

LUÍS ROBERTO BARROSO

O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO
TEÓRICA E PRÁTICA DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL NO BRASIL

 EDITORA
Fórum

3ª reimpressão

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
NO DIREITO CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÂNEO

NATUREZA JURÍDICA, CONTEÚDOS
MÍNIMOS E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO¹

Nota introdutória

O último artigo desta coletânea terminou de ser escrito no início de 2011. Sua estrutura fora delineada durante um mês de pesquisas que passei na França, dividindo-me entre as bibliotecas da Sorbonne e François Mitterrand (uma delícia de lugar, com uma área exclusiva para pesquisadores). Boa parte do material eu havia recolhido na Kennedy School, sem ter conseguido lê-lo até então. Minha anfitriã em Paris foi a adorável professora Jacqueline Morrard-Devillers. Embora a dignidade da pessoa humana tivesse passado a ser reconhecida como o centro axiológico dos sistemas constitucionais contemporâneos, a verdade é que, do ponto de vista jurídico, seu uso efetivo era extremamente limitado. A razão para isso não era difícil de identificar: a vagueza e a indeterminação da expressão permitiam que seu sentido fosse apropriado por quase

¹ Este trabalho serviu de base para um texto mais amplo, escrito em inglês, durante minha estada como *Visiting Scholar* na Universidade de Harvard. V. referência na Nota introdutória. Na presente versão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi atualizada.

qualquer linha de argumentação, cada intérprete projetando nela a sua própria imagem de dignidade. O fenômeno era universal e não apenas brasileiro. Para enfrentar o problema, dediquei-me à tarefa de procurar construir um sentido jurídico para a dignidade. Após escrever este texto, aprofundei um tanto mais minhas pesquisas e produzi outro, com foco no direito comparado e internacional, que foi publicado fora do Brasil.²

O presente artigo, em sua parte inicial, também volta sua atenção para o direito comparado e para decisões de cortes internacionais, colecionando um conjunto de casos interessantes em que a ideia de dignidade humana foi utilizada. A partir dessa massa crítica, o texto procura determinar a natureza jurídica da dignidade humana, identificada como sendo um princípio jurídico e não um direito fundamental. Procuo demonstrar, no texto, as razões pelas quais esta formulação me parece melhor. Em seguida, na parte mais complexa, o estudo busca atribuir três conteúdos específicos à dignidade, fazendo a passagem de cada um deles da filosofia para o Direito. Tais conteúdos são: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário. Este último conceito refere-se ao papel do Estado e da sociedade na conformação do sentido da dignidade, inclusive pela imposição de limites legítimos à autonomia individual. Definida a natureza jurídica e os elementos constitutivos da dignidade, o texto aplica tal arranjo teórico a três hipóteses de casos difíceis e moralmente divisivos: interrupção da gestação de fetos anencefálicos, pesquisas com células-tronco embrionárias e uniões homoafetivas.

² Luís Roberto Barroso, "Here, There and Everywhere": Human Dignity in Contemporary Law and in the International Discourse, *Boston College International and Comparative Law Review* 35, n. 2. Disponível em: <http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945741>.

