primeira vez na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como Princípio Fundamental.

Ocupando o mais alto patamar estrutural e funcional da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana, apontado pelo poder constituinte originário como um dos princípios mais importantes da Constituição, insere-se nos Princípios Fundamentais, no artigo 1º, inciso III, que reza:

Título I: Dos Princípios Fundamentais: 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: [...] *a dignidade da pessoa humana*; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político. Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

Quanto à localização do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição, precedem-no os princípios fundamentais da soberania e da cidadania. De acordo com Anna Candida da Cunha Ferraz³⁴⁵, esse fato não indica uma ordem de importância maior de um princípio em relação ao outro, pois todos são princípios fundamentais. Nesse sentido, Celso Antônio Pacheco Fiorillo³⁴⁶ refere-se ao fato de o princípio da dignidade da pessoa humana ser tão importante quanto o princípio

³⁴⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Tema da aula: Interpretação Constitucional**. Disciplina: Teoria da Jurisdição Constitucional. Curso de mestrado em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário de Osasco – Unifieo – primeiro semestre de 2009.

³⁴⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Tema da aula: Princípios Constitucionais**. Disciplina: Tutela Constitucional dos bens Ambientais. Curso de mestrado em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário de Osasco – Unifieo - segundo semestre de 2008.

fundamental da livre iniciativa, devendo os dois ser harmonizados e, em caso de conflitos, há de haver uma ponderação entre ambos.

Na ótica desta dissertação, o princípio da dignidade da pessoa humana está no mesmo patamar hierárquico dos outros princípios fundamentais (a soberania; a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político), porém sua função constitucional é mais abrangente do que a dos demais princípios fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sua fundamentalidade expressa no artigo 1º, inciso III, mas se apresenta em outros diversos dispositivos constitucionais. Ana Paula de Barcellos³⁴⁷ aduz:

O sistema constitucional introduzido pela Carta de 1988 sobre a dignidade é bastante complexo, tanto porque especialmente disperso ao longo de todo texto, como também porque a Constituição, partindo do princípio mais fundamental exposto no art. 1º, III, (“*A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;*”), vai utilizar na construção desse quadro temático várias modalidades de enunciados normativos, a saber: princípios, subprincípios de variados níveis de determinação e regras. (grifos no original)

Ela³⁴⁸ exemplifica outros dispositivos constitucionais relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, como o artigo 170, *caput*, artigo 226, parágrafo 7º, que carregam em seu enunciado o termo “princípio da dignidade da pessoa”. No artigo 3º, III e 23, X, surge novamente a indicação da dignidade da pessoa de forma menos explícita do que as demonstradas anteriormente. Carlos Roberto Siqueira Castro³⁴⁹ também indica outros artigos que postulam a dignidade da pessoa humana, como o artigo 227, que relaciona a dignidade à família, à sociedade, à criança e ao adolescente, o artigo 230, que ampara as pessoas idosas. Esse mesmo autor³⁵⁰ define a dignidade da pessoa humana na Constituição, como constituindo: “...um direito prolífero por excelência, tendo gerado nas últimas décadas várias

³⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.181.

³⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.188 – 193.

³⁴⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais:** ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19.

³⁵⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais:** ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 20.

famílias de novos direitos que angariaram o *status* de fundamentalidade constitucional”. Assim, a exigência de uma interpretação constitucional sistemática, como veremos no próximo capítulo, é cada vez maior.

Resta evidente que a dignidade da pessoa humana está elencada na Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, em forma de princípio, gerando efeitos por todo o ordenamento jurídico.

José Afonso da Silva³⁵¹ explica o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e como se propaga por toda a Constituição:

Se é *fundamento* é porque constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. (grifo no original)

Essa integração do princípio da dignidade da pessoa humana com outros mandamentos constitucionais também é demonstrada, no título VIII, da ordem econômica, descrito por Eros Grau³⁵² como sendo “um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica [...]”. O autor³⁵³ complementa: “[...] o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio”.

José Afonso da Silva³⁵⁴ descreve o dever de concretização de diversas normas constitucionais difundidas em todo texto, para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo eficaz da dignidade da pessoa humana.

³⁵¹ SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros; Caio Tácito. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1998. p. 92

³⁵² GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 174.

³⁵³ GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 177.

³⁵⁴ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 107.

Oscar Vilhena Vieira³⁵⁵ escreve que o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição está associado:

[...] a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais – estes, sim expressamente consagrados pela Constituição de 1988.

Seguindo as mencionadas lições, percebe-se que dentro da nossa Constituição da República não se pode tratar a dignidade da pessoa humana de forma isolada, levando-se em consideração apenas o artigo 1º, inciso III.

A objetivo do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição, de acordo com Ana Paula de Barcellos³⁵⁶, é o de que as pessoas tenham uma vida digna. Oscar Vilhena Vieira³⁵⁷ faz menção aos direitos fundamentais positivados na nossa Constituição – direitos concretizadores do princípio da dignidade da pessoa humana - para expressar que o legislador objetivou proibir: “...que a vida seja extinta ou que seja submetida a padrões inadmissíveis, da perspectiva do que se compreenda por *vida digna*.”.

Oscar Vilhena Vieira³⁵⁸ entende que a dignidade da pessoa humana positivada na Constituição possui um caráter “multidimensional”³⁵⁹. E essa multidimensionalidade, também mencionada anteriormente por Ingo Wolfgang³⁶⁰, que divide a dignidade da pessoa humana em dimensões ou núcleos: a dignidade da pessoa humana em sua dimensão ou núcleo intrínseco (individual e social) e em sua dimensão ou núcleo extrínseco (material).

³⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 63.

³⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de, Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. SILVA, Carlos Medeiros; Tácito, Caio, dir. **Revista de direito administrativo**. Periódicos. I. Vol. 221. Rio de Janeiro: Renovar. p. 170.

³⁵⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 68.

³⁵⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 63.

³⁵⁹ Neste sentido ver p. 18 – 26 deste trabalho.

³⁶⁰ Neste sentido ver p. 18 – 26 deste trabalho.

José Afonso da Silva³⁶¹ aponta qual a dimensão, a vertente, seguida pela Constituição brasileira. Conforme expõe o autor, a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana em sua dimensão intrínseca individual ou natural³⁶², exemplificando essa proteção com a tutela da liberdade. Relata ainda outra dimensão tutelada constitucionalmente: é a dimensão extrínseca³⁶³ (material). Nessa dimensão, o autor descreve ser impossível ter uma vida digna diante de desigualdades econômicas e sociais, associando assim a dignidade da pessoa humana aos diversos enunciados constitucionais, como o da ordem social e econômica³⁶⁴.

Conforme defendido pelo autor supracitado, há o princípio da dignidade da pessoa humana tutelada, em seu aspecto intrínseco individual, no artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. Já a dimensão extrínseca está relacionada ao mínimo existencial material, conforme visto quando se tratou dos direitos fundamentais³⁶⁵, que, de acordo com a doutrina majoritária, tem seu núcleo no artigo 6º³⁶⁶, apesar de não haver um consenso sobre quais direitos integram essa dimensão extrínseca.

Assim, até então, este texto lidou com a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição da República, a noção sobre algumas normas necessárias para concretização desse princípio e quais as dimensões da dignidade da pessoa humana que a Constituição determina que sejam materializadas para que ela seja efetivada.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁶⁷ registra que: “o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez – consoante já reiteradamente frisado – à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III)”.

³⁶¹ SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros; Caio Tácito. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1998. p. 92 - 93.

³⁶² Neste sentido ver p. 19 – 21 deste trabalho.

³⁶³ Neste sentido ver p. 24 – 26 deste trabalho.

³⁶⁴ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 107.

³⁶⁵ Neste sentido ver p. 39 – 41 deste trabalho.

³⁶⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 67.

O estudo do princípio da dignidade da pessoa humana dentro da Constituição não poderá ocorrer se não forem levadas em consideração as características principiológicas. Nesse sentido Ana Paula de Barcellos³⁶⁸:

[...] os princípios são normas jurídicas, devem pretender produzir determinados efeitos concretos que haverão de ser garantidos coativamente pela ordem jurídica. [...] Imperativa significa que o efeito por ele pretendido deverá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize espontaneamente [...]

Assim, percebe-se que a realização imperativa do princípio da dignidade da pessoa humana deverá ocorrer conforme a noção, características e seus desdobramentos.

Daniel Sarmento³⁶⁹ adverte que: “[...] apesar do caráter compromissório da Constituição, decorrente da tal base social pluralista, ela é toda perpassada pela preocupação com a tutela da pessoa humana”. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana posto na Constituição como fundamental deverá ser aplicado em seu caráter *prima facie*³⁷⁰, ou seja, de imediato, automaticamente como uma exigência de realização. Para Daniel Sarmento³⁷¹, o princípio da dignidade da pessoa humana exerce a: “primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para garantia e promoção dos seus direitos fundamentais”. Assim, toda leitura jurídica deverá levar em consideração o princípio da dignidade a pessoa humana.

Com isso, além da sua aplicação imediata, o princípio ora em questão, sendo fundamento de toda ordem jurídica, será aplicado em sua maior possibilidade com o maior grau de concretização possível, de acordo com o seu poder de otimização,³⁷² podendo ser limitado apenas jurídica e faticamente.

A referência feita ao princípio da dignidade da pessoa humana, no parágrafo anterior, não permite que ele prevaleça automaticamente sobre outros princípios em

³⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de, Normatividade dos princípio e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. SILVA, Carlos Medeiros; Tácito, Caio, dir. **Revista de direito administrativo**. Periódicos. I. Vol. 221. Rio de Janeiro: Renovar. p. 170.

³⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 110.

³⁷⁰ Neste sentido ver p. 64 - 65 deste trabalho.

³⁷¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 111.

³⁷² Neste sentido ver p. 62 – 63 deste trabalho.

caso de colisão. De acordo com Ricardo Lobo Torres³⁷³, havendo colisão entre princípios fundamentais, apesar de toda a importância estruturante do princípio da dignidade da pessoa humana e sua força fundamentadora, deverá ocorrer a ponderação³⁷⁴, com o sopesamento de valores para solucionar o conflito.

Existem outras considerações a serem feitas nesse estudo. A primeira está no fato de que o princípio fundamental ora em questão não poder ser extinto e não poder ser minimizado pelo legislador derivado. A Constituição o protege como sendo cláusula pétrea (artigo 60, parágrafo 4º), e, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁷⁵ ensina, não pode ser abolido pelo poder constituinte derivado. Esse fato atribui estabilidade ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Anna Candida da Cunha Ferraz confirma³⁷⁶ a proteção aos direitos consagrados na Constituição, e, conseqüentemente aos princípios:

[...] além da proteção naturalmente decorrente da inserção dos direitos fundamentais na Lei Fundamental, dotada de supremacia constitucional, a Constituição brasileira impede reforma do texto constitucional para abolir direitos originariamente consagrados.

A segunda consideração está no fato de que todos os cidadãos, brasileiros ou estrangeiros, qualquer partido ou corrente política do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário estarão subordinados aos princípios fundamentais, pois esses vinculam o Estado. A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição gera obrigação estatal, seja de forma negativa ou positiva.³⁷⁷

Então, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana corresponde à base do Estado. É um bem jurídico de primeira grandeza, uma norma de valor amplo e aberto, embaçadora, irradiante, informativa, expressa na Constituição, e que gera reflexos em sentido constitucional e infraconstitucional, cuja aplicação funciona de acordo com as características principiológicas.

³⁷³ TORRES. Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. TORRES. Ricardo Lobo (organizador). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 434.

³⁷⁴ Neste sentido ver p. 68 – 70 deste trabalho.

³⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 297.

³⁷⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 *In*: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006, p. 139.

³⁷⁷ Neste sentido ver p. 34 – 37 deste trabalho.

Apesar de ter sua positivação principal no artigo 1º , inciso III, da Constituição da República, encontra-se, conforme visto anteriormente, disposto também em vários artigos ora de forma implícita, ora explícita no texto da Carta Maior. Não pode ser observado de forma isolada e sim de maneira sistêmica, como um princípio fundamental propagador, portador de um conjunto de regras e subprincípios concretizadores da dignidade humana.

Qualquer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja em seu aspecto intrínseco ou extrínseco, ensejará àquele que teve sua dignidade atingida exigir do Estado uma prestação positiva³⁷⁸, mesmo que essa prestação ocorra contra o próprio Estado.

Devido à abrangência do princípio ora em questão, e por não haver um consenso em relação a todos os direitos fundamentais para que se tenha uma vida digna, deve-se propugnar para que não ocorra excesso de valores atribuídos ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-o um fundamento para todos e quaisquer pedidos.

Ao positivar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, o legislador originário atribuiu a função de indicação do caminho a ser percorrido, em última análise, ao Poder Judiciário. É o que se verá no capítulo relativo à jurisprudência.

³⁷⁸ Neste sentido ver p. 36 – 37 deste trabalho.

III - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Versa este capítulo sobre algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, consideradas paradigmáticas para o exame do tema deste trabalho.

1. Interpretação Constitucional

A norma constitucional possui características próprias que influenciam em sua interpretação, por isso é preciso que se façam breves apontamentos sobre a Constituição, antes que se analise a jurisprudência.

De acordo com José Afonso da Silva³⁷⁹, a Constituição do Estado é:

[...] considerada sua lei fundamental, seria então, a organização dos seus elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias, Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.* (grifos no original)

A lei Constitucional é a base jurídica de um Estado. O sistema jurídico brasileiro é hierárquico, e a Constituição, a maior lei dentro de seu sistema jurídico, ocupando o topo da pirâmide do ordenamento jurídico. Essa lei prescreve toda estrutura de um Estado, disciplina assuntos de cunho social, político, estrutural, e possui, ainda, características próprias.

De início, um breve apontamento sobre o conteúdo da Constituição. A lição é de Luís Roberto Barroso³⁸⁰:

[...] o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais [...] A atividade da interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser

³⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30^a ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 56. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

³⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 140.

apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar a formulação da regra concreta que vai reger a especial.

Canotilho³⁸¹ entende esse sistema de normas e princípios como “um sistema aberto”. Essa atribuição de sistema aberto decorre de os valores serem expressos por meio de princípios.

Já se disse aqui que tanto as regras quanto os princípios estão no mesmo patamar hierárquico. Para Luís Roberto Barroso³⁸²: “...não há, é certo, entre umas e outras, hierarquia em sentido normativo, por isso, pelo princípio da unidade da Constituição, todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano”. Apesar de as normas constitucionais (regras e princípios) estarem no mesmo plano, suas funções são diferentes, enquanto os princípios são funcionalmente superiores.

Canotilho³⁸³ considera os princípios jurídicos fundamentais – ou princípios constitucionais – como sendo aqueles que “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos³⁸⁴ dissertam sobre a eficácia interpretativa dentro da Constituição, referindo-se aos princípios constitucionais: “[...] embora eles não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais normas constitucionais, é possível reconhecer – lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral, até mesmo dar unidade e harmonia ao sistema.”

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana se faz presente na interpretação constitucional. José Afonso da Silva³⁸⁵ declara que: “A Constituição, reconhecendo a sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica [...]”.

³⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, S.d. p. 1146

³⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141 – 142.

³⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, s.d. p. 1149.

³⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto Barroso; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3ª ed., Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 368. Nesse sentido o autor cita: SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 157 ss.; e BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, cit., pp. 141 ss.

³⁸⁵ SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros; Caio Tácito. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1998. p. 91.

Sobre a aplicação desse princípio e diante de tal importância, Anna Candida da Cunha Ferraz³⁸⁶ explica:

[...] preordena a compreensão e a interpretação dos direitos sediados no núcleo central da Constituição (Título II), a organização dos poderes e do Estado e, particularmente, a atuação dos poderes na conformação legislativa dos direitos, quando necessária ou possível, e na aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais consagradoras, limitadoras ou restritivas de direitos, seja pelo Poder Executivo no exercício da administração e do estabelecimento de políticas públicas, seja pelo Poder Judiciário, no exercício especial de guarda da Constituição e da jurisdição constitucional das liberdades.

Conforme as mencionadas funções de ordenação, compreensão e interpretação, corrobora Eduardo Carlos Bianca Bittar³⁸⁷, asseverando que se trata de: “ [...] princípio hermenêutico, especial em função de sua topografia textual, para todos os direitos humanos e demais direitos do texto constitucional [...]”. O autor³⁸⁸ vai além ao identificá-lo como uma norma semântica que deve:

[...] ser lida e interpretada ao lado das demais previsões constitucionais e infraconstitucionais, que lhe dão a feição mais específica para discussão de cada matéria. Lê – se este princípio ao lado da norma de direito positivo que se quer aplicar ao caso concreto, e é do balanço e do equilíbrio do princípio com a norma positiva que surge a conjugação suficiente para avaliação do caso concreto.

Ante a citação acima, observa-se a necessidade da presença do princípio da dignidade da pessoa humana na interpretação das normas positivadas, buscando assim o “balanço” e “equilíbrio”, ou seja, a melhor aplicação das normas positivadas de acordo com o referido princípio.

Nesse sentido, Luiz Antônio Rizzatto Nunes³⁸⁹ alerta que: “ [...] não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de

³⁸⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. in: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006. p. 131 .

³⁸⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. in: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006. p. 48.

³⁸⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. in: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006. p. 47.

³⁸⁹ NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.51.

interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.” (grifo no original). Com isso, não poderá ocorrer interpretação sem a observação desse princípio.

No entanto, apesar da presença e consideração do princípio da dignidade da pessoa humana ser necessário na interpretação, não poderão ser descartadas as características principiológicas.³⁹⁰

Percebe-se que a dignidade da pessoa humana tem um caráter multidimensional³⁹¹ e o princípio da dignidade da pessoa humana positivado na Constituição, no artigo 1º, inciso III, irradia-se por todo o texto da Carta. Diante disso, torna-se necessário o estudo da interpretação; antes disso, porém, carece trazer à baila algum esclarecimento acerca do significado do termo “hermenêutica”.

A hermenêutica é um gênero que engloba todas as técnicas utilizadas para obtenção do resultado da interpretação.

Carlos Maximiliano³⁹² explica o objeto da hermenêutica³⁹³ jurídica como sendo: “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. Afirma, ainda, que:

Esta se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com o auxílio dela fixa novos processos de interpretação; enfeixa-os num sistema, e, assim areja com um sopro de saudável modernismo a arte, rejuvenescendo-a, aperfeiçoando-a, de modo que se conserve à altura do seu século, como elemento de progresso [...]. (grifo do original)

A hermenêutica é um sistema dentro do qual se inserem instrumentos para obtenção dos resultados que a interpretação necessita para alcançar seus objetivos. Conforme surgem modificações e/ou modernizações nos ordenamentos, inserem-se na hermenêutica novas ferramentas a serem utilizadas na interpretação.

Toda vez que há a interpretação, utiliza-se a hermenêutica. Segundo Carlos Maximiliano³⁹⁴, a hermenêutica determina os princípios que irão servir de pilares interpretativos.

³⁹⁰ Neste sentido ver p. 59 – 65 deste trabalho.

³⁹¹ Neste sentido ver p. 19 – 25 deste trabalho.

³⁹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1.

³⁹³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 679. Sobre hermenêutica, preleciona Plácido e Silva³⁹³: “...do latim *hermeneutica* (que interpreta ou que explica), é empregado na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo por que se deve interpretar as leis [...]”.

³⁹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8.

A interpretação está presente na vida dos seres humanos de maneira constante. Tudo que ocorre no dia-a-dia das pessoas carece de interpretações. Quando se ouve, interpreta-se; quando se enxerga, interpreta-se a situação vista; quando se lê, por mais simples que seja o texto, interpreta-se. Desde o momento em que os sentidos humanos são aguçados, fazem-se interpretações. Citando Caldara, Carlos Maximiliano³⁹⁵ enfatiza que: “[...] tudo se interpreta; inclusive o silêncio”. Diante disso, torna-se mais que evidente a importância da interpretação na vida das pessoas.