1 Introdução³

O Sr. Wackeneim, na França, queria tomar parte em um espetáculo conhecido como arremesso de anão, no qual frequentadores de uma casa noturna deveriam atirá-lo à maior distância possível. A Sra. Evans, no Reino Unido, após perder os ovários, queria poder implantar em seu útero os embriões fecundados com seus óvulos e o sêmen do ex-marido, de quem se divorciara. A família da Sra. Englaro, na Itália, queria suspender os procedimentos médicos e deixá-la morrer em paz, após dezessete anos em estado vegetativo. O Sr. Ellwanger, no Brasil, gostaria de continuar a publicar textos negando a ocorrência do Holocausto. O Sr. Lawrence, nos Estados Unidos, desejava poder manter relações homoafetivas com seu parceiro, sem ser considerado um criminoso. A Sra. Lais, na Colômbia, gostaria de ver reconhecido o direito de exercer sua atividade de trabalhadora do sexo, também referida como prostituição. O Sr. Gründgens, na Alemanha, pretendia impedir a republicação de um livro que era baseado na vida de seu pai e que considerava ofensivo à sua honra. O jovem Perruche, na França, representado por seus pais, queria receber uma indenização pelo fato de ter nascido, isto é, por não ter sido abortado, tendo em vista que um erro de diagnóstico deixou de prever o risco grave de lesão física e mental de que veio a ser acometido. A Sra. Gootboom, na África do Sul, em situação de grande privação, postulava do Poder Público um abrigo para si e para sua família. Todos esses exemplos reais, envolvendo situações aparentemente distantes, guardam entre si um elemento comum: a necessidade de se fixar o sentido e alcance da dignidade humana, como elemento argumentativo necessário à produção da solução justa.

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal

³ Meu interesse e minhas ideias acerca da dignidade da pessoa humana foram influenciados, na literatura nacional, por alguns importantes trabalhos que gostaria de registrar, homenageando seus autores. São eles: Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*; Maria Celina Bodin de Moraes, *Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Merece destaque, também, o erudito painel da trajetória da dignidade humana e dos direitos humanos traçado por Fábio Konder Comparato, em A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2001.

fato, todavia, não minimiza — antes agrava — as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do Holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial *post mortem*, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, игibilidade de direitos sociais. A lista é longa.

O presente estudo procura realizar quatro propósitos principais. O primeiro deles é o de registrar a importância que a dignidade da pessoa humana assumiu no direito contemporâneo, no plano doméstico, internacional e no discurso transnacional. Trata-se de um conceito que tem viajado entre países e continentes e que, por isso mesmo, precisa de uma elaboração apta a dar alguma uniformidade à sua utilização. O segundo propósito é o de precisar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, como pressuposto da determinação do seu modo de aplicação. Direito fundamental, valor absoluto ou princípio jurídico são algumas das qualificações feitas em diferentes países, tendo por consequência embaraços teóricos e práticos. O terceiro objetivo visado é o de definir conteúdos mínimos para a dignidade humana, como premissa indispensável para libertá-la do estigma de uma ideia vaga e inconsistente, capaz de legitimar soluções contraditórias para problemas complexos. E, por fim, determinada sua natureza jurídica e definidos seus conteúdos mínimos, o quarto objetivo é o de estabelecer critérios para sua aplicação, de modo a permitir que ela sirva para estruturar o raciocínio jurídico no processo decisório, bem como para a ajudar a executar ponderações e escolhas fundamentadas, quando necessário.

A meta desse estudo é tornar a dignidade da pessoa humana um conceito mais objetivo, claro e operacional. Dessa forma, ela poderá passar a ser um elemento argumentativo relevante — e não mero ornamento retórico — na atuação de advogados públicos e privados, membros do Ministério Público e, sobretudo, de juízes e tribunais, que nela poderão encontrar uma ferramenta valiosa na busca da melhor interpretação jurídica e da realização mais adequada da justiça. Um projeto ambicioso e de risco, para o qual peço a indulgência do leitor.

2 A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo

2.1 Origem e evolução

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem *religiosa*, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a *filosofia*, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo *político*, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativo. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.

2.2 A dignidade da pessoa humana no direito comparado e no discurso transnacional

A despeito de sua relativa proeminência na história das ideias, foi somente no final da segunda década do século XX que a dignidade humana passou a figurar em documentos jurídicos, a começar pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919).⁴ Antes de viver sua apoteose como símbolo humanista, esteve presente em textos com pouco *pedigree* democrático, como o Projeto de Constituição do Marechal Pétain (1940), na França, durante o período de colaboração com os nazistas,⁵ e em Lei Constitucional decretada por Francisco

⁴ Christopher McGrudden, Human dignity and judicial interpretation of human rights, *The European Journal of International Law* 19:655, 2008, p. 664.