Anna Candida da Cunha Ferraz entende o “interpretar” como³⁹⁶:

[...] consiste em atribuir significado a coisas, sinais, fatos ou acontecimentos; quer dizer desentranhar o sentido de uma expressão³⁹⁷, explicar ou aclarar o sentido de coisas, fatos, sinais, acontecimentos; dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir, por outras palavras, um pensamento exteriorizado.

Paulo Nader³⁹⁸ considera que:

Interpretar é o ato de explicar o sentido de alguma coisa; é revelar o significado de uma expressão verbal, artística ou constituída por um objeto, atitude ou gesto...para isto o ser humano lança mão de diversos recurso, analisa os elementos, utiliza-se de conhecimento da lógica, psicologia e, muitas vezes, de conceitos técnicos, a fim de penetrar no âmago das coisas e identificar a mensagem contida. (grifo no original)

No mundo jurídico não é diferente. A regra – toda norma deve ser objeto de interpretação – é seguida. História Paulo Nader³⁹⁹ que antigamente muitos doutrinadores pregavam que uma lei clara não necessitava de interpretação, em conformidade com o princípio *in claris cessat interpretatio* - a lei clara dispensava interpretação -, essa posição, todavia, estava equivocada, pois para saber se uma lei

³⁹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e aplicação do direito**. 19^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8. O autor cita Emilio Caldara – *Interpretazione delle Leggi*, 1908; Francesco Degni – *L’interpretazione della Legge*, 1990.

³⁹⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. Max Limonad, 1996. p. 19.

³⁹⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. Max Limonad, 1996. p. 19. A própria autora em nota de rodapé esclarece o significado da palavra “expressão” como sendo a: “tomada de exteriorização, ou seja, toda e qualquer manifestação da realidade captada pelos sentidos e elaborada pela inteligência”.

³⁹⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 257.

³⁹⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 259.

é ou não é clara, precisar-se-ia saber se ela já foi interpretada. Todas as leis devem ser interpretadas, desde a mais óbvia até a mais complexa.

De Plácido e Silva⁴⁰⁰ conceitua a interpretação jurídica como sendo: “Do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare* (explicar, traduzir, comentar, esclarecer), é compreendido, na acepção jurídica, como a *tradução* do sentido ou do pensamento, que está contido na lei, na decisão, no ato ou no contrato”.

Interpretar juridicamente, segundo Maria Helena Diniz⁴⁰¹ consiste na: “[...] Descoberta do sentido e alcance da norma jurídica, procurando a significação dos conceitos jurídicos”.

Paulo Nader⁴⁰² concorda com essa afirmação ao admitir que:

Fixar o sentido de uma norma jurídica é descobrir a sua finalidade, é pôr a descoberto os valores consagrados pelo legislador, aquilo que teve por mira proteger. Fixar o alcance é demarcar o campo de incidência da norma jurídica, é conhecer os fatos sociais e em que circunstâncias a norma jurídica tem aplicação.”, sendo que, o sentido equivaleria a finalidade da lei e alcance equivaleria a incidência da norma nos casos concretos.

Endossa Carlos Maximiliano⁴⁰³: “...para enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada”, ou seja, para ocorrer a aplicação de uma lei, o primeiro passo é interpretá-la para verificar o seu cabimento ao caso.

Por meio de um pensamento lógico, fica evidente que a interpretação da lei deve ter início antes da sua aplicação e sua execução.

Como é sabido, a Constituição da República é a Lei Suprema do Estado. Sua interpretação, de acordo com Luís Roberto Barroso⁴⁰⁴, deve ter início pelos princípios constitucionais, identificando o maior princípio relativo ao tema apreciado e descendo até a regra que deverá ser aplicada.

Por meio da interpretação constitucional, Luís Roberto Barroso⁴⁰⁵ ensina que o Poder Judiciário irá realizar o controle de constitucionalidade, ou seja, verificará se

⁴⁰⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 20^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 444.

⁴⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 885.

⁴⁰² NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 258.

⁴⁰³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 5.

⁴⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 140.

⁴⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 99.

há incompatibilidade da norma infraconstitucional em relação à Constituição e realizar a aplicação da norma constitucional.

A interpretação constitucional utiliza-se das ferramentas hermenêuticas da interpretação tradicional e de princípios de interpretação puramente constitucionais, devido à formação do seu texto constitucional. Sobre isso, Anna Candida da Cunha Ferraz⁴⁰⁶ elucida:

Os métodos de interpretação constitucional, descritos pela doutrina, são, em regra, os métodos aplicados às normas jurídicas em geral, revestidos, porém, das peculiaridades que derivam dos atributos específicos da matéria constitucional, consubstanciada e concretizada na norma constitucional, que se distingue das demais normas jurídicas pela forma, conteúdo e estrutura lógica.

A diversidade dos aspectos constitucionais e a necessidade de novos procedimentos são mencionados por Uadi Lammêgo Bulos⁴⁰⁷:

Para alguns, a interpretação constitucional é uma espécie do gênero interpretação jurídica, resguardadas certas peculiaridades que a distinguem de outros meios interpretativos [...] Argumentam que a interpretação constitucional deve levar em conta algumas notas específicas, como a supremacia e a rigidez da Constituição, as particularidades do ordenamento jurídico, a matéria, a forma e a estrutura hierárquica das normas....

...Verbera-se, também, que a interpretação da Constituição reveste-se de notas típicas, as quais lhe fornecem uma configuração, notadamente específica, quais sejam: a inicialidade (inerente à formação originária do ordenamento jurídico, em grau de superioridade hierárquica); o conteúdo marcadamente político (por ser a Constituição o estatuto jurídico do político, na visão de Gomes Canotilho); a estrutura da linguagem (caracterizada pela síntese e coloquialidade); a predominância das normas de estrutura ou organização, isto é, daquelas que regulamentam a criação de outras.

Canotilho⁴⁰⁸ comenta a importância dos métodos de interpretação constitucional:

A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade

⁴⁰⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. Max Limonad. 1996. p. 25.

⁴⁰⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 6.

⁴⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina. s.d. p. 1207.

sentida pela doutrina e *práxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa [...] (grifo no original)

Virgílio Afonso da Silva⁴⁰⁹ explana quanto aos métodos utilizados na interpretação constitucional. O autor demonstra a divisão existente da interpretação entre os métodos arcaico e moderno de interpretação. O método arcaico seria o tradicional método de interpretação. Virgílio Afonso da Silva descreve o moderno assim:

Moderno é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são ferramentas adequadas para a interpretação da constituição. Ser moderno é, em suma, falar em métodos e princípios de interpretação exclusivamente constitucional. (grifos no original)

O autor esclarece que os métodos tradicionais (ditos arcaicos) não são descartados, pois as normas constitucionais nunca deixaram de ser normas. Desse modo, os métodos tradicionais de interpretação devem ser utilizados juntamente com os métodos de interpretação constitucionais (ditos modernos).

Luís Roberto Barroso⁴¹⁰ aponta alguns aspectos da interpretação tradicional. Essa doutrina é considerada clássica por ser utilizada na interpretação de todas as normas, independentemente de hierarquia.

Na análise da interpretação devem ser levados em consideração alguns fatores como: o sentido da lei é fornecido pela lei ou pelo legislador; a forma que a lei foi interpretada para alcançar o resultado; e quais processos, elementos ou métodos utilizados para interpretação.

Quanto ao sentido da lei, Paulo Nader⁴¹¹ informa que pode ser objetivo ou subjetivo. É *objetivo (mens legis)* aquele no qual, ao interpretar a lei, o intérprete deve buscar a vontade, a intenção da lei, enquanto que *subjetivo (mens legislatoris)* é aquele que leva em consideração a vontade do legislador, justificando seu subjetivismo.

⁴⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 107 - 137.

⁴¹¹ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 263.

Para Luís Roberto Barroso⁴¹², a maioria da doutrina definiu que entre o subjetivismo da vontade do legislador e o objetivismo da vontade da lei, deve prevalecer a vontade da lei. Essa posição é endossada por esta dissertação devido à segurança jurídica.

O resultado da interpretação pode ser declarativo, extensivo ou restritivo.

Francesco Ferrara⁴¹³ esclarece que o resultado da interpretação será declarativo quando o texto de lei (método gramatical) estiver em conformidade – congruência - com o sistema lógico (método sistemático), havendo a possibilidade da declaração do seu alcance.

O resultado extensivo é aquele no qual o texto da lei expressa menos do que gostaria, isto é, o legislador diz menos do que gostaria de dizer, cumprindo ao intérprete fazer uma interpretação que vá além da letra da lei.

Por fim, o resultado restritivo é o inverso do extensivo, ou seja, o legislador elaborou uma lei geral, quando pretendia ter elaborado uma lei mais específica. Diante disso, o intérprete deverá fazer uma interpretação restritiva da lei.

Francesco Ferrara⁴¹⁴ expõe que: “Para apreender o sentido da lei, a interpretação socorre-se de vários meios.” Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴¹⁵ descreve esses meios como sendo:

[...] procedimentos destinados a realizar a identificação entre o sentido do enunciado normativo visto pelo legislador (o emitente do enunciado) e pelo destinatário. Na verdade, eles servem para que este, o destinatário, encontre a norma (o sentido do enunciado) que editou o legislador.

Os meios – métodos - citados acima são: o gramatical, o sistemático, o teleológico e o histórico.

Carlos Maximiliano⁴¹⁶ dispõe que: “O processo gramatical, sobre ser o menos compatível com o progresso, é o mais antigo”. Para Luís Roberto Barroso⁴¹⁷: “a

⁴¹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo. Saraiva: 1996. p. 107 - 137.

⁴¹³ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução: Manuel A. Domingues de Andrade. 4ª ed., Arménio Amado – editor, sucessor. Coimbra: 1987. p. 147 – 151.

⁴¹⁴ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução por Manuel A. Domingues de Andrade. 4ª ed. Arménio Amado – editor, sucessor. Coimbra: 1987. p. 138.

⁴¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.382.

⁴¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 99.

interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo”. É a interpretação que leva em consideração o texto da lei. Uadi Lammêgo Bulos⁴¹⁸ completa: “...examina-se cada termo normativo, observando a pontuação, a etimologia e a colocação das palavras”. Geralmente esse método requer a utilização de outros, pois somente com a interpretação do texto, a lei não alcança o significado pleno da norma.

Pelo método sistemático de interpretação, conforme Luis Roberto Barroso⁴¹⁹, a norma deve ser vista dentro de um conjunto de normas integradas, inserida em um sistema jurídico, sendo impossível sua interpretação de forma isolada. Devem ser levadas em consideração a norma e suas ligações como um todo normativo. Carlos Maximiliano⁴²⁰ exemplifica esse método como se fosse um corpo, composto por órgãos que, apesar da independência de cada órgão, devem ser vistos dentro de um sistema (corpo), pois só assim terá um bom funcionamento.

Esse método é muito importante para interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois esse princípio é interligado a diversos outros dispositivos constitucionais que devem ser obedecidos para que ocorra a sua concretização. Carlos Roberto Siqueira Castro⁴²¹ argumenta que o princípio da dignidade da pessoa humana tem gerado “várias famílias de novos direitos que angariam o status de fundamentalidade constitucional”. Diante disso, para esse princípio o intérprete deverá se utilizar do método sistemático.

O método teleológico é um processo interpretativo que visa a busca da finalidade da norma. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴²², esse método: “esforça-se, essencialmente, por descobrir o valor que inspira a norma, não o motivo da norma, que pode ser mesquinho (p. ex., criar embaraços ao governo) ou irrelevante.” É a busca da razão da existência da norma – sua intenção – para assim poder interpretá-la.

⁴¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 120.

⁴¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 22.

⁴¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 127.

⁴²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 105.

⁴²¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 20.

⁴²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.382.

O método histórico, como a própria expressão leva a imaginar, é o processo que investiga o momento histórico da criação da lei. De acordo com Luís Roberto Barroso⁴²³, ele busca a “*occasio legis*, isto é, da circunstância histórica que gerou o nascimento da lei”. É o retorno ao passado em busca da vontade do legislador naquele determinado momento histórico.

Apontamentos importantes devem ser feitos em relação à aplicação dos métodos interpretativos.

Luís Roberto Barroso⁴²⁴ mostra que os métodos não possuem hierarquia entre eles, mas utilizam-se de critérios objetivos e subjetivos. Enquanto os métodos sistemático e teleológico são métodos objetivos, o método histórico é subjetivo. Essa diferenciação entre métodos objetivos e subjetivos influencia na sua aplicação, pois aqueles têm prioridade em relação a estes.

Em resumo: os métodos a serem aplicados na interpretação podem ser o gramatical, o método sistemático e o teleológico. Na hipótese de ainda não ter sido obtido o alcance e significado, é possível a utilização do método histórico.

Observação deve ser feita em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Os Poderes interpretam a Constituição no âmbito de suas competências, ou seja, buscam o alcance da lei para terem ciência de suas atribuições.

No entender de Paulo Nader⁴²⁵, as fontes de interpretação autêntica, doutrinárias e jurisprudencial relacionam-se aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário:

Também denominada legislativa, a interpretação autêntica é a que emana do próprio órgão competente para a edição do ato interpretado.[...] A interpretação se diz doutrinária quando localizada em obras científicas [...] Já a interpretação judicial ou jurisprudencial é a de autoridade de juízes e tribunais.” (grifos no original)

Além dos métodos de interpretação tradicional, a doutrina⁴²⁶ indica novos métodos de interpretação constitucional. E eles merecem um breve exame.

Canotilho⁴²⁷ descreve-os como: jurídico (ou hermenêutico clássico); tópico-problemático; hermenêutico – concretizador; científico – espiritual (método

⁴²³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 130.

⁴²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 118 - 119.

⁴²⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264.

⁴²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, s.d. p. 1194 - 1198.

valorativo, sociológico), a metódica jurídica normativo – estruturante; a interpretação comparativa.

No método de interpretação jurídico (hermenêutico clássico), de acordo com Marcelo Novelino⁴²⁸, que se baseia em Esnest Forsthoff, a Constituição da República é uma lei, e como tal, deve ser interpretada pelos métodos tradicionais: método gramatical, método lógico, método sistemático e método histórico.

No método tópico – problemático - de interpretação, o intérprete busca os melhores argumentos constitucionais na aplicação a determinados problemas. Marcelo Novelino⁴²⁹ esclarece: “O método tem como *ponto de partida* a compreensão prévia do problema e da Constituição e como *ponto de apoio* o consenso ou o senso comum, os quais são revelados, *e.g.*, pela doutrina dominante ou pela jurisprudência pacífica.” (grifo no original). Esse método identifica o problema e a solução via constitucional; em um segundo momento busca-se na doutrina e na jurisprudência as melhores soluções.

O método hermenêutico – concretizador, de acordo com Marcelo Novelino⁴³⁰, indica que a interpretação está atrelada à aplicação. A norma constitucional é para todos e tem caráter aberto. Na sua aplicação deve ser individualizada para aquele caso concreto, levando em consideração todas as condições daquele caso concreto, como se fosse uma norma individualizada.

Inocência Mártires Coelho⁴³¹ concorda com tal afirmação, observando:

O ponto de partida dos que recomendam essa postura hermenêutica [...] é a constatação de que a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela *prévia compreensão* do intérprete, a quem compete *concretizar* a norma a partir de uma dada situação histórica [...] (grifo no original)

⁴²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed.,. Coimbra: Livraria Almedina, s.d. p. 1194 - 1198.

⁴²⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed., rev. atual. e ampliado. São Paulo: Método, 2009. p. 152.

⁴²⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed., rev. atual. e ampliado. São Paulo: Método, 2009. p. 155.

⁴³⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed., rev. atual. e ampliado. São Paulo: Método, 2009. p. 153 – 154.

⁴³¹ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2ª ed., revista aumentada. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 116.

O método científico – espiritual adota como seu alicerce, segundo Inocêncio Mártires Coelho⁴³², a “*integração*” (grifo do autor). Essa força integrativa sofre a influência de fatores políticos e sociais⁴³³. Destaca Paulo Bonavides⁴³⁴:

A Constituição se torna por consequência mais *política* do que *jurídica*. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se ‘politiza’ consideravelmente, do mesmo passo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, as circunstâncias.(grifo no original).

A metódica jurídico normativa – estruturante é o método moderno que diz respeito à normatividade constitucional dos textos. Para o texto alcançar a realidade é necessário que ocorra a concretização. Diante disso, a concretização é mais do que a interpretação, é o texto normativo alcançando a realidade. Para que isso ocorra, Inocêncio Mártires Coelho⁴³⁵ afirma que deverá ocorrer tanto a observação de elementos de interpretação da norma como elementos da realidade (dos fatos em que a norma deve ser aplicada).

A interpretação comparativa não é considerada como um método por Inocêncio Mártires Coelho⁴³⁶, pois “a comparação, enquanto tal, não configura nenhuma proposta hermenêutica que se possa reputar independente...”

Sobre os métodos modernos apresentados, conclui Inocêncio Mártires Coelho⁴³⁷:

[...] não dispondo de uma teoria da constituição, que dê suporte e direção ao processo interpretativo, nem podendo *legalizar* a constituição, para *fechar* a compreensão do seu texto, todos os operadores constitucionais, em certa medida, se vêem perdidos no *labirinto* da interpretação e, tendo de escolher um dos caminhos acabam seguindo aquele que lhes aponta a sua pré-compreensão.

⁴³² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2ª ed., revista aumentada. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 117.

⁴³³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed., rev., atual. e ampliado. São Paulo: Método, 2009. p. 153.

⁴³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed., atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 479.

⁴³⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2ª ed., revista aumentada. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 122.

⁴³⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2ª ed., revista aumentada. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 124.

⁴³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2ª ed., revista aumentada. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 124.

Esta, por sua vez, precisando racionalizar-se de antemão, se não para vencer, ao menos para reduzir os efeitos nocivos dos pré-juízos que lhe são congênitos, como que devolve o intérprete para o labirinto do qual, ingenuamente, ele acreditava ter escapado [...].

Diante dessas considerações, nota-se a busca incessante por métodos de racionalização da interpretação, com a busca de um rol de procedimentos que indiquem o melhor caminho para a concretização constitucional. Apesar de todo o esforço dos doutrinadores, é de se concluir que os métodos tradicionais continuam prevalecendo.

Para a abordagem da interpretação constitucional, será necessária a exposição de algumas características próprias da Lei Maior. Para que ocorra a interpretação constitucional, além dos métodos tradicionais, são necessários princípios instrumentais de interpretação.

É bom que se observe que esses princípios instrumentais de interpretação aqui estudados não se confundem com os princípios constitucionais, pois cada um deles tem uma função diferente. Os princípios constitucionais, de acordo com Luís Roberto Barroso⁴³⁸ são: "a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica", tendo assim um conteúdo material. Os princípios instrumentais de interpretação constitucional são ferramentas, instrumentos para auxiliar o entendimento e a aplicação do texto constitucional. Segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁴³⁹, são: "...premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta."

Agora, os princípios instrumentais norteadores do sistema constitucional, também conhecidos como princípios instrumentais da interpretação constitucional.

O primeiro princípio instrumental a ser comentado é o da supremacia da Constituição. A palavra supremacia, segundo Maria Helena Diniz⁴⁴⁰, indica superioridade, autoridade máxima, primazia. Alguns fatores como a rigidez constitucional, a posição hierárquica da Constituição dentro do ordenamento jurídico

⁴³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142.

⁴³⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 359.

⁴⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**, Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 472.

e a sua elaboração pelo poder constituinte originário, indicam a supremacia da Constituição.

José Afonso da Silva⁴⁴¹ explana sobre a rigidez constitucional: “Decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal, da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* [...]” (grifos no original). Essa maior dificuldade em alterar as normas pode ser exemplificada na Constituição por meio das cláusulas pétreas.