⁵ Lei Constitucional de 10 de julho de 1940. In: *Les Constitutions de France depuis 1789*, 1995. V. tb. Véronique Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel Français et du Tribunal Constitutionnel Espagnol*, 2004, p. 34.

Franco (1945), durante a longa ditadura espanhola.⁶ Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais, como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e inúmeros outros tratados e pactos internacionais, passando a desempenhar um papel central no discurso sobre direitos humanos. Mais recentemente, recebeu especial destaque na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000, e no Projeto de Constituição Europeia, de 2004.

No âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos. A primazia, no particular, tocou à Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao *status* de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional. Diversas outras Constituições contêm referência expressa à dignidade em seu texto — Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras — ou em seu preâmbulo, como a do Canadá. E mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos⁷ e França,⁸ a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa, em decisões importantes. A partir daí, as cortes constitucionais de diferentes países iniciaram um diálogo transnacional, pelo qual se valem de precedentes e argumentos utilizados pelas outras cortes, compartilhando um sentido comum para a dignidade. Trata-se de uma integração em que os atores nacionais, internacionais e estrangeiros se somam.⁹

No plano do direito comparado, merece destaque, em primeiro lugar, a atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, cujas decisões são citadas em diferentes jurisdições. Na prática da Corte, a

⁶ Trata-se do “Fuero de los Españoles”, uma das leis fundamentais aprovadas ao longo do governo franquista. V. <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fuero-de-los-espanoles-de-1945-0/pdf/>>. Sobre este e outros aspectos da experiência constitucional espanhola, v. Francisco Fernandez Segado (*El sistema constitucional español*, 1992, p. 39 *et seq.*). No Brasil, o Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, outorgado pelo Presidente Costa e Silva, que deu início à escalada ditatorial e à violência estatal contra os adversários políticos, fez referência expressa à dignidade da pessoa humana.

⁷ Maxime D. Goodman, Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence, *Nebraska Law Review* 84:740, 2005-2006.

⁸ Dominique Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, 1998, p. 62-70.

⁹ Sem embargo da existência de muitas dificuldades teóricas. Sobre o tema, v. Sir Basil Markesinis & Jörg Fedtke, *Judicial recourse to foreign Law: a new source of inspiration?*, 2006.

dignidade humana sempre esteve no centro das discussões de inúmeros casos como, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da descriminalização do aborto (Aborto I),¹⁰ a flexibilização dessa mesma decisão (Aborto II),¹¹ a proibição de derrubada de aviões sequestrados por terroristas¹² e a vedação do uso de diário pessoal como meio de prova,¹³ entre muitos outros. A jurisprudência Alemã na matéria é abundante. Também nos Estados Unidos, embora com menor intensidade, diluída em outros fundamentos e sob intensa polêmica,¹⁴ a dignidade humana vem sendo crescentemente utilizada na argumentação jurídica dos tribunais.¹⁵ Em decisão mais antiga, envolvendo a constitucionalidade da pena de morte, a Suprema Corte decidiu que os objetivos sociais de retribuição e prevenção superavam as preocupações com a dignidade.¹⁶ Todavia, considerou violadora da dignidade humana a execução de deficientes mentais¹⁷ e de menores de dezessete anos.¹⁸ Em tema de interrupção da gestação, houve referência expressa na decisão

¹⁰ BVerfGE 39:1. Em decisão de 1975, a Corte entendeu que o direito à vida e os deveres de proteção que o Estado tem em relação a tal direito impõem a criminalização do aborto.

¹¹ Uma lei de 1992, que teve sua arguição de inconstitucionalidade rejeitada, torna o aborto não punível até o terceiro mês, desde que a mulher se submeta, previamente, a aconselhamento obrigatório, no qual ela será informada de que o feto em desenvolvimento constitui uma vida independente. Ela deverá aguardar 72 horas após o aconselhamento e a realização do procedimento.