A superioridade hierárquica da Constituição dentro do ordenamento jurídico torna a Constituição suprema, ou seja, demonstra que não há no ordenamento jurídico brasileiro lei que esteja acima dela. Paulo Nader⁴⁴² ensina que:

No primeiro plano alinham-se as normas *constitucionais* – originais na Carta Magna ou decorrentes de emendas – que condicionam a validade de todas as outras normas e têm o poder de revogá-las. Assim, qualquer norma jurídica de categoria diversa, anterior ou posterior à constitucional, não terá validade caso contrarie as disposições desta. (grifos no original)

Um dos fatores que leva a Constituição a ser suprema é a qualidade do poder que a elaborou. Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁴³ compreende que “a supremacia da Constituição decorre da sua origem. Provém ela de um poder que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro [...]”.

Segundo Luís Roberto Barroso⁴⁴⁴, a Constituição foi elaborada por um poder originário ilimitado, sendo assim, não pode existir nada de jurídico acima dela, salvo para os defensores do jusnaturalismo que defendem que acima da Constituição existe ainda o direito natural.

Sendo a Constituição norma máxima⁴⁴⁵ do ordenamento, nenhuma lei poderá contrariar a norma constitucional. Conseqüentemente, a lei infraconstitucional que afrontar a Constituição será declarada inconstitucional e aí será acionado o sistema de controle de constitucionalidade.

⁴⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30^a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 45.

⁴⁴² NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 88.

⁴⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20 – 21.

⁴⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.151.

⁴⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**, São Paulo: Saraiva, 1998. p. 472.

Para Luís Roberto Barroso⁴⁴⁶, o princípio da supremacia determina que “nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”. Todos os atos que forem contrários à Constituição serão considerados atos viciados e passíveis de submissão do controle de constitucionalidade.

Verifica-se, então, que toda interpretação constitucional deve levar em consideração a Supremacia da Constituição, evitando assim que atos jurídicos a contrariem. Essa supremacia constitucional tem validade tanto no âmbito material (conteúdo) quanto no formal (procedimentos).

Os dois princípios instrumentais – a serem estudados na seqüência – procuram interpretar a norma infraconstitucional de forma a preservá-la: o princípio da presunção de constitucionalidade e o princípio da interpretação conforme a Constituição.

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público estão relacionados a cada um dos Poderes, no exercício das suas competências, que estão dispostas no texto constitucional. Os três Poderes exercem funções típicas e atípicas, funcionando de forma independente e harmônica entre eles.

A função típica do Poder Legislativo é legislar, enquanto a atípica – ou secundária – é julgar e administrar.

Administrar é função típica do Poder Executivo, enquanto legislar e julgar são funções atípicas.

A função típica do Poder Judiciário é julgar, sendo atípica as funções de administrar e legislar. Este Poder em seus julgamentos deve considerar o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos e leis do Poder Público.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁴⁴⁷ acordam que:

O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade

⁴⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 150.

⁴⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Intepretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 361.

for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

Carlos Maximiliano⁴⁴⁸ aponta na mesma direção:

Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão *acima de toda dúvida* razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. (grifos no original)

Do exposto deduz-se que esse princípio busca salvar a norma ou ato por meio da presunção de constitucionalidade. Somente quando a lei ou ato afrontarem claramente as normas constitucionais é que serão declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Ocorrendo dúvida sobre a inconstitucionalidade do ato ou lei, estes deverão permanecer no ordenamento, ou seja, deverão ser considerados constitucionais.

O segundo princípio instrumental é o da interpretação conforme a Constituição.

Neste sentido, Paulo Bonavides⁴⁴⁹ comenta que “não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”. Pertinente a colocação, pois ocorrerão análise e interpretação de lei ordinária em harmonia com a Constituição.

O princípio da interpretação conforme a Constituição busca a interpretação da lei que não afronte o diploma constitucional. Torna-se requisito desse princípio que o texto dessa lei possa ser interpretado de várias maneiras. A compreensão de Canotilho⁴⁵⁰ é que:

[...] no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição(...) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas,

⁴⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19^a ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 250 – 251.

⁴⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18^a ed., atual. São Paulo: Malheiros, p. 518. Faz citação de Herzog-Schick, *Versfassungsrecht*, 4., p. 20.

⁴⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina. s.d. p. 1210 – 1211.

umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas [...].

Para Luís Roberto Barroso⁴⁵¹, caso a lei infraconstitucional não permita outra(s) interpretação(s), irá permanecer a interpretação que a coloque em confronto com a Constituição, e a lei infraconstitucional será expurgada do ordenamento.

Na interpretação da lei conforme a Constituição, de acordo com Luís Roberto Barroso⁴⁵², o intérprete não poderá utilizar uma interpretação *contra legem* para salvar a lei infraconstitucional, como também não poderá distorcê-la, alterar o sentido modificando a vontade do legislador, pois assim criará uma nova lei e estará invadindo a competência do poder legislativo. Canotilho⁴⁵³ se refere a essa distorção da lei:

[...] a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.

Antes de declarar uma lei incompatível, respeitando os limites descritos acima, e de acordo com Luís Roberto Barroso⁴⁵⁴, deve-se procurar no texto da lei infraconstitucional sua interpretação menos evidente, pois a interpretação mais evidente já a colocaria em confronto com a lei constitucional.

Assim, na interpretação conforme a Constituição, a técnica para se chegar a um resultado satisfatório de congruência da lei com a Constituição é a interpretação

⁴⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 175 - 178.

⁴⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 175 - 178.

⁴⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina. S.d. p. 1211. Canotilho cita em nota de rodapé: LEIBHOLZ/RINCK/HESSELBERG, *Grundgesetz, Kommentar*, 6^a ed., 1989, I p.11; HESSE, *Grundzüge*, p. 29; PRÜMM, *Verfassung und Methodik*, pp. 118. O autor indica como crítica ao exposto: CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, pp 90 e ss.

⁴⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 175.

restritiva⁴⁵⁵ ou extensiva⁴⁵⁶, conforme for o caso concreto. Não cabe a interpretação declarativa⁴⁵⁷, pois essa é a mais evidente.

Esse princípio, segundo Luís Roberto Barroso⁴⁵⁸, executa duas funções ao mesmo tempo: interpretar e controlar a constitucionalidade.

Na interpretação, ele busca o melhor caminho interpretativo, elegendo uma interpretação como sendo a oficial para aquela norma não confrontar a Constituição, e assim, permanecer no ordenamento. Ocorrendo a eleição de uma determinada interpretação da norma infraconstitucional, todas as outras interpretações dessa norma deixarão de ser aplicadas. Isso indica, que conseqüentemente, houve um controle de constitucionalidade em relação às interpretações.

A interpretação conforme a Constituição, segundo Paulo Bonavides⁴⁵⁹, exerce um papel positivo em relação à interpretação eleita, responsável pela preservação na norma. Em contrapartida, exerce um papel negativo no descarte das outras interpretações que eram confrontantes com a norma constitucional, assim afirma.

Outro princípio instrumental é o da unidade. Obriga o intérprete a manter internamente a harmonia da Constituição, de acordo com Luís Roberto Barroso⁴⁶⁰.

No que tange à unidade e ao antagonismo de idéias na Constituição, Canotilho⁴⁶¹ afirma que:

A unidade é uma << tarefa >> conexcionada com a idéia de *compromisso e tensão* inerente a uma lei fundamental, criada por forças políticas, plurais e com projectos dissidentes. Daí que a constituição, ao aspirar transformar-se em projecto normativo do Estado e da sociedade, aceite as contradições dessa mesma realidade [...]. (grifos no original)

Os conflitos e tensões no ordenamento jurídico irão existir, mas deverão ser eliminados. O ordenamento jurídico não pode abrigar antinomias⁴⁶². Neste sentido, o

⁴⁵⁵ O resultado restritivo: o legislador, por meio da lei, expressou mais do que gostaria de ter expressado.

⁴⁵⁶ O resultado extensivo: o legislador expressou, por meio da lei, menos que pretendia ter expressado.

⁴⁵⁷ O resultado da interpretação declarativa: os métodos gramatical e sistemático se adequam, podendo assim ser declarado o alcance da norma.

⁴⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 175 – 177.

⁴⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18^a ed., atual. São Paulo: Malheiros, p. 519.

⁴⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 182.

⁴⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a ed., Coimbra: Livraria Almedina. 1995. p. 78.

princípio da unidade é o responsável para eliminar e harmonizar os conflitos e tensões existentes dentro da Constituição.

A Constituição da República é um texto aberto, formado por normas que se dividem em regras e princípios. Para assegurar a unidade, havendo conflitos entre as normas constitucionais, esses serão solucionados por meio da ponderação de valores.

Luís Roberto Barroso⁴⁶³ enfatiza:

A doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada *ponderação de bens ou valores*. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então traçar o âmbito de incidência de cada norma (...). Cabe ao intérprete, por força do princípio da unidade, um esforço de *otimização*: é necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que cada um deles alcance uma efetividade ótima. (grifos no original)

A Constituição tem em seu bojo a proteção dos artigos que são considerados cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º), que, conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁶⁴, não podem ser abolidos pelo poder constituinte derivado. Com isso, o legislador originário atribuiu uma rigidez constitucional, mencionada no estudo do princípio da supremacia da constituição, e uma maior importância aos artigos considerados como cláusulas pétreas. Diante de um eventual conflito dentro da Constituição, esse fator protetivo pode servir de referência interpretativa para a solução, preservando a concórdia constitucional.

O princípio do devido processo legal, também instrumental para a interpretação, de acordo com Luís Roberto Barroso⁴⁶⁵, desenvolve-se em duas vertentes: a procedimental e a substantiva. O devido processo em seu caráter procedimental é um princípio previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º.

⁴⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 182 - 183.

⁴⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 185 – 186.

⁴⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. Revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 297.

⁴⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p.198 – 201.

A vertente procedimental – *procedural due process* – surgiu primeiro e era a única a compor esse princípio. Carlos Roberto Siqueira Castro⁴⁶⁶ descreve-a como “uma garantia tão-somente processual, ou seja, como princípio assecuratório da regularidade do processo [...]”. Diante do exposto, o devido processo legal em seu caráter procedimental – *procedural due process* – visava à obediência do trâmite processual legal e garantido em lei constitucional.

O caráter substantivo do devido processo legal – *substantive due process* – surgiu após o *procedural due process*, por meio da jurisprudência, de acordo com Luís Roberto Barroso⁴⁶⁷. Devido ao fato de o *substantive due process* estar diretamente relacionado à interpretação, prioriza-se esta vertente do devido processo legal.

O devido processo legal substantivo visa fazer um controle do mérito, das ações e atos do Poder Público. Luís Roberto Barroso⁴⁶⁸ comenta o devido processo legal em seu caráter substantivo: “através desse fundamento – o devido processo legal – abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade.”

Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁴⁶⁹:

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional [...]

Os objetivos dos atos do Poder Público são direcionados para o bem comum. O princípio do devido processo legal substancial irá analisar a discricionariedade exercida nos atos do Poder Público, verificando se essa discricionariedade foi executada de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁴⁶⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 29.

⁴⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199 – 203.

⁴⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora: São Paulo: Editora Saraiva, 1996 – p. 200.

⁴⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 363.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão relacionados ao devido processo legal substantivo, tendo sua previsão de forma implícita no artigo 5º, § 2º⁴⁷⁰ da Constituição da República Federativa do Brasil.

Por meio do princípio da razoabilidade analisar-se-á se o meio utilizado pelo Poder Público foi adequado para se alcançar o fim almejado.

Luís Roberto Barroso⁴⁷¹ oferece dois exemplos, um razoável⁴⁷² e outro não. Como exemplo razoável ele cita: a inflação começa a subir demais e o Poder Público congela o preço de alguns medicamentos (meio), para que os cidadãos com menos condições possam adquiri-los (fim); Como exemplo não razoável: com o aumento do número de pessoas infectadas pela AIDS, o Poder Público proíbe o consumo de bebida alcoólica no carnaval (meio), com objetivo de evitar o aumento (fim) de casos de HIV positivo.

O princípio da proporcionalidade visa à intensidade, ou seja, objetiva verificar se o meio utilizado pelo Poder Público foi aplicado de maneira proporcional à finalidade desejada. A aplicação do meio deve ser proporcional para se chegar ao fim, nada a mais, e nada a menos.

Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso⁴⁷³ ensinam que, caso seja interpretado pelo Poder Judiciário que os meios utilizados pelo Poder Público não foram adequados ou não foram aplicados em proporções suficientes para alcançar o resultado desejado – o bem comum – o Poder Judiciário poderá declarar o ato inconstitucional, com base no devido processo legal substancial.

Na doutrina clássica, segundo Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁴⁷⁴, os atos e normas são analisados por três aspectos distintos: quanto à existência, quanto à validade e quanto à eficácia. Contudo, consolida-se outro aspecto a complementar os anteriores, a *efetividade*.

⁴⁷⁰ Parágrafo 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 206-207.

⁴⁷² “Razoável” no sentido de estar em conformidade com o princípio da razoabilidade.

⁴⁷³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 363.

⁴⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 364.

De acordo com Plácido e Silva⁴⁷⁵:

[...] (executar, cumprir, satisfazer, acabar), indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra *efetivo* ou que está em atividade. Quer assim dizer o que está em vigência, está sendo cumprido [...] todo ato processual que foi integralmente cumprido ou executado, de modo a surtir, como é da regra, os desejados efeitos.
[...] Opõe-se, assim, ao que *está parado*, ao que *não tem efeito*, ou *não pode ser exercido* ou *executado*. (grifos no original)

Luís Roberto Barroso⁴⁷⁶ define efetividade como:

[...] a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. (grifo no original)

O princípio da efetividade é utilizado quando a norma possuir mais de uma interpretação. Deverá ser eleita a interpretação que tenha uma efetiva aplicação a realidade, pois de nada vale a escolha de uma interpretação que não irá gerar resultados ao mundo concreto.

Havendo mais de uma interpretação constitucional possível, o intérprete deverá optar por aquela que tem maior possibilidade de gerar resultados quando aplicada ao mundo real.

O princípio da efetividade significa atribuir à norma o sentido que lhe faça alcançar o seu objetivo⁴⁷⁷.

A dignidade da pessoa humana com sua função interpretativa faz-se presente no que tange aos princípios instrumentais de interpretação.

No princípio interpretativo da presunção de constitucionalidade ou interpretação conforme a Constituição, sem dúvida que a carga subjetiva e valorativa do princípio da dignidade da pessoa humana possibilita várias interpretações que podem levar o ato ou a lei infraconstitucional a serem considerados constitucionais.

⁴⁷⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Companhia editora forense, 2000. p. 295.

⁴⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Editora Saraiva, 1996 – p. 220.

⁴⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina. S.d. p. 1149.

Em outro princípio instrumental de interpretação, o da unidade, o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta na função de harmonizar o ordenamento mantendo sua unidade. Essa harmonização deve ocorrer no momento da interpretação da norma para sua aplicação, tendo como norte, a dignidade da pessoa humana. Já nos casos de conflitos entre princípios, ocorrerá a necessidade de aplicação da técnica de ponderação.

Conclui-se diante do exposto, que o Estado foi direcionado para proporcionar a vida digna. E, diante disso e do seu conteúdo valorativo, a dignidade da pessoa humana servirá de fundamento a ser seguido pelo intérprete. Irá como princípio fundamental influenciar todo o ordenamento jurídico. Toda norma constitucional ou infraconstitucional deverá ser interpretada juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Devido ao ser caráter axiológico, exercerá a harmonização e a unidade do sistema, buscando o alcance e o sentido das normas por meio dos métodos (tradicionais e modernos) e os princípios instrumentais.

No momento em que o legislador originário elegeu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental constitucional, ciente do seu caráter axiológico, delegou ao intérprete a importante função de direcionar a noção, a interpretação e a aplicação da dignidade da pessoa humana.

2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Conforme já se disse, a Assembléia Constituinte de 1988 positivou o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira. Diante da subjetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, necessita-se da atuação do Poder Judiciário em sua aplicação.

O Supremo Tribunal Federal, como instância judicial final e com a função constitucional de guardião da Constituição, é responsável pelo último posicionamento em relação ao princípio ora em questão.

O termo “jurisprudência” é definido por De Plácido e Silva⁴⁷⁸ como:

...sábua interpretação e aplicação das leis a todos os casos concretos que se submetam a julgamento da justiça. Ou seja, o *hábito* de interpretar e aplicar as leis aos fatos concretos, para que, assim, se

⁴⁷⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17^a ed. Rio de Janeiro, Forense: 2000. p. 469.

decidam as causas [...] *Jurisprudência*. Extensivamente assim se diz para designar o conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de um tribunal. (grifo no original)

A seguir os julgados escolhidos para análise.

1) ADI 3510-0⁴⁷⁹ - Distrito Federal. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Autor: Procurador - Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles⁴⁸⁰.

O Procurador Geral da República suscita, nesta ADI, a inconstitucionalidade do artigo 5º e todos seus dispositivos da Lei Federal 11.105 ⁴⁸¹ de 24 de março de 2005, mais comumente conhecida como Lei de Biossegurança, que versa sobre a possibilidade de utilização em pesquisas de células-tronco embrionárias.

Esta decisão merece ser examinada devido à importância no cenário jurídico⁴⁸², conforme alerta o Ministro Gilmar Mendes⁴⁸³:

[...] certamente representará um marco em nossa jurisprudência constitucional [...] Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos.

⁴⁷⁹ Não são todos os votos dos ministros que estão disponibilizados no site do STF. Os votos dos ministros, foram disponibilizados, em sites diferentes. O STF não disponibilizou a ADI 3510 em sua íntegra.

⁴⁸⁰ FONTELES, Cláudio Lemos. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0**. p. 1. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf> > Acesso em: 20 out. 2009.

⁴⁸¹ Lei 11.105/05. Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três)anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

⁴⁸² Foram realizadas diversas audiências públicas para discussões sobre o tema.

⁴⁸³ MENDES, Gilmar. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – 0**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf> > Acesso em: 16 jan 10.

Na discussão do caso concreto entram em conflitos direitos e valores: de um lado, pelo autor, a defesa da vida das o embrião; de outro lado, nos votos dos ministros, questiona-se o direito a pesquisas tendo em vista o favorecimento da saúde daqueles que dependem das células-tronco para sobreviverem. Em ambas posições, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como fundamento para os respectivos posicionamentos, como se verá a seguir.

Segundo o Ministro Eros Grau⁴⁸⁴, os valores e direitos em questão, objeto da ADI 3510, são: “...o direito à *vida e a dignidade da pessoa humana* [arts. 1o, III , e 5o, *caput*, da Constituicao do Brasil]”; já o Ministro Ricardo Lewandowski⁴⁸⁵ entende e amplia os valores em discussão, ao afirmar:

[...] penso que a discussão travada nestes autos não deve limitar-se a saber se os embriões merecem ou não ser tratados de forma condigna, ou se possuem ou não direitos subjetivos na fase pré-implantacional, ou, ainda, se são ou não dotados de vida antes de sua introdução em um útero humano. Creio que o debate deve centrar-se no direito à vida entevisto como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano. Sim, porque, em se tratando do direito à vida, que compreende, por excelência, o direito à saúde [...] Assim, cumpre partir do pressuposto de que o direito à vida - bem essencial da pessoa humana, sem o qual sequer é possível cogitar de outros direitos - não pode ser encarado, ao menos para o efeito da discussão que ora se trava, sob uma perspectiva meramente individual, devendo, ao revés, ser pensado como um direito comum a todos os seres humanos, que encontra desdobramento, inclusive e especialmente, no plano da saúde pública. (grifo no original)

Em primeira abordagem, é perceptível que o direito à vida serve de fundamento para as duas partes insertas na ADI 3510.

O direito à vida é um direito fundamental disposto no artigo 5º , *caput*⁴⁸⁶, da Constituição da República, relacionado com o direito natural de sobrevivência do

⁴⁸⁴ GRAU, Eros. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0**. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticias/Eros%20Grau.pdf>> Acesso em: 10 jan 10.