¹² BVerfG, 1 BvR nº 357/05. Em decisão de 2006, considerou inconstitucional a previsão legal que dava ao Ministro da Defesa poder para ordenar o abate de aviões em circunstâncias nas quais fosse possível assumir que ele seria utilizado contra vidas humanas. V. <[http://www.transnationalterrorism.eu/tekst/publications/Germany%20case%20study%20\(WP%206%20Del%2012b\).pdf](http://www.transnationalterrorism.eu/tekst/publications/Germany%20case%20study%20(WP%206%20Del%2012b).pdf)>. Acesso em: 27 nov. 2010.

¹³ BVerfGE 80, 367. Trata-se de decisão do Tribunal Federal de Justiça no sentido de que a leitura de registros em diário pessoal viola a dignidade e a privacidade. V. Cristoph Enders, The right to have rights: the concept of human dignity in German Basic Law, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 2:1, 2010, p. 5.

¹⁴ Nos Estados Unidos, a referência a decisões estrangeiras que faziam menção à dignidade humana, por parte de Justices da Suprema Corte, provocou forte reação em setores jurídicos e políticos. Sobre o tema, v. Jeremy Waldron, Foreign law and the modern *ius gentium*, *Harvard Law Review* 119:129, 2005. Em debate comigo na Universidade de Brasília, em 2009, o Juiz da Suprema Corte Americana, Justice Antonin Scalia, afirmou que a cláusula da dignidade da pessoa humana não consta da Constituição dos Estados Unidos e que, por essa razão, não pode ser invocada por juízes e tribunais.

¹⁵ Para um levantamento amplo e detalhado da matéria na jurisprudência norte-americana, v. Maxime D. Goodman, Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence, *Nebraska Law Review* 84:740, 2005-2006.

¹⁶ *Gregg v. Georgia*. 428 U.S. 153 (1976).

¹⁷ *Atkins v. Virginia*. 536 U.S. 304 (2002). A decisão emprega a expressão “retardados mentais”, que já não é mais aceita. Utiliza-se, correntemente, apenas deficiência, ou deficiência intelectual ou psíquica.

¹⁸ *Roper v. Simmons*. 543 U.S. 551 (2005).

que reafirmou, com reservas, o direito da mulher ao aborto.¹⁹ No julgado que deu maior ênfase à dignidade humana, a Corte considerou inconstitucional a criminalização de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo.²⁰

Pelo mundo afora, cortes constitucionais e internacionais têm apreciado casos de grande complexidade moral envolvendo o sentido e o alcance da dignidade da pessoa humana. Na França, além do célebre caso do arremesso de anão, que será comentado adiante, outras decisões suscitaram acirrada controvérsia. No *affaire Perruche*, a Corte de Cassação, em decisão duramente criticada, reconheceu o “direito de não nascer”, ao assegurar a uma criança, representada por seus pais, uma indenização pelo fato de ter nascido cega, surda e com transtorno mental severo. Um erro de diagnóstico no teste de rubéola realizado na mãe deixou de detectar o risco de anomalia fetal grave, impedindo-a de interromper voluntariamente a gestação, como era de seu desejo declarado caso o problema fosse detectado no exame pré-natal.²¹ Em outro caso que ganhou notoriedade, Corinne Parpalaix viu reconhecido o seu direito de proceder à inseminação artificial com o esperma de seu falecido marido, que o havia depositado em um banco de sêmen antes de se submeter a uma cirurgia de alto risco.²²

Outra questão interessante, envolvendo inseminação artificial, foi julgada no Reino Unido. Natalie Evans, antes de ter seus ovários retirados em razão de um tumor, colheu óvulos e teve-os fecundados em laboratório com o sêmen de seu parceiro, Howard Johnson. Os embriões congelados permaneceram em uma clínica especializada. Após o rompimento da relação conjugal, a mulher desejou implantar em seu útero os embriões armazenados, ao que se opôs o antigo parceiro. Diante disso, a clínica recusou-se a fornecer o material, saindo-se vencedora na demanda que lhe foi proposta.²³ No Canadá, em meio ao complexo debate

¹⁹ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). A decisão mantida foi *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), que foi o primeiro grande precedente na matéria.

²⁰ *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

²¹ Decisão disponível em: <http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/>. Sobre o tema, v. Olivier Cayla et Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître — A propos de l’Affaire Perruche*, 2002. Em lingual portuguesa, v. Gabriel Gualano de Godoy, *Acórdão Perruche e o direito de não nascer*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/12026/1/nao_nascer_FINAL.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2010.

²² *Affaire Parpalaix*, Tribunal de Grande Instance de Créteil, 1º ago. 1984.

²³ *Evans v. Amicus Healthcare Ltd.*, EWCA Civ. 727. A decisão da England and Wales Court of Appeal (Civil Division) encontra-se disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/>

acerca da descriminalização de drogas leves, a Suprema Corte rejeitou a tese de que o uso de maconha constituiria a escolha de um estilo de vida, alegando que a proibição protegia grupos vulneráveis, incluindo adolescentes e mulheres grávidas.²⁴ A mesma Corte considerou legítima a proibição de comunicação para fins de prostituição,²⁵ a exemplo da Suprema Corte da África do Sul.²⁶ Em sentido diverso pronunciou-se a Corte Constitucional da Colômbia, como se comenta mais à frente. A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que o Reino Unido violou o direito de uma mulher transexual ao negar reconhecimento legal a sua operação de mudança de sexo.²⁷ Há julgados nos mais distintos países, incluindo Espanha, Israel, Argentina e muitos outros. No entanto, as decisões referidas já são suficientemente representativas e não é o caso de se proceder a um levantamento exaustivo. O último registro relevante a fazer é que muitas decisões se referem a julgados de tribunais de outros países, dando uma dimensão verdadeiramente transnacional ao discurso da dignidade humana.²⁸

2.3 Críticas à utilização da dignidade da pessoa humana no Direito

Como intuitivo, a noção de dignidade humana varia no tempo e no espaço, sofrendo o impacto da história e da cultura de cada povo, bem como de circunstâncias políticas e ideológicas. Em razão da plasticidade e da ambiguidade do discurso da dignidade, muitos autores já

EWCA/Civ/2004/727.html>. Acesso em: 27 nov. 2010. A decisão foi confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. V. *Evans v. United Kingdom*. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Evans%20%7C%20v.%20%7C%20United%20%7C%20Kingdom&sessionid=62771276&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 27 nov. 2010.

²⁴ *R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine* [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74. A Corte rejeitou a arguição de inconstitucionalidade da criminalização da maconha.

²⁵ *Reference re ss. 193 & 195.1(1)(c) of Criminal Code (Canada)*, (the Prostitution Reference), [1990] 1 S.C.R. 1123. Para comentários sobre esta decisão e a anterior, v. R. James Fyfe, *Dignity as theory: competing conceptions of human dignity at the Supreme Court of Canada*, *Saskatchewan Law Review* 70:1, 2007, p. 5-6.

²⁶ *State v. Jordan and Others (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae)* (CCT31/01) [2002] ZACC 22; 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117 (9 October 2002). V. decisão em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/22.html>>.

²⁷ V. CEDH, *Goodwin v. the United Kingdom*, julgado em 11 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.pfc.org.uk/node/350>>. Acesso em: 27 nov. 2010.

²⁸ Decisões americanas, canadenses, sul-africanas, colombianas, brasileiras e de diversos outros países invocam os precedentes de tribunais superiores ou cortes constitucionais de outras jurisdições, como argumento doutrinário, naturalmente, e não jurisprudencial.

sustentaram a *inutilidade* do conceito,²⁹ referido como ilusório e retórico.³⁰ Outros estudiosos apontam os riscos de utilização da dignidade em nome de uma moral religiosa³¹ ou paternalista.³² Nos Estados Unidos, já foi criticada como sendo manifestação de um constitucionalismo de valores, comunitarista e com aspectos socialistas, sobretudo por admitir direitos sociais, que geram prestações positivas, como trabalho, planos de saúde ou meio-ambiente saudável. Tal tradição europeia, alega-se, seria incompatível com o constitucionalismo americano, fundado na liberdade individual e na proteção dos direitos.³³ As críticas são relevantes e merecem ser enfrentadas com seriedade científica. Na sequência desse trabalho, procura-se demonstrar, com exemplos onde cabível, que o conceito é valioso e, em certos casos, necessário; que é possível dar à dignidade um sentido não religioso e harmonioso com a autonomia individual; e que tal sentido é não apenas compatível, mas, em certa medida, indispensável à argumentação jurídica em qualquer democracia constitucional.