⁴⁸⁵ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0**. p. 1. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/ciencia/2008/05/29/lewandowski.pdf>> acesso em 10 jan 10 e <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticias/lewandowski.pdf>> Acesso em: 10 jan 10.

⁴⁸⁶ Na Constituição da República: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:”.

homem⁴⁸⁷; é um direito concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸⁸. Envolvido no bojo da classificação da dignidade da pessoa humana, quer no aspecto intrínseco, quer na sua dimensão natural, ou individual, o direito à vida ocupa o patamar de direito fundamental de primeira geração, pois é inerente à pessoa.

O direito à saúde é também um direito fundamental, positivado no artigo 6º⁴⁸⁹ da Constituição, porém tem seu desmembramento nos artigos situados no Título VIII – da ordem social- direito à saúde. Anna Candida da Cunha Ferraz⁴⁹⁰ entende que os direitos sociais estão inseridos na segunda geração de direitos fundamentais. Diante disso, o direito à saúde determina uma atuação estatal para sua concretização, ou seja, uma prestação positiva do Estado. De acordo com Daniel Sarmiento⁴⁹¹, baseando-se em Jellinek, a obrigação positiva: “...confere ao indivíduo o poder jurídico de reclamar alguma prestação positiva do Estado.”

O Ministro Ricardo Lewandowski⁴⁹² aponta a relação entre o direito à vida e o direito à saúde ao registrar: “[...] *em se tratando do direito à vida, que compreende, por excelência, o direito à saúde [...]*”.

Ora, o direito à saúde relaciona-se com o aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana em sua dimensão individual - vida – e à prestação do Estado, sob o aspecto extrínseco material da dignidade da pessoa humana.

A liberdade de pesquisas é outro direito suscitado na ação em discussão. A liberdade é uma das características básicas da dignidade da pessoa humana, juntamente com a igualdade, conforme já visto no primeiro capítulo. A liberdade está

⁴⁸⁷ MARINHO, Inezil Penna: Marta Diaz Lops Penna Marinho. **Estudos das Diferenças entre o Jusnaturalismo, Historicismo, Sociologismo, Normativismo e Culturismo e o Jusnaturalismo no Brasil**. Brasília :Instituto de Direito Natural, 1980. p. 15. Neste sentido ver p. 44 deste trabalho.

⁴⁸⁸ O tema sobre direito à vida, à saúde, à liberdade, aos aspectos da dignidade da pessoa humana entre outros, são citados neste trabalho nas páginas: 2, 17 - 26, 28 - 42, 55 – 74, 84 – 86, 96 e seguintes.

⁴⁸⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴⁹⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006. p. 161.

⁴⁹¹ SARMENTO, Daniel, A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 256. Neste sentido ver p. 34 deste trabalho.

⁴⁹² ADI 3510-0. p. 1.

positivada como direito fundamental no artigo 5º, *caput*, e em seus diversos incisos na Constituição da República⁴⁹³.

Na noção da dignidade da pessoa humana, deve-se inserir a liberdade como sendo também integrante do aspecto intrínseco em sua dimensão individual, pois da mesma forma como o direito à vida, a liberdade também é inerente à pessoa. Esse direito é considerado um direito fundamental de primeira geração.

A liberdade⁴⁹⁴ pode ser vista sob dois enfoques: o da liberdade relacionada aos movimentos das pessoas, e o da liberdade relacionada às liberdades de expressão e informação. Nesse segundo sentido é que se enquadra a liberdade em discussão na ADI abordada, ou seja, a liberdade prevista no inciso IX, do art. 5º, da Carta da República⁴⁹⁵. Esse direito à liberdade⁴⁹⁶, em sentido amplo, está relacionado à obrigação negativa do Estado.

Os valores e direitos trazidos à discussão nessa ação são concretizadores da dignidade da pessoa humana. Sobre isso Oscar Vilhena Vieira⁴⁹⁷ menciona:

[...] um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais – estes, sim expressamente consagrados pela Constituição de 1988.

Conforme visto na dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁴⁹⁸, o poder público deve agir objetivando a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Considerando as características principiológicas expostas, o princípio da dignidade da pessoa humana deverá ser concretizado na maior medida possível.

Observa-se, nesse julgamento, de um lado a discussão sobre a defesa da dignidade da pessoa humana do embrião – direito à vida - e do outro lado, a dignidade da pessoa humana daqueles que dependem das pesquisas de células-

⁴⁹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:”.

⁴⁹⁴ Neste sentido ver p. 7 deste trabalho..

⁴⁹⁵ Art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença;

⁴⁹⁶ Neste sentido ver p. 32 deste trabalho.

⁴⁹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 63.

⁴⁹⁸ Neste sentido ver p. 34 - 35 deste trabalho.

tronco e daqueles que desejam concretizá-las – direito à vida, à saúde e liberdade de pesquisa.

Nas discussões em plenário várias questões foram suscitadas, tais como o momento em que começa a vida humana. Tais questões não tiveram continuidade devido à sua complexidade e por entenderem os ministros não haver necessidade da solução delas para se decidir a lide.

O ponto decisivo para solucionar a questão, pelo menos para a Ministra Cármen Lúcia⁴⁹⁹ e para o Ministro Relator Carlos Ayres Britto⁵⁰⁰, que teve seu voto seguido integralmente pelos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, foi o fato de o embrião *in vitro* não se desenvolver sozinho após a fecundação, sem ser implantado em um útero, sem a nidadação. Diante disso, a Ministra Cármen Lúcia considera o óvulo uma substância humana e afasta qualquer possibilidade de afirmação de aborto alegando não haver gravidez fora do útero, o que torna o aborto impossível.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto alega haver vida com a fecundação, mas por não haver geração ou desenvolvimento embrionário no útero humano, a vida existe, mas não é considerada vida humana. O mesmo entendimento tem o Ministro Celso de Mello⁵⁰¹, admitindo que a fecundação dá início ao desenvolvimento embrionário, mas que o óvulo ou embrião não é um ser humano.

Sobre esse assunto, parece aplicável a noção de dignidade da pessoa humana exposta por José Afonso da Silva⁵⁰² :

[...] atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor intrínseco superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde na própria natureza do ser humano.

⁴⁹⁹ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-mai-29/leia_voto_ministra_carmen_lucia_pesquisas?pagina=12> Acesso em: 16 jan 10. e <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510CL.pdf>> acesso em: 16 jan 10.

⁵⁰⁰BRITTO, Carlos Ayres. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>> Acesso em: 15 jan 10.

⁵⁰¹MELLO, Celso de. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0**. Disponível em: <www.stf.jus.br/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89906&caixaBusca=N> Acesso em: 26 jan. 10.

⁵⁰²SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros; Caio Tácito. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1998. p. 91. Neste sentido ver p. 24 deste trabalho.

Para corroborar com esse posicionamento de Carlos Ayres Britto, também Peter Habêrle e Eduardo Carlos Bianca Bittar⁵⁰³ ensinam que os direitos fundamentais que concretizam a dignidade da pessoa humana são extensivos ao nascituro, o que leva à idéia de que a dignidade existe antes do nascimento.

Segundo De Plácido e Silva⁵⁰⁴ o termo nascituro significa: [...] quer precisamente indicar *aquela que há de nascer*. [...]. Silvio Rodrigues⁵⁰⁵ complementa descrevendo o nascituro como: “o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno...”.

Paulo Alpoim⁵⁰⁶ preceitua que: “ a Dignidade da Pessoa Humana é indissociável à pessoa...”. Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁰⁷ expôs – consoante se viu quando se tratou das características da dignidade da pessoa humana - mais especificamente da universalidade, que todos os seres humanos possuem dignidade.

Perante tais argumentos, levando-se em consideração as ponderações dos Ministros Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia, sobre o fato de o óvulo fecundado não ser considerado pessoa humana, nota-se que os direitos em discussão irão versar sobre a dignidade da pessoa humana – à vida, à saúde e à liberdade (dignidade da pessoa humana no aspecto intrínseco natural ou individual) – daqueles que esperam e buscam a cura de doenças em confronto com a dignidade de uma vida embrionária que, por não ser considerada ainda vida humana, não goza da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Aliás, a Ministra Cármen Lúcia⁵⁰⁸, em seu voto, preleciona:

A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agridem a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente assegurada [...] Dito de forma objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando um lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade de se lhes garantir, hoje, pela pesquisa, o aproveitamento para a dignidade da vida.

⁵⁰³ Neste sentido ver p. 21 deste trabalho.

⁵⁰⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.942.

⁵⁰⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil parte geral**. Vol. 1. 34ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

⁵⁰⁶ ALPOIM, Paulo. A dignidade da pessoa humana e a problemática do terrorismo. *In*: MIRANDA, Jorge. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 900.

⁵⁰⁷ Neste sentido ver p. 21 - 22 deste trabalho.

⁵⁰⁸ Ver voto citado em p. 118, nota de rodapé.

Como se vê, nos votos acima mencionados, prevalece a dignidade humana direcionada às pessoas que necessitam da cura, por meio das pesquisas das células-tronco, ou seja, o direito à saúde.

Convalidando os valores da terceira geração de direitos fundamentais, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto⁵⁰⁹ e, em seguida, a Ministra Cármen Lúcia, adicionam argumentos fraternos e solidários em favor da continuidade das pesquisas com células-tronco:

A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, **porém u´a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio.**[...] um ordenamento constitucional que desde seu preâmbulo qualifica ‘a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ como valores supremos de uma sociedade mais que tudo ‘fraterna’. [...] tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é a vida em **comunidade** (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. (grifos no original)

A Ministra Cármen Lúcia⁵¹⁰ discorre em seu voto:

...às pesquisas e aos procedimentos médicos da embriologia ou dos tratamentos de doentes deles dependentes, a ética e o direito passaram a considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, de cada um dos diretamente interessados e do seu enlaçamento a todos os outros que convivem na mesma aventura humana e até mesmo para os da espécie que vierem depois. Daí a adoção pelos sistemas jurídicos contemporâneos, aí incluído o brasileiro, do princípio da solidariedade entre gerações, que impõe a uma geração que ela se comprometa com quem vier depois (art. 225 da Constituição brasileira).

Nesse sentido, considerando a fraternidade e a solidariedade já utilizadas no direito ambiental e aplicando tais valores ao princípio da dignidade da pessoa humana, no seu sentido normogenético⁵¹¹, como razão para a criação da lei, concluiu-se desses votos que as pesquisas de células-tronco são desenvolvidas e voltadas para a dignidade da pessoa humana dos enfermos e para o tratamento e a cura de doenças.

⁵⁰⁹ Ver voto citado em p. 118, nota de rodapé.

⁵¹⁰ Ver voto citado em p. 118, nota de rodapé.

⁵¹¹ Neste sentido ver p. 66 deste trabalho.

Percebe-se a aplicação, na interpretação do sentido do princípio da dignidade da pessoa humana com relação às pesquisas sobre as células-tronco embrionárias, do princípio da precaução⁵¹² –princípio já utilizado no direito ambiental.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Eros Grau alertam sobre o perigo da vagueza da Lei 11.105/05, apontam para a necessidade da utilização da ética nas pesquisas admitidas nesta Lei, para que não ocorra um descontrole e um uso catastrófico, lembrando as pesquisas realizadas na Segunda Guerra mundial. Exortam, para tanto, a necessidade do uso do princípio da precaução adotado no direito ambiental.

Os votos dos Ministros Eros Grau⁵¹³, Ricardo Lewandowski⁵¹⁴ e Gilmar Mendes propõem que, neste caso concreto, seja proferida uma sentença aditiva⁵¹⁵, reparadora da Lei 11.105/05, para que não seja necessária a sua declaração de inconstitucionalidade, evitando-se um vazio legislativo que poderia ser mais danoso à solução da questão em exame. Gilmar Mendes⁵¹⁶ entende que, para a solução do caso, é necessária a criação de um Conselho de Ética vinculado ao Ministério da Saúde, conforme anota:

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma ‘função reparadora’...

O Ministro⁵¹⁷ explana sobre a tendência interpretativa que deverá ser adotada pela Suprema Corte com a adoção das sentenças aditivas:

⁵¹² SILVA, Reinaldo Pereira. Novos Direitos: Conquistas e Desafios. In: DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 221. O autor explica que o princípio da precaução é direcionado as ações que envolvem riscos incertos. Descreve: “Como medida de prudência redobrada, o princípio da precaução determina a não execução de uma ação se ela apresenta um risco incerto de dano grave e/ou irreversível...”.

⁵¹³ Ver voto citado em p. 115, nota de rodapé.

⁵¹⁴ Ver voto citado em p. 115, nota de rodapé.

⁵¹⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 87. O autor ensina sobre sentenças aditivas: “A incompletude ou defecção de determinado diploma legal, suscita, segundo diversas experiências constitucionais, decisões com caráter de suplementação normativa. Em tais casos, o órgão de jurisdição constitucional declara a inconstitucionalidade da lei ‘na parte em que não’ estabelece determinada medida – que constitucionalmente deveria estabelecer – e supre a omissão legislativa parcial, enunciando o critério normativo exigido.”

⁵¹⁶ Ver voto citado em p. 114, nota de rodapé.

⁵¹⁷ Ver voto citado em p. 114, nota de rodapé.

...é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva [...]

O entendimento referente a tal posição indica a preocupação dos Ministros supracitados com as pequenas e supostas lacunas que possam existir na lei e que sejam utilizadas para a coisificação do homem. A coisificação, segundo Kant⁵¹⁸, é meio mais fácil de identificar a indignidade de uma pessoa, ou seja, é o homem deixando de ser fim para ser meio. Esse fato pode ser referente tanto às pesquisas realizadas de maneira desordenadas como à coisificação dos indivíduos como cobaias em tratamentos. Assim, o entendimento desses ministros leva em consideração a adoção da sentença aditiva para instituir um órgão do Ministério da Saúde para controlar as pesquisas.

Outro ponto abordado nessa ADI 3510 foi a interpretação que deveria ser atribuída à Lei 11.105/05.

O Ministro Gilmar Mendes⁵¹⁹, percorrendo sobre a interpretação conforme a Constituição e o posicionamento do Supremo Tribunal em relação a essa ferramenta interpretativa, aponta:

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme a Constituição. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme a Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.

⁵¹⁸ Neste sentido ver p. 7 deste trabalho.

⁵¹⁹ MENDES, Gilmar. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – 0**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>> Acesso em: 15 jan 10. Durante essa citação o Ministro Gilmar Mendes faz várias citações como: Rp. 948, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 82:55-6; Rp. 1.100, RTJ,115:993 e s.;

Para o Magistrado, a interpretação do Supremo Tribunal Federal não segue todos os requisitos necessários antes de proceder a interpretação conforme a Constituição, deixando, assim, de levar em conta a intenção do legislador quando a expressão gramatical já permite a utilização desse princípio instrumental de interpretação, não esgotando assim os métodos tradicionais de interpretação. Nesse mesmo sentido, Canotilho⁵²⁰ comenta o afastamento de tal interpretação:

[...] a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio⁵²¹ não concorda em aplicar a interpretação conforme a Constituição, no caso em discussão, pois ele não possui os requisitos necessários para que ocorra tal interpretação:

[...] sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme a Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo, contrariando e não protegendo a Constituição Federal, o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso. Essas premissas não se fazem presentes.

A interpretação conforme a Constituição ocorrerá, segundo Canotilho⁵²²: “...no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas...”.

Luís Roberto Barroso⁵²³ afirma que para haver essa interpretação “...deve-se procurar no texto da lei infraconstitucional sua interpretação menos evidente...”.

Parece adequada a interpretação levada a efeito pelo Ministro Marco Aurélio, em que argumenta no sentido da inexistência de ambigüidade do texto infraconstitucional em relação à Constituição.

⁵²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina. S.d. p. 1211. Canotilho cita em nota de rodapé: LEIBHOLZ/RINCK/HESSELBERG, Grundgesetz, Kommentar, 6ª ed., 1989, I p.11; HESSE, Grundzüge, p. 29; PRÜMM, Verfassung und Methodik, pp. 118. O autor indica como crítica ao exposto: CASTANHEIRA NEVES, Metodologia Jurídica, pp 90 e ss.

⁵²¹ AURÉLIO, Marco. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0**. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/ciencia/2008/05/29/marco_aurelio.pdf> Acesso em: 16 jan 10.

⁵²² Neste sentido ver p. 106 – 108 deste trabalho.

⁵²³ Neste sentido ver p. 106 – 108 deste trabalho.

Percebe-se a divergência no Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação da interpretação conforme a Constituição mesmo diante dos requisitos exigidos para aplicação dessa ferramenta.

Foram determinantes para motivar a decisão majoritária dos ministros, os valores fundamentais de terceira geração, como a solidariedade – artigo 3º, inciso I – e da fraternidade – preâmbulo da Constituição.

Os métodos de interpretação utilizados foram os da interpretação tradicional, objetivamente e as interpretações gramatical, lógica⁵²⁴, teleológica e, subjetivamente a histórica.

Na interpretação gramatical, analisou-se que a expressão “embrião humano” não tratava necessariamente de um ser humano e sim de uma vida que não poderia ser considerada humana.

A interpretação lógica ou sistemática foi utilizada, por exemplo, na interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio norteador e harmonizador de todo o sistema.

Ao proferirem seus votos, os ministros citam valores contidos no preâmbulo da Constituição – fraternidade - indicação da utilização do método teleológico que, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵²⁵, busca a razão pela qual a norma foi elaborada, o valor inspirador da norma, para diante disso aplicarem ao caso concreto.

O Ministro Carlos Ayres Brito (relator) votou pela improcedência da ADI 3510, seguido pelos Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Tiveram seus votos vencidos os Ministros Carlos Alberto Menezes, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

A maioria dos ministros seguiu o voto que versou sobre o argumento de não haver violação do princípio da dignidade da pessoa humana do óvulo fecundado,

⁵²⁴ Leis citadas no voto da Ministra Cármen Lúcia: artigo 128, inc. I e II do Código Penal; artigos: 5º incisos I, II, IX; 199, parágrafo 4º; 218; 225 da Constituição da República; Declaração Sobre Genoma Humano artigos 1º, 10, 11.

Leis citadas no voto do Ministro Carlos Ayres Brito: Preâmbulo; artigos 1º incisos III; 3º inciso I; 5º incisos I, II, III; 12, inciso I; 34 inciso VII alínea b; 85 inciso III; 194; 197; 199 parágrafo 4º; 226, parágrafo 7º; 227 parágrafos: 1º, 3º inciso VII, 4º e 7º; 229 da Constituição da República; Lei 8069/90 – Criança e Adolescente; Lei 9434/97 – Doação de Órgãos; artigos 123, 124, 125, 126, 127 e 128 caput do Código Penal

⁵²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 382.

pelo fato de ele não estar situado no útero humano, não se caracterizando, assim, uma vida humana.

O Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, entendeu que a dignidade da pessoa humana, no seu aspecto intrínseco – individual ou social -, deve ser tutelada sob o ângulo dos direitos fundamentais de terceira geração: solidariedade social e a fraternidade de todos os que aguardam e têm esperança de novas descobertas sobre a cura das doenças que atingem os enfermos.

A decisão proferida foi a menos traumática, pois o Supremo Tribunal não assumiu o papel de tirar a vida humana e sim de negar a vida humana. Essa foi uma maneira de não entrar em confronto direto com os argumentos que tutelavam a dignidade da pessoa humana do óvulo fecundado.

Parece adequado admitir, apesar de não ter sido o posicionamento da maioria dos ministros do STF, a sentença aditiva que disponha sobre a fiscalização pelo Ministério da Saúde das pesquisas que envolvem células-tronco, para que não ocorram manipulações e implantações de óvulos indevidos.

2) ADF 54-8⁵²⁶ - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Questão de Ordem e Medida Cautelar na ADF. Julgamento em 27/04/2005.