3 Natureza jurídica, conteúdo mínimo e critérios de aplicação

3.1 Natureza jurídica da dignidade humana

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um *valor*, que é conceito axiológico,³⁴ ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade.³⁵ É nesse plano ético que a dignidade se torna, para

²⁹ Ruth Macklin, Dignity is a useless concept, *British Medical Journal* 327:1419, 2003.

³⁰ R. James Fyfe, Dignity as theory: competing conceptions of human dignity at the Supreme Court of Canada, *Saskatchewan Law Review* 70:1, 2007, p. 24, 27.

³¹ Véronique Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel Français et du Tribunal Constitutionnel Espagnol*, 2004, p. 143.

³² Susanne Baer, Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism, *University of Toronto Law Journal* 59:417, 2009, p. 418.

³³ Neomi Rao, On the use and abuse of dignity in constitutional law, *Columbia Journal of European Law* 14:201, 2007-2008, p. 212, 221.

³⁴ Citando von Wright, Robert Alexy registra que os conceitos práticos dividem-se em três categorias: axiológicos, deontológicos e antropológicos. Os conceitos axiológicos têm por base a ideia de *bom*. Os deontológicos, a de *dever ser*. Já os conceitos antropológicos estão associados a noções como vontade, interesse e necessidade. V. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 145-6.

³⁵ V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41.

muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.³⁶ ³⁷ Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico — expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental,³⁸ ganha também *status* de *princípio jurídico*.³⁹

Em sua trajetória rumo ao Direito, a dignidade beneficiou-se do advento de uma cultura jurídica pós-positivista. A locução identifica a reaproximação entre o Direito e a ética, tornando o ordenamento jurídico permeável aos valores morais.⁴⁰ Ao longo do tempo, consolidou-se a convicção de que nos *casos difíceis*, para os quais não há resposta pré-pronta no direito posto, a construção da solução constitucionalmente adequada precisa recorrer a elementos extrajurídicos, como a filosofia moral e a filosofia política.⁴¹ E, entre eles, avulta em importância a dignidade humana. Portanto, antes mesmo de ingressar no universo jurídico,

³⁶ V. Jürgen Habermas, *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*, *Metaphilosophy* 41:464, 2010, p. 466. É o que prevê, igualmente, a Constituição da Saxônia, de 1989.

³⁷ A doutrina tem convencionado a utilização da locução “direitos fundamentais” para os direitos humanos positivados em determinado sistema constitucional, ao passo que a expressão “direitos humanos” tem sido empregada para identificar posições jurídicas decorrentes de documentos internacionais, sem vínculo com qualquer ordenamento interno específico e com pretensão de validade universal. V. por todos, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2009, p. 29.

³⁸ Sobre o caráter suprapositivo da dignidade humana, v., entre muitos, José Afonso da Silva, *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998, p. 91; e Francisco Fernández Segado, *La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits*. In: *Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, 2007, p. 742.

³⁹ É bem de ver que, embora valor e princípio sejam categorias distintas no plano teórico, como apontado, eles estão intimamente relacionados e não se diferenciam de maneira relevante do ponto de vista prático, bastando que se reconheça a comunicação entre os planos axiológico e deontológico, isto é, entre a moral e o Direito.

⁴⁰ Sobre o pós-positivismo como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista, e sobre a entronização dos valores na argumentação jurídica, v. Luis Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2010, p. 247-50.