A CNTS suscitou, nesta ADF, a violação de direito fundamental na aplicação da lei penal em detrimento da norma constitucional nos casos que versam sobre antecipação do parto de feto anencéfalo.

O Supremo Tribunal teve a oportunidade de decidir sobre a antecipação do parto de fetos anencefálicos no HC 84.025⁵²⁷, descaracterizando o aborto, e que

⁵²⁶ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=54&classe=ADPF-QO>> acesso em 16 jan. 10. Deixando de lado as discussões do STF sobre a adequação da ADF para solução do caso, já se pode verificar - no julgamento da questão de ordem e medida cautelar - certa antecipação dos entendimentos dos ministros quanto ao mérito da questão, ou seja, quanto a antecipação do parto do feto anencefálico. O STF disponibilizou no seu site supracitado 216 laudas deste caso.

⁵²⁷ Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=84025&classe=HC>> acesso em: 16 jan. 10.

teve como relator o Ministro Joaquim Barbosa. Mas esse acórdão foi considerado prejudicado pela perda do objeto.

Oscar Vilhena Vieira⁵²⁸ demonstra em sua obra que a questão sobre fetos anencefálicos tem sido objeto de apreciação pelo Poder Judiciário nos últimos anos e, na grande maioria das vezes, a antecipação do parto, descaracterizando o aborto no aspecto penal, é permitida, formando assim uma jurisprudência que perdeu força em razão de algumas decisões contrárias nos últimos anos.

O Supremo Tribunal Federal tem, novamente, a complicada incumbência de decidir sobre a antecipação do parto de fetos anencefálicos, diante da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 acima citada⁵²⁹.

Na ADPF 54, em análise, o Ministro Nelson Jobim alerta para a importância desse julgamento e alega a violação de outro direito fundamental, possível de ser identificado no caso concreto, que é a segurança jurídica assegurada no *caput* do artigo 5º da nossa Lei Fundamental.

Nessa ADPF, o autor requer permissão da antecipação do parto do feto anencefálico, ou seja, a desconsideração do crime de aborto - de acordo com o Código Penal, em seus artigos 124⁵³⁰, 126 *caput*⁵³¹ e 128, incisos I e II⁵³².

O Ministro Gilmar Mendes⁵³³ sumariza o pedido principal do autor:

‘(...) requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 125, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei no. 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.’

⁵²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo. Malheiros, 2006. p. 79 - 105.

⁵²⁹ Disponível em: <www.stf.jus.br/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=96101&caixaBusca=N> Acesso em: 26 jan. 10. Devido à importância e repercussão do caso em questão, foram realizadas audiências públicas com a participação de 25 instituições diferentes, ministros de Estado, cientistas e outros.

⁵³⁰ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento – Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

⁵³¹ Aborto provocado por terceiro – Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

⁵³² Art. 128. Não se pune aborto praticado por médico: Aborto necessário I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁵³³ **ADPF 54-8**. p. 157 – 158.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde alega que os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) – o direito à vida (preservação física e psíquica), o princípio da legalidade (artigo 5º II), a liberdade e autonomia da vontade (art. 5º inc. II) e o direito à saúde (arts. 6º e 196) – da gestante são violados em face dos artigos relacionados ao aborto, elencados pelo Código Penal.

Em sentido contrário, discute-se a dignidade da pessoa humana com base na preservação da vida do feto.

Na explanação sobre as células-tronco, já foram relacionados os direitos⁵³⁴ à vida, à saúde, como fundamento da ADI 3510 e que se aplicam a esse caso também. Cabe, neste momento, breve exame do direito à liberdade, com fundamento no princípio da legalidade.

Segundo o arguente, à liberdade relaciona-se ao direito à legalidade, fundamentado no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República⁵³⁵. Alega⁵³⁶ o autor que “A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei...”. Esse direito compõe o aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana.

É de se lembrar que Kant⁵³⁷, quando defende a autonomia da vontade, na liberdade de a pessoa poder tomar suas próprias decisões, afirma que a indignidade ocorre com a coisificação do homem.

Aplicando o ensinamento de Kant ao caso concreto, conforme requer a CNTS, a gestante deve ter a autonomia de escolher se deve ou não dar continuidade à gestação. Caso ela seja obrigada a ter o filho, contra a sua vontade, estará sendo tolhida em sua liberdade de escolha e servindo de meio. Nesse caso, ocorrerá a coisificação, que gera a indignidade.

Diante do exposto, ocorre, aparentemente, o conflito entre os princípios da dignidade da pessoa humana do feto – direito à vida – e a dignidade da pessoa humana da gestante – direito à vida (saúde física e psíquica), liberdade (autonomia da vontade) e o do dever de prestação à saúde por parte do Estado.

⁵³⁴ O tema sobre direito à vida, à saúde, à liberdade, aos aspectos da dignidade da pessoa humana entre outros, são citados neste trabalho nas páginas: 2, 17 - 26, 28 - 42, 55 - 74, 84 - 86, 96 e seguintes.

⁵³⁵ Art. 5º II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

⁵³⁶ **ADPF 54-8**, p. 26.

⁵³⁷ Neste sentido ver p. 7 deste trabalho.

Cumpra assinalar que os direitos em discussão são direitos fundamentais e devem ser concretizados em sua maior medida, pois são direitos objetivos, que deverão ser cumpridos pelo Estado para que ocorra a concretização da dignidade da pessoa humana.

Em breve análise do mérito, alguns ministros já demonstraram aparentemente suas posições ao decidirem a questão de ordem e medida acauteladora.

O Ministro Eros Grau⁵³⁸ deixou consignado que não autoriza o aborto do feto anencefálico, ou seja, em ponderação liminar no confronto entre a dignidade da pessoa humana da mãe (direito à vida – física e psíquica; à saúde e a liberdade – autonomia da vontade) e do direito à dignidade da pessoa humana do feto (direito à vida), defende o direito do feto.

No mesmo sentido, o Ministro Cezar Peluso⁵³⁹ expõe seu entendimento, sobrepondo a dignidade da pessoa humana – direito à vida – do feto em relação à dignidade da pessoa humana da mulher.

Contrariando os posicionamentos supracitados, o Ministro Carlos Ayres Britto⁵⁴⁰ demonstra, citando as possibilidades de interpretações da lei infraconstitucional, a tendência ao voto favorável em relação à antecipação do parto, ou seja, favorável a prevalência da dignidade da pessoa humana da mulher. Nesse sentido cita a possibilidade jurídica em que a lei permite o abortamento no caso de estupro em prol da gestante e quando o feto é perfeito, resguardando assim a dignidade da gestante em relação à vida do feto.

Carlos Ayres Britto⁵⁴¹ aborda, ainda, a existência da Lei 9434/97, que permite a doação de órgãos a partir do momento da constatação da morte cerebral, para justificar a antecipação do parto de fetos com anencefalia.

Em contraposição, o Ministro Cezar Peluso⁵⁴² não concorda com a analogia da antecipação do parto de feto anencefálico com à morte encefálica. A Lei 9434/97 serve para salvar outras vidas, enquanto a morte de um feto anencefálico não⁵⁴³.

⁵³⁸ **ADPF 54-8**. p. 48.

⁵³⁹ **ADPF 54-8**. p. 95.

⁵⁴⁰ **ADPF 54-8**. p. 125.

⁵⁴¹ **ADPF 54-8**. p. 123.

⁵⁴² **ADPF 54-8**. p. 96.

⁵⁴³ Em sentido contrário temos:

Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm> Acesso em 18 abril 10.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.752/04

Assim, pode-se perceber que o Ministro Cezar Peluso faz sua interpretação da lei 9434/97 de forma sistemática, conforme os direitos fundamentais de terceira geração, considerando a fraternidade e a solidariedade como fundamento para a concretização da dignidade da pessoa humana do próximo.

Já no voto proferido no HC 84.025⁵⁴⁴, o Ministro Joaquim Barbosa⁵⁴⁵ demonstrara seu entendimento no sentido de: "...ao proceder à ponderação entre valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher...", porém, como relatado anteriormente, esse julgamento não foi finalizado devido à perda do objeto, ou seja, o nascimento do feto.

O Ministro Marco Aurélio demonstrou tendência favorável à dignidade da pessoa humana da gestante em detrimento da dignidade da pessoa humana do feto, pois, quando ocupava a Presidência da Suprema Corte, em período de recesso, deferiu o pedido liminar de antecipação de parto de feto anencefálico. Assim, a antecipação do parto de feto anencefálico foi permitida durante certo período, prevalecendo a dignidade da gestante, sendo posteriormente cassada essa decisão liminar.

O autor⁵⁴⁶ da ação requereu, ainda, que o STF aplicasse a interpretação conforme a Constituição. Caso essa interpretação fosse acolhida pelo Supremo Tribunal, a gestante poderia decidir pela antecipação do parto com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) – direito à vida (preservação física e psíquica), legalidade (artigo 5º II), liberdade e autonomia da vontade (art. 5º inc. II) e direito à saúde (arts. 6º e 196) e os médicos não seriam punidos pela realização da antecipação dos partos de fetos anencefálicos.

(Publicada no D.O.U. 13.09.04, seção I, p. 140) Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

RESOLVE:

Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 8 de setembro de 2004.

⁵⁴⁴ Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=84025&classe=HC> > acesso em: 16 jan. 10.

⁵⁴⁵ **ADPF 54-8**, p. 141.

⁵⁴⁶ **ADPF 54-8**, p. 26.

Os Ministros demonstram posicionamentos diferenciados em relação à interpretação que deverá ser atribuída à norma do Código Penal em questão.

Gilmar Mendes⁵⁴⁷ salienta que, em caso de conflito da lei inferior com a lei superior, deverá ser utilizada a lei superior, no caso, o princípio da soberania da Constituição.

O Ministro Carlos Ayres Britto⁵⁴⁸ indica que só é possível a interpretação conforme a Constituição, tendo, antes, ocorrido a interpretação da lei infraconstitucional e esta não ter sido conclusiva. Pondera o acionamento da interpretação conforme a Constituição quando expõe:

[...] toda compreensão de um dado texto normativo subconstitucional se faz à luz dele mesmo e por comparação apenas com o diploma normativo com que veio ao mundo das positividades jurídicas. **Esse o primeiro endógeno limite ao juiz-intérprete.** Somente depois é que se pode pretender o manejo da 'interpretação conforme', caso o resultado daquela primeira operação interpretativa venha a se traduzir numa compreensibilidade pelo menos dúplice (uma a negar a outra). É como reversamente afirmar: o requisito de procedibilidade da *interpretação conforme* somente se considera atendido, em princípio, se o resultado daquela primeira operação hermenêutica não implicar unicidade de entendimento normativo. (grifos no original)

Carlos Ayres Britto⁵⁴⁹ ainda explicita que em não havendo compreensão na primeira interpretação normativa e havendo no mínimo sentido dúplice, esses fatores funcionarão como uma “*chave de ignição*” para que ocorra uma interpretação conforme a Constituição. O Ministro⁵⁵⁰ conclui: “há mesmo uma pluralidade de entendimentos quanto ao conteúdo e alcance dos textos normativo-penais aqui referidos”.

Contrário a interpretação conforme a Constituição, o Ministro Cezar Peluso⁵⁵¹ dispõe:

[...] para interpretar o Código Penal e chegar a interpretação sustentada pela autora, não é preciso invocar a Constituição. Estamos no terreno da pura exegese sistemática, que nada tem a ver com a interpretação conforme a Constituição; trata-se, apenas de resolver teses a respeito da interpretação de normas de caráter penal.

⁵⁴⁷ ADPF 54-8. p. 177.

⁵⁴⁸ ADPF 54-8. p. 135.

⁵⁴⁹ ADPF 54-8. p. 135.

⁵⁵⁰ ADPF 54-8. p. 138.

⁵⁵¹ ADPF 54-8. p. 152-153.

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence⁵⁵², assinala sobre a interpretação da lei:

[...] a interpretação que se há de fazer da lei anterior, ainda que admitida a sua recepção, há de partir das regras e, mais que das regras, a partir dos princípios fundamentais da Constituição superveniente. A superveniência da Constituição pode, sim, levar, sobretudo quando se soma – e é que se sustenta – a mudança dos conhecimentos médicos a respeito da questão, pode levar sim a uma inversão do que parecia um límpido, claro e indiscutível sentido da Lei anterior, quando ao tempo de sua publicação.

No momento em que a Constituição entrou em vigor em 1988, todo entendimento infraconstitucional, de acordo com o exposto neste trabalho, deve ser interpretado seguindo o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁵³.

Carece lembrar que no julgamento sobre células-tronco, a lei fulminada pelo vício de inconstitucionalidade era do ano de 2005, promulgada, portanto, após a Constituição entrar em vigor. Já na ADPF 54, a inconstitucionalidade suscitada pelo autor da ação diz respeito a artigos do Código Penal, ou seja, uma lei que foi editada antes da promulgação da nova Constituição e que não foi revogada por ela. Diante disso, admite-se que a lei de 1940 foi acolhida pela nossa Constituição de 1988.

Conforme o exposto, o Supremo Tribunal se divide em relação ao posicionamento que deverá ser adotado. Aparentemente o Ministro Eros Grau e a Ministra Ellen Gracie posicionam-se contrários à antecipação do parto. Contra a antecipação do parto, mais visivelmente, posiciona-se o Ministro Cezar Peluso. Aparentemente favoráveis à antecipação do parto estão o Ministro Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa – conforme seu voto no HC 84.025 – 6 RJ – e o Ministro Carlos Ayres Britto.

A despeito do exame de diversos pontos de vista dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a ação em questão, impõe-se lembrar que não são conclusivos, pois o mérito da ADPF 54 não foi ainda julgado definitivamente.

Parece que a interpretação da dignidade da pessoa humana interliga-se à lei penal por meio de uma interpretação sistemática, histórica – pois à época de sua elaboração não existiam exames confiáveis para detectar o quadro de anencefalia –

⁵⁵² ADPF 54-8. p. 231.

⁵⁵³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. in: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006. p. 48.

e ainda teleológica – neste caso, analisando a intenção do legislador quando acolheu a excludente sobre o aborto.

Diante da análise da ADPF 54, há características dos princípios a serem consideradas. Nesse sentido, a abstração dos princípios permite que o princípio da dignidade da pessoa humana, ora em questão, seja utilizado juntamente com a lei penal, alterando a interpretação atribuída a ele quando de sua criação, em, 1940, pois, conforme visto, e de acordo com Canotilho⁵⁵⁴, a característica da abstração permite que o princípio capte as mudanças que ocorrem com o passar dos tempos, tornando a norma aberta para ser alterada de acordo com a realidade, fazendo assim com que a norma sempre possa ser atualizada.

A anencefalia não podia ser diagnosticada com total segurança há algumas décadas. Assim não era totalmente seguro positivar mais uma excludente abortiva. Nesse caso, diante de um diagnóstico duvidoso, inseguro, não havia dúvidas de que a dignidade da pessoa humana do feto deveria ser tutelada, para não haver enganos e atentados contra fetos com perspectiva de vida.

Atualmente, com o avanço tecnológico, é possível detectar a anencefalia com total segurança no diagnóstico. Assim, a abstração do princípio da dignidade da pessoa humana com a captação de uma nova realidade pode ser fundamental na decisão dos Ministros, contribuindo para a definição de qual dignidade da pessoa humana deverá prevalecer.

Como já se repetiu neste trabalho, a dignidade da pessoa humana tem sua base na liberdade e igualdade. No *Habeas Corpus* 82.424-4, o Supremo Tribunal Federal pode julgar um suposto conflito entre esses dois direitos. Esse julgamento será objeto de análise, a seguir.

3) Habeas Corpus 82.424-4 - Rio Grande do Sul⁵⁵⁵ - 17. 09. 2003. Relator: Ministro Moreira Alves. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outros. Coator o Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1143.

⁵⁵⁵Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=82424&classe=HC>> acesso em 09 nov. 09. O STF disponibilizou no site supracitado 488 laudas deste caso.

Diz a ementa do acórdão⁵⁵⁶ :

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros '*fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias*' contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII)... (grifos no original)

Desse caso, à Suprema Corte coube apreciar, de um lado a tutela do direito⁵⁵⁷ à liberdade de expressão, e de outro lado, o direito de todos serem tratados de forma igual, sem qualquer possibilidade de ocorrência de tratamento racista ou discriminatório.

Como já mencionado, a liberdade é um dos pilares da dignidade da pessoa humana. Está positivada como direito fundamental no artigo 5º, *caput* e incisos da Constituição da República⁵⁵⁸. Na classificação da dignidade da pessoa humana, insere-se a liberdade como sendo integrante do chamado aspecto intrínseco, pois ela também é inerente à pessoa. Esse direito é considerado um direito fundamental de primeira geração, sendo, assim, considerado auto-aplicável e de aplicação imediata.

Aqui a liberdade⁵⁵⁹ pode ser vista sob o enfoque das liberdades relacionadas às liberdades de expressão e informação. Anna Candida da Cunha Ferraz⁵⁶⁰ pondera-a como liberdade em geral; é onde se enquadra a liberdade aqui abordada, ou seja, a liberdade referida no inciso IX da Carta da República⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=82424&classe=HC>> acesso em: 18 jan 10.

⁵⁵⁷ O tema sobre direito à liberdade, à liberdade, aos aspectos da dignidade da pessoa humana entre outros, são citados neste trabalho nas páginas: 2, 17 - 26, 28 - 42, 55 - 74, 84 - 86, 96 e seguintes.

⁵⁵⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵⁵⁹ Neste sentido ver p. 7 deste trabalho..

⁵⁶⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006. p. 160.

⁵⁶¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença;

Sobre o direito à liberdade, consagrado na Constituição, o Ministro Carlos Velloso⁵⁶² assevera que:

É indubitoso que a Constituição brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a liberdade de imprensa (C.F. art. 5º, IV e IX; art. 220).

O Ministro Gilmar Mendes⁵⁶³ ressalta que a liberdade de expressão mais especificamente: "...constitui pedra angular do próprio sistema democrático".

Conforme posicionamentos que advirão, nota-se a importância atribuída à liberdade pelo Supremo Tribunal Federal, até mesmo por compor a base da dignidade da pessoa humana.

Em contraposição à liberdade, neste caso concreto, temos o direito à igualdade. No momento em que a Constituição da República pune o racismo e a discriminação, busca com isso o tratamento igualitário entre todos. O racismo é um atentado ao direito de igualdade, disposto no artigo 5º, inciso XLII⁵⁶⁴ e relaciona-se com os objetivos da República estabelecidos no artigo 3º, inciso IV⁵⁶⁵ da Constituição de 1988.

A igualdade também é uma das características básicas da dignidade da pessoa humana, juntamente com a liberdade, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho. Adriana Zawada Melo⁵⁶⁶ assinala que: "É a aplicação da igualdade em seu sentido positivo que baliza concretamente a adoção de medidas tendentes a preservar e promover a dignidade da pessoa humana".

A igualdade relacionada ao racismo integra o aspecto intrínseco da dignidade. O direito a manter ou buscar a igualdade entre os seres humanos é considerado um direito fundamental de primeira geração, auto-aplicável e de aplicação imediata.

Aliás, o Ministro Maurício Corrêa⁵⁶⁷ assim entende: "Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade".

⁵⁶² **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 689.

⁵⁶³ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 649.

⁵⁶⁴ Art. 5º, inc. XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁵⁶⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵⁶⁶ MELO, Adriana Zawada. Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana. In: **Revista Mestrado em Direito/Unifiefio** – Centro Universitário Fieo, ano 7, número 1. Edifio, 2007. p. 112.

⁵⁶⁷ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 583.

Esse princípio se alastra pela Carta Magna brasileira em diversos dispositivos, como demonstra Adriana Zawada Melo⁵⁶⁸:

A Constituição pátria de 1988 consagrou, em seu artigo 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, a qual é também fundamento, como visto, da própria igualdade e dos demais direitos fundamentais. Em outros dispositivos, a mesma Constituição expressamente menciona a igualdade (art. 5º, caput e inciso I), compromete-se com a redução das desigualdades (art. 3º, III) e com a repulsa à discriminação (art. 3º, IV), além de literalmente vincular o Estado brasileiro com a busca pela justiça social e pelo bem-estar social (arts. 170 e 193).

É sabido que a dignidade da pessoa humana resulta de uma composição de vários valores, formando um só feixe complexo. Para Luís Roberto Barroso⁵⁶⁹, a dignidade da pessoa humana é formada por um “conjunto de valores civilizatórios”. No caso, ora em questão, o aspecto intrínseco que fundamenta o direito de liberdade à expressão, aparentemente colide com o aspecto intrínseco que fundamenta o direito à igualdade.

O Ministro Celso de Mello⁵⁷⁰ atribui ao Estado a função de “atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana”, ou seja, todos aqueles direitos que integram os aspectos da dignidade da pessoa humana, incluindo assim o direito à liberdade e o direito à igualdade, que são direitos de primeira dimensão, de acordo com Anna Candida da Cunha Ferraz⁵⁷¹.

Assim, em se tratando da dignidade da pessoa humana no aspecto intrínseco, o Estado e o particular não devem violar o direito à liberdade, à igualdade ou a qualquer outro direito que atinja o princípio da dignidade da pessoa humana – prestação negativa do Estado, como já mencionado. Repise-se aqui que caso ocorra a violação desses direitos, aquele que sofreu o atentado ao direito à liberdade, à igualdade, tem o direito subjetivo de acionar o Estado para que este atue no sentido de cessar ou reparar a violação – prestação positiva do Estado.

⁵⁶⁸ MELO, Adriana Zawada. Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana. In: **Revista Mestrado em Direito/Unifiefio** – Centro Universitário Fieo, ano 7, número 1, 2007. p. 112.

⁵⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros. p. 52.

⁵⁷⁰ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 633.

⁵⁷¹ Neste sentido ver. p. 29 e 32 deste trabalho.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello⁵⁷² alega que no caso de abuso ou quando ultrapassadas as barreiras éticas e jurídicas, o Estado deverá intervir. Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁷³ reconhece a importância do Estado no papel de prestador do poder público e no seu dever de assegurar a dignidade humana por meio do respeito da liberdade, da igualdade.

Conforme a exposição dos valores aparentemente contrapostos e diante da obrigação de atuação estatal, o Ministro Gilmar Mendes⁵⁷⁴ declara que o objetivo diante desse conflito de valores é “...a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade da pessoa humana...”. Diante da preservação de valores conexos à dignidade da pessoa humana, abordar-se-á a atuação do Supremo Tribunal Federal diante deste caso prático.

O paciente – autor do suposto racismo - alega que os judeus não são considerados raça, e assim sendo não pode ser acusado do crime de racismo contra os judeus, e, por consequência alega também não ter cometido o crime de racismo, ocorrendo assim a prescrição⁵⁷⁵.

Sobre a referida alegação, os ministros buscam o significado, por meio da interpretação gramatical, da palavra raça – de que se origina racismo. O Ministro Maurício Corrêa⁵⁷⁶ expõe sua convicção nas pesquisas em genética, examina o conceito de raça, e afirma com base nos cientistas: “...que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra”. De modo unânime, os Ministros da Suprema Corte concordam que não existem raças, ou seja, raça é apenas uma, a humana. Essa conclusão foi baseada em pesquisas sobre o genoma humano.

Apesar da conclusão unânime da Corte Suprema sobre o assunto, a ação seguiu adiante, buscando-se o alcance constitucional do termo racismo, por meio dos métodos de interpretação: o lógico – interligação com outros dispositivos – e o método teleológico – o valor que inspirou a criação da norma - descrito no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República.

⁵⁷² **Habeas Corpus 82.424-2.** p. 928.

⁵⁷³ Neste sentido ver p. 38 deste trabalho.

⁵⁷⁴ **Habeas Corpus 82.424-2.** p. 670.

⁵⁷⁵ Art. 5º, inc. XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

⁵⁷⁶ **Habeas Corpus 82.424-2.** p. 559.

O Ministro Relator Moreira Alves⁵⁷⁷ faz uma interpretação visando a um resultado restritivo do termo prescrito no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República. Justifica sua interpretação:

Esse dispositivo se prende a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o que se encontra no inciso IV do artigo 3º da Carta Magna [...] Além de crime de racismo, como previsto no artigo 5º, XLII, não abarca toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de 'racismo', não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5º apenas determina que a lei os considera inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Em seguida, o Ministro Relator⁵⁷⁸ cita a emenda aditiva 2P00654-0 do Constituinte à época, Carlos Alberto Caó. Essa emenda originou o inciso XLII⁵⁷⁹ do artigo 5º da atual Constituição e foi justificada como uma emenda para proteção racial dos negros.

Diante disso, verifica-se que o Ministro Relator considerou que a melhor interpretação a ser feita no caso era pela junção da interpretação gramatical e a sistemática - reconhecendo o elo entre os incisos XLIII⁵⁸⁰ e XLII⁵⁸¹ e com o artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República - e a teleológica. O termo "raça" foi interpretado restritivamente e buscando a vontade do legislador constituinte, de acordo com a citação de atribuição do racismo à raça negra.

⁵⁷⁷ **Habeas Corpus 82.424-2**. p 535.

⁵⁷⁸ ALVES, Moreira. **Habeas Corpus 82.424-2**. Rio Grande do Sul. p 536. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=82424&classe=HC>> acesso em 09 nov. 09.

⁵⁷⁹ Art. 5º, inciso XLII - a prática do racismo consitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁵⁸⁰ Art. 5º, inciso XLIII – A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitem;

⁵⁸¹ Art. 5º, inciso XLII - a prática do racismo consitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

O Ministro Marco Aurélio⁵⁸² cita o posicionamento do Ministro Relator Moreira Alves: “ Entendeu o relator que, enquadrado o crime como discriminação contra o povo judeu, e não como racismo, a prescrição punitiva já teria acontecido.”

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio⁵⁸³ trata da imprescritibilidade punitiva do paciente citando a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e fazendo analogia ao Direito Internacional, alega que a imprescritibilidade tem um caráter de excepcionalidade, no Brasil⁵⁸⁴:

[...] sempre houve o repúdio à adoção de crimes imprescritíveis [...] no nosso sistema constitucional vigente, ao lado do racismo por discriminação contra o negro, somente o crime de ‘ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático’

Dessa forma, o Ministro Marco Aurélio⁵⁸⁵ faz uma interpretação restritiva da imprescritibilidade, afirmando que só poderá ocorrer quando existir a prática racista contra negros. Além dos fundamentos expostos, ele sustenta que o livro não incita a violência e sim faz relatos históricos, embora ele mesmo não concorde com o material descrito.

O posicionamento restritivo de interpretação acima descrito pelos Ministros não prevaleceu perante a decisão da Suprema Corte.

O Ministro Maurício Corrêa⁵⁸⁶ expõe sua convicção que diante das dificuldades conclusivas, há a necessidade da utilização de todos os métodos tradicionais possíveis: o histórico, o político e sociológico para chegar-se ao alcance do sentido da norma constitucional, pois a interpretação apenas gramatical não seria suficiente.

O Ministro⁵⁸⁷ invoca o artigo 3º, inc. IV⁵⁸⁸, da Constituição, defendendo que o termo raça deve ser interpretado de forma extensiva, pois se raça e cor fossem iguais não precisaria constar os dois termos no mesmo inciso. Faz uma

⁵⁸² **Habeas Corpus 82.424-2.** p. 860.

⁵⁸³ **Habeas Corpus 82.424-2.** p. 866-867.

⁵⁸⁴ **Habeas Corpus 82.424-2.** p. 920-921.

⁵⁸⁵ **Habeas Corpus 82.424-2.** p. 923.

⁵⁸⁶ **Habeas Corpus 82.424-2.** p. 559.

⁵⁸⁷ **Habeas Corpus 82.424-2.** p. 581.

⁵⁸⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV: - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

interpretação sistemática, citando o artigo 4º, inc. VIII⁵⁸⁹, como adesão da Constituição ao repúdio ao terrorismo e ao racismo.

O Ministro Cezar Peluso⁵⁹⁰ critica a interpretação em sentido estrito do termo racismo, pois, segundo ele, a tutela constitucional atingiria um número reduzido de pessoas. Então, defende uma interpretação ampla com a utilização do método teleológico.

O Ministro Nelson Jobim⁵⁹¹ lembra, em seu voto, que, de acordo com os registros sobre os debates na Assembléia Constituinte, consta neles a abordagem não só ao negro, como foi descrito no discurso do constituinte Carlos Alberto Caó, como também ao homossexual, ao judeu, demonstrando assim que a interpretação do racismo não pode ser realizada com restrições.

O Ministro Carlos Velloso⁵⁹² acredita que o termo racismo deva receber uma interpretação extensiva, e entendido como um preconceito em relação a grupos humanos. O racismo não dependerá apenas da cor da pele, mas também da religião e descreve o racismo como atribuição de “características ‘raciais’ para instaurar a desigualdade e a discriminação”. O Ministro⁵⁹³ ainda condena o paciente, pois entende que sua obra não tem caráter científico e sim panfletário, estimulando a intolerância, não trazendo melhorias ou contribuições para um aperfeiçoamento do ser humano.

Após a exposição do posicionamento interpretativo de alguns ministros, levando em conta a preservação dos valores atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana e diante da presença de conflito entre os princípios, observa-se o uso da técnica da ponderação de valores⁵⁹⁴. É o que se vê nas palavras do Ministro Maurício Corrêa⁵⁹⁵ e do Ministro Marco Aurélio que ressalta a importância de se solucionar a colisão de direitos por meio dessa técnica⁵⁹⁶:

⁵⁸⁹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo.

⁵⁹⁰ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 758-759.

⁵⁹¹ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 975.

⁵⁹² **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 685.

⁵⁹³ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 688.

⁵⁹⁴ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 632. O Ministro Celso de Mello define como “método” a utilização de meios para resolução de conflitos entre valores. Neste trabalho estabelecemos, de acordo com pág. 68 deste trabalho, a utilização desses mesmos meios para resolução conflitos entre valores e denominamos como “técnica”.

⁵⁹⁵ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 584.

⁵⁹⁶ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 870.

Estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores [...] Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso, atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela.

Ana Paula de Barcellos⁵⁹⁷ refere-se à ponderação como sendo: “uma técnica de decisão de *casos difíceis* (do inglês “*hard cases*”), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.”

Canotilho⁵⁹⁸ ensina que:

[...] o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma <<lógica do tudo ou nada>>, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu <<peso>> e as circunstâncias do caso.

Em sua aferição sobre a razoabilidade e a proporcionalidade de cada um dos direitos que deverão ser ponderados, o Ministro Carlos Velloso⁵⁹⁹ atribui ao direito à igualdade maior valor do que ao direito à liberdade de expressão e destaca que: “A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana [...] ainda mais quando a liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada”.

Sobre o assunto, Ministro Maurício Corrêa⁶⁰⁰ expõe sua convicção valorando majoritariamente o direito à igualdade:

[...] os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham na mira desse eventual risco.

⁵⁹⁷ Neste sentido ver p. 68 deste trabalho.

⁵⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1165.

⁵⁹⁹ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 689.

⁶⁰⁰ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 585.

O Ministro Carlos Velloso⁶⁰¹ entende que, para a solução do aparente conflito de normas fundamentais, o direito à igualdade é o que melhor protege os direitos previstos na Constituição.

Já o Ministro Gilmar Mendes⁶⁰², em seu voto, aponta:

Nesse contexto, ganha relevância a discussão da medida e liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade da pessoa humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista. (grifos no original)

O Ministro Celso de Mello⁶⁰³ pondera em seu voto que:

[...] cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos **constituem limitações externas** à liberdade de expressão, que não pode, **e não deve**, ser exercida **com o propósito subalterno** de veicular práticas criminosas, **tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público**. (grifos no original)

Por sua vez, o Ministro⁶⁰⁴ Nelson Jobim cita o Ministro Gilmar Mendes para deixar clara a posição da Suprema Corte: “...este Tribunal rechaça o ódio racial e o ativismo racista; não aceita o uso da liberdade de expressão para viabilizar o ódio e o racismo”.

O Ministro Celso de Mello⁶⁰⁵ reconhece, por motivo de interesse público, que o Estado deve proteção contra qualquer comportamento que ameace ou desrespeite ou ofenda os valores da igualdade e da tolerância, principalmente no que diz respeito a comportamentos raciais.

O Ministro Gilmar Mendes⁶⁰⁶, em seu entendimento quanto a esse caso concreto, adverte que: “...a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade”.

Na aplicação da técnica da ponderação, com o devido sopesamento de valores conforme o caso concreto, o Ministro Carlos Ayres Britto⁶⁰⁷ denomina inter-

⁶⁰¹ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 685 - 689.

⁶⁰² **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 656.

⁶⁰³ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 631.

⁶⁰⁴ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 976.

⁶⁰⁵ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 943.

⁶⁰⁶ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 651.

⁶⁰⁷ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 788.

referência a forma pela qual um princípio irá compor-se, sobrepor-se ou será sobreposto por outro princípio conflitante. Define como sendo inter-referência por complementação o posicionamento de: “um princípio se colocando enquanto *sub* ou *serviente* de outro”. Neste caso, fica explícita a característica de otimização dos princípios, ou seja, a variação no seu grau de aplicação, possibilitando assim, sua harmonização com outros princípios.

Não sendo possível ajustar um princípio ao outro, ocorrerá a inter-referência por oposição. Nesse sentido, o Ministro indica a vertente a ser tomada pelo magistrado: “sua posição é por vezes radical, no sentido de ter que excluir a incidência de um dos princípios em confronto”.

Em qualquer uma das formas de aplicação da técnica da ponderação deverá ocorrer a limitação de um dos direitos – à liberdade ou à igualdade – de acordo com o sopesamento, que ocorre conforme o caso concreto – limitação chamada fática. Assim, um direito fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana será limitado por outro direito fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, fica demonstrada a limitação do princípio da dignidade da pessoa humana pela possibilidade jurídica.

Conforme a breve exposição dos votos dos ministros, diante da técnica da ponderação com a utilização do sopesamento de valores com base no caso concreto, não há harmonização entre os direitos conflitantes. Prevalendo de forma integral, a dignidade da pessoa humana – direito à igualdade - dos judeus - sobre o direito à liberdade de expressão - do paciente acusado de racismo. Assim, houve a limitação jurídica e fática de um princípio da dignidade da pessoa humana em relação a outro princípio da dignidade da pessoa humana.

Por diversas vezes, neste julgado, a liberdade - que compõe o princípio da dignidade da pessoa humana - foi citada e considerada como uma das vertentes principais do nosso Estado de Direito brasileiro. Mesmo diante da importância de tal direito, posiciona-se o Supremo Tribunal pela não existência de princípios absolutos, na linha adotada por Robert Alexy⁶⁰⁸. O Ministro Celso de Mello⁶⁰⁹, em seu voto, alega que a liberdade de expressão não tem caráter absoluto, pois sofre limitações éticas e também limitações jurídicas. Em seu voto⁶¹⁰ esclarece a posição do

⁶⁰⁸ Neste sentido ver p. 72 deste trabalho.

⁶⁰⁹ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 928.

⁶¹⁰ **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 933.

Supremo: “...esta Suprema Corte já acentuou que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto...”

O Supremo Tribunal Federal demonstra por meio dos votos de seus ministros uma imensa valorização do direito à liberdade, sendo citado por diversas vezes esse direito como um dos alicerces do sistema democrático brasileiro. Apesar da valorização da liberdade, o Supremo deixa claro seu posicionamento de que não admite nenhum tipo de racismo ou discriminação. Declara ser nitidamente contrário a qualquer tipo de racismo, com afastamento de imediato em relação a qualquer possibilidade de que isso venha ocorrer.

Na ponderação, ocorre o afastamento do direito à liberdade de expressão do autor, prevalecendo o direito à igualdade. O posicionamento do Supremo proporcionou a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana dos judeus (leia-se também “minorias”) - atingidos pela publicação do livro – em sua maior proporção, pois não ocorre a harmonização dos princípios.

Entendido o termo “raça” de forma extensiva, e considerado como apanágio de minoria, nota-se que os métodos de sistemática, teleológica e histórica são citados nesse julgamento. Outro argumento importante para a decisão do Supremo foi a utilização da fraternidade e da solidariedade social em relação às minorias.

Percebe-se que o princípio utilizado dentro do direito ambiental, o da precaução⁶¹¹, citado em exame do caso anterior, vem a ser, mesmo de maneira implícita, utilizado em outras situações de direito em que se relacionam a comunidade, a sociedade e a discriminação. O Ministro Cezar Peluso⁶¹², em discussão com o Ministro Carlos Ayres Britto, defende que se apenas uma pessoa ler o livro do paciente e se sentir influenciado por ele, já é suficiente para fundamentar o voto contra a liberdade de expressão do paciente. É nesse sentido que se entende a utilização do princípio da precaução por parte do Ministro Cezar Peluso.

Assim, diante da técnica de ponderação entre esses dois valores, o Supremo demonstra ser contrário a qualquer tipo de discriminação.

Ainda em relação ao princípio da igualdade, tramita no Supremo Tribunal Federal, em sua pauta, outro caso que promete ter repercussão. Ei-lo:

⁶¹¹ Neste sentido ver p. 121 deste trabalho.

⁶¹² **Habeas Corpus 82.424-2**. p. 996.

4) ADPF 186⁶¹³ MC - DISTRITO FEDERAL. 31/07/2009. Relator Ministro Ricardo Lewandowsk. Arguente: Partido Democrata – DEM. Arguido: Centro de Seleção e de Promoção da Universidade de Brasília – CESPE/UnB.

Cuida-se neste caso da questão da fixação de cotas raciais para universidades.

O arguente⁶¹⁴, conforme o exposto na decisão da liminar, alega violação de direitos⁶¹⁵ e do princípio da dignidade da pessoa humana - artigos: 1º *caput*, inciso III; ao objetivo fundamental da República de combate ao preconceito - 3º *caput*, inciso IV; do compromisso firmado nas relações internacionais de combate ao racismo - 4º *caput*, inciso VIII; do direito à igualdade - 5º *caput*, incisos I, II, LIV, XLII; o direito à educação – *caput* dos artigos 205, 207, 208, inciso V; da administração pública – 37 *caput*, da Constituição da República.

O Partido Democrata – Dem - alega que o fator “raça”, entendido como cor da pele, não serve como parâmetro para ingresso na universidade. Alega que o pobre branco tem as mesmas condições do pobre negro, porém o sistema de quotas raciais oferece mais oportunidades aos negros, além de favorecer os negros de classe média ou alta, em detrimento dos pobres brancos. Considera esse fato discriminatório e ofensivo ao direito à igualdade, e, por consequência, ofensivo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à igualdade enquadra-se nos direitos de primeira geração ou dimensão⁶¹⁶, o que exige do Estado a garantia de uma prestação negativa. Conforme ensina o Ministro Gilmar Mendes⁶¹⁷, o Estado deve atuar no sentido de não aumentar a diferenciação entre as pessoas:

⁶¹³Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf%20186%29%20E%20S.PRES.&base=basePresidencia>> acesso em: 08 jan. 10.

⁶¹⁴Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf%20186%29%20E%20S.PRES.&base=basePresidencia>> acesso em: 08 jan. 10.

⁶¹⁵ Temas tratados nesta ADPF estão dispostos nas páginas: 2, 17 - 26, 28 - 42, 55 – 74, 84 – 86, 96 e seguintes deste trabalho.

⁶¹⁶ Neste sentido ver p. 29 e 32 deste trabalho.

⁶¹⁷Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf%20186%29%20E%20S.PRES.&base=basePresidencia>> acesso em: 08 jan. 10.

É importante, no entanto, refletir sobre as possíveis conseqüências da adoção de políticas públicas que levem em consideração apenas o critério racial. Não podemos deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, fundamental para a construção de uma verdadeira democracia, reforce as crenças perversas do racismo e divida a sociedade em dois pólos antagônicos: 'brancos' e 'não brancos' ou 'negros' e 'não negros'. (grifos no original)

O Ministro Gilmar Mendes⁶¹⁸, na decisão liminar, posiciona-se em relação às quotas: "...somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira. Nesse ponto, parece não haver distinção entre 'brancos' e 'negros', mas entre ricos e pobres"

O Ministro, ao decidir, liminarmente, já demonstrou o seu posicionamento no sentido de utilizar todos os métodos de interpretação tradicionais.

O mérito não foi julgado pela Suprema Corte até então, assim não há ainda uma decisão definitiva para a questão.

Porém, a Corte Suprema, como visto no julgamento anterior, buscou um resultado extensivo do termo "raça". Isso significa dizer que o termo "raça" foi entendido como uma referência não só para os negros e sim para as minorias, tornando a expressão mais abrangente.

Se levado em consideração o julgamento anterior e havendo a utilização dos métodos de interpretação gramatical, sistemática, teleológica e histórica, parece haver mudança da interpretação do sentido do termo raça quando utilizado pela universidade. Graças à repulsa demonstrada pela Suprema Corte diante de qualquer forma de discriminação, existe uma grande possibilidade de procedência com acolhimento e reconhecimento de discriminação e afronta ao direito fundamental à igualdade, conseqüentemente, de atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A seguir, serão analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal e o seu posicionamento jurisprudencial sob o aspecto material da dignidade da pessoa humana.

⁶¹⁸ Ver voto citado em p. 144, nota de rodapé.

5) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8⁶¹⁹ - Rio Grande do Sul. 12/09/2000. Relator Ministro Celso de Melo. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira.

Neste agravo se questiona o direito fundamental à saúde, no caso, o fornecimento de medicamentos de acordo com a ementa⁶²⁰:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUÍTO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Conforme informa o relatório do agravo em questão⁶²¹:

A decisão agravada – que não conheceu do recurso extraordinário deduzido pela parte agravante – manteve o acórdão emanado pelo Tribunal de Justiça local, que, apoiando-se no art. 196 da Constituição da República, reconheceu incumbir, ao ora recorrente, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV (fls. 560/568)

O Município de Porto Alegre não cumpriu sua obrigação de prestar o direito fundamental à saúde. De acordo Ana Paula de Barcellos⁶²², a obrigação positiva do Estado, de cunho material, deve cumprir com o conteúdo mínimo essencial⁶²³, para que não sejam adotadas as medidas judiciais cabíveis contra ele pela não prestação de serviços essenciais.

Diante do não cumprimento da obrigação fundamental, pelo Município, houve a geração de um direito subjetivo para o cumprimento dessa obrigação via judicial. O agravante contesta a decisão do Supremo Tribunal Federal, que manteve o acórdão

⁶¹⁹ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335538&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20271286%20-%20AgR>> acesso em: 16 jan. 10.

⁶²⁰ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8.** p. 1409.

⁶²¹ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8.** p. 1412.

⁶²² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed., amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 – p. 283.

⁶²³ Temas tratados neste Agravo estão dispostos nas páginas: 2, 17 - 26, 28 - 42, 55 – 74, 84 – 86, 96 e seguintes.

do Tribunal de Justiça local, que incumbiu o Estado e o Município de fornecerem medicamentos gratuitos para o tratamento da AIDS, nos casos em que os pacientes não tivessem condições econômicas.

A saúde é um direito fundamental disposto no artigo 6º da Constituição da República⁶²⁴ no título II – Dos direitos e garantias fundamentais - no capítulo II - Dos direitos sociais. Está disposto ainda no título VIII – Da ordem social – Capítulo II – Da seguridade social - seção II – Da saúde.

O direito à saúde insere-se na segunda geração de direitos fundamentais. Esses direitos sociais exigem do Estado uma prestação positiva. O Estado deve prestar aos indivíduos o mínimo existencial para que se tenha uma vida digna. Conforme expõe Anna Candida da Cunha Ferraz, tais direitos não são normas auto-aplicáveis⁶²⁵: “...indicam fins, programas, metas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade [...]”. Luiz Antônio Rizzatto Nunes⁶²⁶ explana que “a Constituição está posta na direção de implementação da dignidade no meio social”. Adriana Zawada Melo⁶²⁷ ensina que a dignidade da pessoa humana: “...se consubstancia em princípio informador de todo o ordenamento jurídico e em fundamento último dos direitos econômicos e sociais”. Nesses casos, incide a aplicação do aspecto extrínseco material da dignidade da pessoa humana.

Na dignidade da pessoa humana, o direito à saúde integra o aspecto extrínseco material. O aspecto extrínseco material da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como um mínimo material para que o ser humano tenha uma vida digna. O artigo 6º da Constituição da República é considerado pela maioria da doutrina como sendo a vertente material para se ter uma vida digna.

A decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello⁶²⁸ aponta a necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais, expressando a importância do direito à saúde:

⁶²⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶²⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006. p. 169.

⁶²⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002 – p. 51.

⁶²⁷ MELO, Adriana Zawada. Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana. In: **Revista Mestrado em Direito/Unifio** – Centro Universitário Fieo, ano 7, número 1, 2007. p. 112.

⁶²⁸ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8**. p. 1420.

[...] que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva de determinação ordenada pelo contexto constitucional.

Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁶²⁹ afirma que: “[...] os direitos fundamentais, ao menos de modo geral, podem (e assim efetivamente o são) considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana [...]”. Conforme já exposto por Daniel Sarmento⁶³⁰, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ele exerce a “primazia da pessoa humana sobre o Estado.”.

O Ministro Celso de Mello cita decisão tomada por ele em situação semelhante – Petição 1.246 – SC⁶³¹:

[...] **entre proteger a inviolabilidade** do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo **inalienável** assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, **caput**, e art. 196), ou **fazer prevalecer**, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro do Estado, **entendo** – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana... (grifos no original)

Assim, o Ministro Celso de Mello demonstra que o princípio da dignidade da pessoa humana coloca o Estado como meio e o homem como fim.

Ele faz uma interpretação necessariamente gramatical que leva em consideração o texto da lei. Em um segundo momento, ocorre a interpretação sistemática da Constituição da República, pois é examinado o artigo 1º, inciso III – princípio da dignidade da pessoa humana da Constituição da República, em conjunto com outros dispositivos, como o artigo 6º, que tem seus desdobramentos⁶³² no artigo 196 e seguintes.

⁶²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 111.

⁶³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 111.

⁶³¹ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** 271.286-8. p. 1418.

⁶³² Ao final do artigo 6º da Constituição da República está descrito: “na forma desta Constituição”. Isso significa que a saúde deverá ser concretizada de acordo com os outros artigos que disponham sobre o assunto e estejam na Constituição – artigos: 196; 197;198;199;200.

Ademais, cumpre observar a possibilidade de relacionamento do artigo 3º da Constituição da República com a implementação dos direitos sociais. Segundo José Afonso da Silva⁶³³, os direitos sociais são normas constitucionais que “possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais”.

O Ministro Celso de Mello⁶³⁴ destaca que não procedem as alegações suscitadas pelo agravante – Município - de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal em outros julgamentos idênticos a este. Diante disso, deve prevalecer a obrigação estabelecida no artigo 196 da Constituição da República, que induz a decisão no sentido da concretização dos direitos fundamentais e na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, concebido como um dever, conforme Robert Alexy⁶³⁵.

A decisão do Ministro converge no sentido do entendimento de José Afonso da Silva⁶³⁶, que explicita que o princípio da dignidade da pessoa humana: “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”.

Outras decisões há no mesmo sentido e que servem de orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, em relação a essa matéria que, conforme o exposto, já foi definida pela Corte Suprema⁶³⁷.

Todos os ministros seguiram o voto denegatório do Ministro Celso de Mello ao agravo⁶³⁸.

⁶³³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2007 – p. 286.

⁶³⁴ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8**. p. 1417. Precedentes: “**Ag. 232.469 – Rs**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Ag 236.644 – RS**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Ag 238.328 – RS** (AgRg), Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 273.042 – RS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO.

⁶³⁵ Neste sentido ver p. 53 - 54 e 72 deste trabalho.

⁶³⁶ SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros; Caio Tácito. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1998. p. 92

⁶³⁷ **Agravo de Recurso Extraordinário 271.286-8**. p. 1422-1423. Orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal: “**RE 236.200 – RS**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **RE 247.900 RS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 264.269 – RS**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RE 267.612 – RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

⁶³⁸ **Agravo de Recurso Extraordinário 271.286-8**. p. 1428.

6) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175-0⁶³⁹ - Rio Grande do Sul. 12/12/2006. Agravados: Luiz Marcelo Dias e outros. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul.

Conforme a ementa⁶⁴⁰:

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Os autores são pacientes sem recursos financeiros que necessitam de fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal declara como precedente⁶⁴¹:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade e preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, ‘caput’, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Trata-se, por igual, de caso em que se questiona o direito à vida e a obrigação de o Poder Público fornecer medicamentos gratuitos. Este julgamento tem sua abordagem, em relação aos direitos fundamentais e conseqüentemente à dignidade da pessoa humana⁶⁴².

⁶³⁹ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=402582&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20393175%20-%20AgR>> acesso em: 15 jan. 10.

⁶⁴⁰ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175-0**. p. 1524.

⁶⁴¹ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=402582&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20393175%20-%20AgR>> acesso em: 15 jan. 10.

⁶⁴² Temas tratados neste Agravo estão dispostos nas páginas: 2, 17 - 26, 28 - 42, 55 – 74, 84 – 86, 96 e seguintes.

Neste julgamento, o Ministro Celso de Mello repete várias ponderações que apresentou no agravo já visto, ratificando-as. Motivado pelo fato de o mesmo agravante já ter ciência das orientações jurisprudenciais⁶⁴³ determinadas pela Corte Suprema e por ter sucumbido⁶⁴⁴ por diversas vezes quando recorreu e, mesmo diante disso, continuar a interposição de recursos de cunho procrastinatório, o Supremo Tribunal condena o agravante ao pagamento de multa no valor de 1% sobre o valor da causa⁶⁴⁵.

Pode-se dizer que esse posicionamento da Corte visa coibir as reiteradas ações sobre o mesmo assunto, demonstrando assim o seu posicionamento do Supremo Tribunal em relação ao direito fundamental à saúde, como núcleo, aspecto da dignidade da pessoa humana extrínseco.

7) Recurso extraordinário⁶⁴⁶ 599.341 - Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrente: Felipe Alves Sampaio (representado por Francisco Ivanir de Souza Sampaio). Recorrido: Município do Rio de Janeiro.

Interposto na Suprema Corte o recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que decidiu conforme a seguinte ementa:

SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE ALIMENTOS. MUNICÍPIO. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de

⁶⁴³ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** 393.175-0. p. 1532. Orientação jurisprudenciais: “RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 462.563/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 486.816 – AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 532.687/MG, Rel. Min. EROS GRAU – AI 537.237/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RE 297.276/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 342.413/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 353.336/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO – AI 570.455/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO”

⁶⁴⁴ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** 393.175-0. p. 1534. Orientações jurisprudenciais: “RE 257.109 – AgR/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 271.286-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 273.042-AgR/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 597.182 – AgR/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO – AI 604.949-AgR/RS, Rel. Min. EROS GRAU.

⁶⁴⁵ **Agravo do Regimental no Recurso Extraordinário** 393.175-0. p. 1532.

⁶⁴⁶ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28599341%28599341.NUM.E.%20OU%20599341.DMS.%29%29%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas>> acesso em 18 jan 10.

medicamentos, garantindo a todos os cidadãos o direito à saúde. Todavia, no caso em exame, o fornecimento de fraldas descartáveis, leite em pó, farinha láctea e mucilon não podem ser considerados como medicamentos, em razão da natureza de caráter eminentemente alimentar e de higiene. (*grifos no original*)

Alega o recorrente a violação dos artigos 6^{o647} , 196⁶⁴⁸ , que versam sobre o direito à saúde e sobre o dever de prestação do Estado em concretizá-la, e o artigo 1^o, inciso III, que prescreve o princípio da dignidade da pessoa humana, na Carta Constitucional⁶⁴⁹. O recorrente alega que necessita da prestação à saúde – do Estado - para concretização do direito à vida digna.

Os “medicamentos” requeridos neste recurso extraordinário são: fraldas descartáveis, leite em pó, farinha Láctea e Mucilon. Argumenta o recorrente que os alimentos pleiteados teriam finalidade terapêutica e são necessários para concretização da dignidade humana, logo busca por meio da justiça e do seu suposto direito subjetivo o fornecimento gratuito e imediato dos tais medicamentos.

Neste sentido, consoante se viu no decorrer deste trabalho e no julgamento do Agravo de Recurso Extraordinário número 271.286-8 do Rio Grande do Sul, o direito à saúde compõe o aspecto extrínseco da dignidade da pessoa humana, podendo ser considerado como um mínimo material para que o ser humano tenha uma vida digna. O artigo 6^o da Constituição da República é considerado pela maioria da doutrina como sendo a vertente material para assegurar a vida digna.

O Ministro Ricardo Lewandowski⁶⁵⁰ cita o posicionamento e a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que negou provimento ao pedido do autor, sob a alegação de não haver atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois o pleito, embora relacionado à saúde, não diz respeito propriamente a medicamentos e o não fornecimento não geraria risco de morte.

O recurso não foi acolhido pelo Supremo Tribunal por não constarem todos os requisitos processuais para isso. Mesmo assim, o Ministro Ricardo Lewandowski⁶⁵¹

⁶⁴⁷ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶⁴⁸ Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁶⁴⁹ Temas tratados neste Agravo estão dispostos nas páginas: 2, 17 - 26, 28 - 42, 55 – 74, 84 – 86, 96 e seguintes deste trabalho.

⁶⁵⁰ Ver decisão citada em p. 151, nota de rodapé.

⁶⁵¹ Ver decisão citada em p. 151, nota de rodapé.

entende que o pedido poderia ser acolhido pelo Supremo, dependendo do exame das provas e dos fatos. Dessa forma, constata-se a limitação do princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao caso concreto, limitação fática. Como visto anteriormente, os princípios expressam valores que abarcam inúmeras situações mutantes. Nesse sentido, afirma Fábio Koder Comparato⁶⁵²: “O caráter de extrema generalidade das normas de princípio torna impossível, em boa lógica, a delimitação do seu objeto e do seu campo de aplicação.” variando sua aplicação caso a caso.

Ainda sobre a aplicação do aspecto extrínseco da dignidade da pessoa humana e de sua concretização, com relação aos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, e à educação fundamental, cabe citar o Agravo em Recurso Extraordinário 436.996-6.

8) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996-6⁶⁵³ - São Paulo. 22/11/2005. O Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Conforme a ementa⁶⁵⁴:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO...RECURSO IMPROVIDO.

Em razões recursais, o Município agravante sustenta⁶⁵⁵ não ter condições financeiras de fornecer vagas para crianças em creches e escolas de educação

⁶⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo. Companhia das letras, 2006. p. 512.

⁶⁵³ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=343060&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20436996%20-%20AgR>> acesso em: 15 jan 10.

⁶⁵⁴ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996-6. p. 1716.**

⁶⁵⁵ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996-6. p. 1718.**

infantil, devido à enorme demanda de crianças carentes de creches e pré-escola no Município de Santo André.

A educação é um direito fundamental disposto no artigo 6º da Constituição da República⁶⁵⁶ no título II – Dos direitos e garantias fundamentais - no capítulo II - Dos direitos sociais. Tem seu desmembramento nos dispositivos 208 ao 214, no título VIII – Da ordem social – Capítulo III – Da educação, da cultura e do desporto - seção 1 – Da educação.

O direito à educação integra o aspecto extrínseco material da dignidade da pessoa humana. Este pode ser considerado como um mínimo material para que o ser humano tenha uma vida digna. Assim, entende o Ministro Celso de Mello⁶⁵⁷ que a educação infantil e fundamental constitui: “...prerrogativa constitucional indisponível”, ou seja, o Estado não pode recusar-se a prestá-la. Dispõe ainda ele⁶⁵⁸ sobre o direito à educação: “ qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção de direitos de segunda geração”.

Assim, direitos fundamentais geram funções objetivas e subjetivas⁶⁵⁹. Sobre a função subjetiva, o Ministro Celso de Mello⁶⁶⁰ em sua decisão citando Pinto Ferreira, expõe:

‘O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...).’ (Pinto Ferreira "Educação e Constituinte" "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173)

O Ministro, em seu voto, reconhece que a não implementação dos programas sociais – educação - de obrigação do Estado, irá gerar: “...uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.”.

⁶⁵⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶⁵⁷ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** 436.996-6. p. 1716.

⁶⁵⁸ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** 436.996-6. p. 1720 – 1721. Indicam a RTJ: 164/158-161.

⁶⁵⁹ Temas tratados neste Agravo estão dispostos nas páginas: 2, 17 - 26, 28 - 42, 55 – 74, 84 – 86, 96 e seguintes deste trabalho.

⁶⁶⁰ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** 436.996-6. p. 1721.

Conseqüentemente, percebe-se que, ocorrerá a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana que é um valor supremo, de acordo com José Afonso da Silva⁶⁶¹.

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos apontamentos principiológicos visto até o presente momento foi o de que os princípios são limitados, isto é, não são absolutos. De acordo com Robert Alexy⁶⁶²: “...a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas...”.

No julgamento anterior⁶⁶³, como se viu, o Ministro Ricardo Lewandowski suscitou que o princípio da dignidade da pessoa, se fosse analisado, deveria ser analisado diante das provas fáticas, ou seja, a aplicação do princípio poderia ser limitada pelos fatos concretos.

No caso ora em exame, verifica-se a ocorrência da outra limitação principiológica, a jurídica. Essa limitação é demonstrada por meio do princípio da reserva do possível⁶⁶⁴ – ADPF – 45 – citada pelo Ministro quando se reporta ao argumento utilizado pelo Município de Santo André em sua defesa, alegando não ter condições econômicas para a realização do direito fundamental.

O Ministro Celso de Mello⁶⁶⁵, ao examinar o princípio da reserva do possível, escreve, baseando-se em Otávio Henrique Martins:

[...] a cláusula da “reserva do possível” ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou até mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Otávio Henrique Martins Port, ‘**Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**’, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.). (grifo no original)

⁶⁶¹ SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros; Caio Tácito. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1998. p. 92

⁶⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theoria der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2006. p 90.

⁶⁶³ **Recurso Extraordinário 599.341 – Rio de Janeiro. Versa sobre pedido de alimentos sob o alegação de terem fins terapêuticos fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humanada Constituição.**

⁶⁶⁴ Neste sentido ver p. 63. deste trabalho.

⁶⁶⁵ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996-6.** p. 1727-1728.

Como se vê, o princípio da reserva do possível nem sempre poderá ser aplicado como limitador – jurídico.

O próprio Ministro⁶⁶⁶, que fala da reserva do possível acima apontada, demonstra agora o entendimento proferido pelo Ministro Marco Aurélio⁶⁶⁷ no Re 431.773/SP sobre a aplicação do princípio da reserva do possível em relação ao direito fundamental à educação:

‘Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa’.

Assim, conforme o entendimento do Ministro Marco Aurélio, os entes estatais devem criar condições de caixa para o atendimento dos direitos fundamentais, conforme a prestação positiva mencionada neste trabalho.

Parece que na citação acima o Ministro Marco Aurélio utilizou o termo “irrestrito”, indicando que a educação, na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser aplicada de acordo com o caráter *prima facie* dos princípios, ou seja, de acordo com Canotilho⁶⁶⁸, os princípios que “contêm <<exigências>> ou <<standards>> que, em <<primeira linha>> (*prima facie*), devem ser realizados”.

Além da criação de condições de caixa para o atendimento dos direitos fundamentais, o Ministro Celso de Mello⁶⁶⁹ cita outro fator importante, invocando as palavras de Ana Maria Moreira Marchesan:

‘[...] **a ineficiência** administrativa, **o descaso** governamental com direitos básicos do cidadão, **a incapacidade** de gerir os recursos públicos, **a incompetência** na adequada implementação da programação orçamentária **em tema** de educação pública, **a falta de visão** política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil **e a inoperância funcional** dos gestores públicos **na concretização** das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas

⁶⁶⁶ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** 436.996-6. p. 1734.

⁶⁶⁷ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** 436.996-6. p. 1734

⁶⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, sd. p.1146.

⁶⁶⁹ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** 436.996-6. p. 1735.

carentes **não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento**, pelo Poder Público, **notadamente pelo Município** (CF, art. 211, § 2º), **da norma** inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, **que traduz e impõe**, ao Estado, **um dever** inafastável, **sob pena** de a ilegitimidade **dessa inaceitável** omissão governamental **importar em grave vulneração** a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, **o direito à educação**, cuja amplitude conceitual **abrange**, na globalidade de seu alcance, **o fornecimento** de creches públicas e de ensino pré-primário.' (Ana Maria Moreira Marchesan. "O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa", "in" RT 749/82-103) (grifos no original)

Não basta criar formas de arrecadação que dêem condições para concretização dos direitos fundamentais. É necessário competência na aplicação desses recursos.

Nesse sentido, o Ministro, em seu voto, relata que "o típico direito de prestação positiva" à educação infantil, previsto no artigo 208, inciso IV, é de densidade normativa que não atribui ao administrador ampla discricionariedade, para em maior grau decidir sobre sua realização ou não. Assim, a realização dos direitos fundamentais para que ocorra a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana atua como um limitador à discricionariedade do administrador na aplicação dos recursos recolhidos, devendo ser limitada pelos direitos fundamentais.

Em sua decisão, o Ministro Celso de Mello⁶⁷⁰, apoiando-se em Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, adianta:

'Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador **está vinculado** às políticas públicas **estabelecidas** na Constituição Federal; a sua omissão **é passível** de responsabilização **e a sua margem de discricionariedade é mínima**, não contemplando o não fazer. [...] **Conclui-se**, portanto, que o administrador **não tem discricionariedade** para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, **pois tal restou deliberado pelo Constituinte** e pelo legislador que elaborou as normas de integração. [...] As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, **cabendo ao Juiz dar sentido concreto** à norma **e controlar a legitimidade** do ato administrativo (omissivo ou comissivo), **verificando** se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, **a concretização** da ordem social constitucional." (grifei)' ('Políticas Públicas - A Responsabilidade do

⁶⁷⁰ **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996-6. p. 1734.**

Administrador e o Ministério Público", p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad) (grifos no original)

Na interpretação utilizada neste julgamento, foram utilizados os métodos gramatical e o sistemático, devido aos diversos dispositivos envolvidos.

Assim, com fundamento no exposto, o Ministro Relator decide em favor do agravado. Decide pela obrigatoriedade da prestação educacional requerida, obrigando o Estado a cumprir a prestação positiva que lhe é atribuída pelos direitos fundamentais de segunda geração e, dessa forma, concretizar o mínimo existencial para a efetivação da dignidade da pessoa humana no seu aspecto extrínseco material. Destaca-se aí o caráter normogenético – fundamentador – do princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao direito à educação. Esclarece o Ministro que esta decisão proferida acompanha ou se fundamenta em diversas decisões já proferidas⁶⁷¹ pelo Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, em se tratando do mínimo existencial material, tem seu entendimento no sentido da máxima preservação dos direitos fundamentais concretizadores do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, na visão do Supremo, o homem deixou de ser meio para ser fim.

Apesar de não haver um rol unânime em relação a todos os direitos sociais que integram o mínimo existencial, o direito à saúde sofre a limitação conforme o caso concreto. Devido às inúmeras possibilidades de enfermidades, o Supremo acolhe ou não analisando o caso concreto.

Já na educação, que é mais delimitada constitucionalmente, o Supremo Tribunal Federal determina a realização desse direito em sua maior proporção possível, de acordo com as determinações constitucionais. Assim, o STF descarta as limitações fáticas e jurídicas, minimiza a discricionariedade do administrador, determina o cumprimento do direito à educação e, conseqüentemente, a concretização da dignidade da pessoa humana no seu aspecto extrínseco.

⁶⁷¹ **AI 455.802/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **AI 475.571/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 401.673/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 402.024/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RE 411.518/SP**, Rel. Min. MARCO AURELIO.

Conclusão

De acordo com o exposto neste trabalho, observa-se que durante a história do direito houve períodos predominantemente naturalistas e períodos predominantemente positivistas. Nem a insegurança trazida pelo direito natural, nem a segurança oriunda do direito positivo, mostraram-se eficazes para um sistema jurídico convincente.

Foi por meio da Declaração Universal, em 1948, que se concretizou a transição da legislação positivista para uma legislação mista prevalecentemente naturalista. A declaração tem como fundamento o valor da dignidade da pessoa humana. Esse valor serviu de fundamento para todos os direitos ali positivados e fincou a base para a positivação das Constituições dos Estados.

Tem-se então, que a dignidade da pessoa humana se apresenta como valor, fundamento e princípio.

No Brasil a dignidade da pessoa humana foi positivada pela primeira vez na Constituição da República de 1988, como o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, para efeito de demonstração e entendimento, pode ser melhor entendida por meio de suas classificações doutrinárias. Há o aspecto intrínseco – inerente ao ser humano - e o aspecto extrínseco – exterior ao ser humano. O aspecto intrínseco é dividido em duas dimensões: a individual ou natural e a social.

A pessoa nasce com a dignidade humana no seu aspecto intrínseco individual. Posteriormente, essa dignidade pode permanecer igual ou diminuir, por influência do meio social e da interiorização dos costumes, formando a dignidade social. Note-se que a dignidade da pessoa humana intrínseca na sua dimensão natural ou social é variável de ser humano para ser humano, o que torna a identificação e a gradação de cada uma dessas divisões de difícil padronização, pois não há como defini-las, já que em cada ser humano se apresenta de uma forma.

Analisada a estrutura dos princípios constitucionais - características, limitações e as soluções de conflitos - examinou-se a seguir o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988, concluindo-se que tal princípio corresponde à base do Estado. É um bem jurídico de primeira grandeza, uma norma de valor amplo e aberto, embasadora, irradiante, informativa, expresso em nossa

Constituição, e que gera reflexos em sentido constitucional e infraconstitucional, cuja aplicação funciona de acordo com suas características principiológicas.

Quanto à interpretação constitucional, analisaram-se os métodos clássicos e os princípios instrumentais de interpretação, concluindo-se que o uso de todos os métodos clássicos interpretativos deve ser, quando possível, aplicado concomitantemente, levando em consideração o caso concreto em exame. Em relação aos princípios instrumentais, identificaram-se como possíveis para aplicação do princípio dignidade da pessoa humana o princípio de interpretação conforme a Constituição, o da supremacia da Constituição e o da eficácia dos princípios constitucionais.

Da análise jurisprudencial é possível concluir-se que o Supremo Tribunal Federal não se serve dessa classificação doutrinária. Nos casos abordados neste trabalho, a Corte não indica a divisão do aspecto intrínseco em duas dimensões, apenas aponta a dignidade da pessoa humana inerente ao ser humano. Nesse sentido, a Suprema Corte simplifica a leitura da dignidade da pessoa humana, evitando maiores discussões sobre o atentado à dignidade na dimensão natural ou social. Para o Supremo Tribunal, interessa tutelar a dignidade da pessoa humana intrínseca e extrínseca.

Nos posicionamentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal neste trabalho, percebe-se a aplicação da característica *prima facie* do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos concretos. O Supremo adota esse princípio sempre como parâmetro para julgar, demonstrando a interiorização do homem como finalidade do Estado.

Porém, a dignidade da pessoa humana é aplicada de maneira diferente quando se trata da dignidade da pessoa humana intrínseca e da dignidade da pessoa humana extrínseca.

A dignidade da pessoa humana intrínseca, devido a sua subjetividade, é de difícil delineamento. Essa dificuldade se faz presente nos julgamentos do Supremo Tribunal.

Em primeiro lugar, o Supremo Tribunal tem incumbência de analisar a existência ou não de conflito entre princípios.

No julgamento sobre as células-tronco, aparentemente havia o conflito entre a dignidade da pessoa humana do óvulo fecundado – vida – e a dignidade da pessoa humana da gestante – direito à vida, à liberdade e à saúde. Houve, porém, a

descaracterização da dignidade da pessoa humana do óvulo fecundado sob a alegação de não estar inserido no útero da mulher, não sendo, então, uma vida humana. Assim, não poderia haver dignidade, pois a dignidade é relacionada a uma vida humana.

No caso do breve exame da antecipação do parto de feto anencefálico, percebe-se o posicionamento do Ministro Carlos Ayres Britto, que entende que o feto anencefálico não terá sobrevida após o nascimento. Os demais ministros não se mostram unânimes a esse respeito, sendo certo que o feito ainda não teve decisão quanto ao mérito.

Diante da falta de respostas para algumas questões, que nem sempre possuem respostas, o Supremo Tribunal Federal, que é obrigado a julgar casos que versam sobre a vida humana e o conflito do princípio da dignidade da pessoa humana, busca encontrar caminhos alternativos que evitem o conflito, como a descaracterização da vida humana.

Havendo a descaracterização da dignidade da pessoa humana de uma das partes, evita-se a discussão do conflito entre princípios, e facilita-se à Suprema Corte poder aplicar em sua maior proporção, de acordo com a característica de otimização dos princípios, a dignidade da pessoa humana a favor daquele que é humano e possui dignidade.

Porém, o Supremo, concluindo pela existência de um conflito, utiliza a técnica de ponderação com aplicação dos princípios da adequação e da proporcionalidade para dirimir os conflitos que envolvem direitos relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na maioria dos votos estudados, não se mostra clara a aplicação dessa técnica, não trazendo à baila maiores detalhamentos na maioria dos votos.

Outro ponto importante deste trabalho foi a interpretação. O Supremo Tribunal aplica aos casos aqui mencionados a interpretação tradicional ou clássica para realizar a concretização da dignidade da pessoa humana e as ferramentas instrumentais interpretativas – princípios interpretativos. .

Em se tratando de ferramenta interpretativa, a interpretação conforme a Constituição deve ocorrer apenas quando houver os pressupostos expostos para isso, ou seja, quando a norma infraconstitucional apresentar sentido duplo. Não havendo sentido polissêmico ou não afrontando a Constituição, não há motivos para utilização dessa interpretação, sendo desejável no caso, a interpretação sistemática

ou lógica. Mesmo diante disso, percebem-se discussões no Supremo em relação ao uso de tal ferramenta.

O Supremo Tribunal se manifestou em relação ao conflito entre a dignidade da pessoa humana – direito à liberdade - e a dignidade da pessoa humana – direito à igualdade. Nesse sentido, apesar de a Suprema Corte reconhecer a importância do direito à liberdade para o Estado Democrático de Direito, colocou-se de forma enfática em relação à repulsa desse Tribunal a qualquer ato racista ou discriminatório.

A Corte Maior se posiciona a favor das minorias, rejeitando qualquer tipo de discriminação. O Supremo Tribunal atribui, ao interpretar extensivamente o termo “raça”, uma maior abrangência das várias minorias e não só do seguimento relacionado à cor da pele.

A dignidade da pessoa humana em seu aspecto extrínseco material é tão importante quanto à dignidade da pessoa humana no seu aspecto intrínseco natural ou social, pois a dignidade material contribui para a concretização da dignidade no seu aspecto intrínseco.

Apesar de o rol do artigo 6º – base do mínimo existencial - da Constituição da República indicar direitos materiais concretizantes da dignidade da pessoa humana, o Supremo não descarta a possibilidade de apreciação de pedidos que não componham este rol, mas que afetam a dignidade da pessoa humana.

Outro posicionamento observado foi na aplicação diferenciada dos direitos previstos no rol do artigo 6º da Carta da República. O Supremo Tribunal supera as limitações fáticas e jurídicas impostas aos princípios na aplicação do direito à educação.

As hipóteses relacionadas à educação estabelecidas na Constituição da República devem ser cumpridas independentemente das circunstâncias, pois são previstas e se esgotam ali. Assim, no que concerne à educação, o Supremo Tribunal Federal entende que o Município de Santo André não pode alegar insuficiência de recursos e que a administração deve dar prioridade no cumprimento da obrigação conforme posta pela Constituição.

Nota-se que neste caso o Supremo determina a aplicação imediata da lei ao caso concreto de forma objetiva, com a determinação do maior grau de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar do exposto acima, a Suprema Corte não aplica o mesmo critério para todos os direitos inseridos no rol do artigo 6º da Constituição da República.

No direito fundamental à saúde, que está positivado na Constituição de forma genérica - pois seria impossível elencar todas as possibilidades de prestação na Constituição - o Supremo aplica o direito à saúde conforme o caso concreto.

Assim com relação ao direito à saúde, a limitação do princípio da dignidade da pessoa humana ocorre, mais comumente, caso a caso, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana é limitado pelo caso concreto.

Em suma, o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se, como já se disse, vetor fundamental para decisões do STF, principalmente quando se trata de questões que envolvam direitos fundamentais ou colisão de direitos fundamentais.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã 2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 144.

ALPOIM, Paulo. A dignidade da pessoa humana e a problemática do terrorismo. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 900.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001.

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana: valor fonte da ordem jurídica**. São Paulo: Cautela, 2007.

ARENDT, Hannah, **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *In*: **Revista dos Tribunais**. n. 797, marco de 2002.

BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 1342 - 1359.

BARCELLOS, Ana Paula de, Normatividade dos princípio e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. SILVA, Carlos Medeiros; Tácito, Caio, dir. **Revista de direito administrativo**. Periódicos. I. Vol. 221. Rio de Janeiro: Renovar, julho/setembro de 2000. p. 159 a 188.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed., ampl. e rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____.; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *In:* GRAU, Eros; CUNHA Sérgio Sérvulo da. (organizadores). **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003. pág. 23 a 59.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22^a. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. *In:* FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização.** Osasco: Edifício, 2006, p. 35 a 65.

_____. Aulas Ministradas no Curso de Mestrado em Direitos Humanos Fundamentais. **Disciplina: Direitos Humanos e Pós-Modernidade.** Centro Universitário de Osasco – UNIFIEO – primeiro semestre de 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRUGGER, Winfreid; LEAL, Mônica Clarissa Henning. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: Análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *In:* **Revista do Direito/** Universidade de Santa Cruz do Sul, Departamento de Direito. – N. 28 – julho/dezembro de 2007. Santa Cruz do Sul: Eunisc, 1994, p. 113 a 130.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18^a ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. _____. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Prefácio. 1^a ed. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constiuição de 1988.** 5^a ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. S.d.

_____. _____. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. S.d.

_____. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1995.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CHARBEL, Pde. Antônio. **Versão integral da Bíblia**. Tradução sob os auspícios da Liga de Estudos Bíblicos diretamente dos originais hebraicos, aramaicos e gregos. São Paulo: Abril, 1965.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: GARCIA, Maria. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 14. Janeiro-março de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28 a 39.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo. Companhia das letras, 2006.

_____. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, Augusto Silva. Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado*. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 784 - 794.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vols. 1, 2, 3, 4. São Paulo: Saraiva, 1988.

ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Monteiro Petra. O direito à segurança social enquanto ditame da dignidade da pessoa humana. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 1323 - 1339.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução: Manuel A. Domingues de Andrade. 4ª ed. Arménio Amado – editor, sucessor. Coimbra: 1987. p. 147 – 151.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. Max Limonad. 1996.

_____. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. in: FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz (coord.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco. Edifício. 2006, p. 115 a 181.

_____. **A Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana**. Osasco. Edifício. 2008.

_____. Aulas ministradas no Curso de Mestrado em Direitos Humanos Fundamentais. **Disciplina: Teoria da Jurisdição Constitucional**. Centro Universitário Fieo – UNIFIEO – primeiro semestre de 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. Revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Sílvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Aulas Ministradas no Curso de Mestrado em Direitos Humanos Fundamentais. **Disciplina: Tutela Constitucional dos bens Ambientais**. Centro Universitário Fieo – UNIFIEO - segundo semestre de 2008.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A idade média, nascimento do ocidente**. 2ª ed., nova edição revista e ampliada. São Paulo: Brasiliense, 2001.

GOMES. Andréia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 24 a 37.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandez. “Indignidade” da “Pessoa” Humana, Direito Penal do Inimigo e Aspectos Correlatos. In: MIRANDA, Jorge

(coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 929 – 930.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. _____. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS, 2005.

GUERRA, Sidney e Lílian Márcia Balmant Emerique. O princípio da dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. *In*: QUARESMA, Levi. **Revista da Faculdade de Campos de Direito de Campos**, ano VII, no 9, Campos dos Goitacases. Ed. FDC, Dezembro de 2006 – Semestral. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito de Campos. P. 379 a 398.

HÄBERLE, Peter. A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89 a 152.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Os pensadores. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo. Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINHO, Inezil Penna: Marta Diaz Lops Penna Marinho. **Estudos das Diferenças entre o Jusnaturalismo, Historicismo, Sociologismo, Normativismo e Culturismo e o Jusnaturalismo no Brasil**. Brasília :Instituto de Direito Natural, 1980.

MATOS, Inês Lobinho. A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, mormente, em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 81 – 101.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2ª ed., revista ampl. e atualizada com a Constituição Federal de 1988. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

MELO, Adriana Zawada. Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana. In: **Revista Mestrado em Direito/Unifieo – Centro Universitário Fieo**, ano 7, número 1, 2007. p. 97 - 116.

_____. Aulas Ministradas no Curso de Mestrado em Direitos Humanos Fundamentais. **Disciplina: Teoria dos Direitos Fundamentais**. Centro Universitário de Osasco – UNIFIEO – primeiro semestre de 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: tomo I.Preliminares: o Estado e os Sistemas Constitucionais**. 6ª ed. Coimbra Editora. 1997.

_____. A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *in*: GARCIA, Maria. (coord.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, no. 45, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 81 a 91.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**: edição bilingue. Tradução: Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin. O Conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo: Sarlet, Ingo Wolfgang (org). Constituição, **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2006. p. 107 a 167.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NETO, Antônio Rulli. Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto positivista. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 327 a 349.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed., atual e ampl. São Paulo. Método, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2003.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Aula Magna proferida no Centro Universitário Unifio**, ao Curso de Mestrado em Direito, em 05 de maio de 2009.

PAES, P. R. Tavares. **Introdução ao estudo do direito**. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997.

PARGA, Milagros Otero. El valor dignidad. In: Direito – **Rev. Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**. Vol. 12, número 1, 2003. p. 115 – 151.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. Ed. Max Limonad. 1998.

PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro: *in* GOMES, Luiz Flávio (coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.17 a 42.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil parte geral**. Vol. 1. 34ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**: Segunda tiragem com acréscimos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005 – p. 13 a 43.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 4ª ed., revista atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2004.

_____. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251 a 314.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17^a ed. Rio de Janeiro, Forense: 2000.

_____. _____. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, 22^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros; Caio Tácito. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1998. p. 89 a 94.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28^a ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. _____. 29^a ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. _____. 30^a ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana** – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 252 a 276.

TORRES. Lobo Ricardo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In*: SILVA, Carlos Medeiros. **Revista de Direito Administrativo**. Periódicos – I. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. Julho/setembro de 1989. p. 29 a 49.

_____. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. *In*: TORRES. Ricardo Lobo (organizador). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 397 a 449.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. São Paulo: Atlas, 2004.

Sites:

www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm

www.estadao.com.br/vidae/not_vid391781,0.htm

www.onu-brasil.org.br

www.planalto.gov.br

www.stf.jus.br