⁴¹ Sobre a ideia de leitura moral da Constituição, v. Ronald Dworkin, *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*, 1996, p. 7-12.

positivada em textos normativos ou consagrada pela jurisprudência,⁴² a dignidade já desempenhava papel relevante, vista como valor pré e extrajurídico,⁴³ capaz de influenciar o processo interpretativo. É fora de dúvida, todavia, que sua materialização em documentos constitucionais e internacionais sacramentou o processo de juridicização da dignidade, afastando o argumento de que o Judiciário estaria criando normas sem legitimidade democrática para tanto.⁴⁴

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua posituação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema.⁴⁵ Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Não é o caso de se aprofundar o debate acerca da distinção qualitativa entre princípios e regras. Adota-se aqui a elaboração teórica que se tornou dominante em diferentes países, inclusive no Brasil.⁴⁶ Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto.⁴⁷ São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente.⁴⁸ Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação⁴⁹ e à proporcionalidade,⁵⁰ e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos.

⁴² Este foi o caso da França, por exemplo, onde o princípio da dignidade da pessoa humana foi “descoberto” pelo Conselho Constitucional, em decisão proferida em 27 de julho de 1994. V. Decisão nº 94-343-344 DC. In: L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions Du Conseil Constitutionnel*, 2003, p. 852 et seq.

⁴³ V., por muitos, Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2010, p. 50: “[A] dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece”.

⁴⁴ Este argumento foi utilizado pelo juiz da Suprema Corte americana Antonin Scalia, em debate com o autor deste artigo na Universidade de Brasília (UnB), em maio de 2009. Sua posição é contrária ao uso da dignidade humana na interpretação constitucional nos Estados Unidos, pois ela não consta do texto ou de suas emendas.

⁴⁵ Sobre a dimensão moral e jurídica da dignidade, v., entre muitos, Jeremy Waldron, *Dignity, rank, and rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley. Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper n. 09-50*, September 2009, p. 1.

⁴⁶ Para uma visão crítica da posição dominante na literatura nacional, v., por todos, Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2009. Em meio a outros aspectos, Humberto sustenta que uma mesma norma pode funcionar tanto como princípio quanto como regra, e que também as regras estão sujeitas a ponderação.

⁴⁷ V. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1978, p. 22-28.

⁴⁸ V. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86.

⁴⁹ Na literatura nacional mais recente, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

⁵⁰ Sobre o conceito de proporcionalidade, na literatura mais recente, v. David M. Beatty, *The ultimate rule of law*, 2004; e Mark Tushnet, *Comparative constitutional law*. In: Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, *The Oxford handbook of comparative law*, p. 1249-52, 2006.

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos. Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante extração de uma regra concreta de seu enunciado abstrato, mas também mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia. Além disso, seu papel no sistema jurídico difere do das regras, na medida em que eles se irradiam por outras normas, condicionando seu sentido e alcance. Para fins didáticos, é possível sistematizar as modalidades de eficácia dos princípios em geral, e da dignidade da pessoa humana em particular, em três grandes categorias: direta, interpretativa e negativa.

Pela eficácia *direta*, um princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra. Embora tenha por traço característico a vagueza, todo princípio terá um núcleo, do qual se poderá extrair um comando concreto.⁵¹ Para citar dois exemplos na jurisprudência do STF dos últimos anos: do princípio da moralidade (e da impessoalidade), a Corte extraiu a regra da vedação do nepotismo;⁵² do princípio democrático, deduziu que o parlamentar que mude de partido após o pleito perde o cargo. Do princípio da dignidade humana, em acepção compartilhada em diferentes partes do mundo, retiram-se regras específicas e objetivas, como as que vedam a tortura, o trabalho escravo ou as penas cruéis. Em muitos sistemas, inclusive o brasileiro, há normas expressas interditan-do tais condutas, o que significa que o princípio da dignidade humana foi densificado pelo constituinte ou pelo legislador. Nesses casos, como intuitivo, o intérprete aplicará a regra específica, sem necessidade de recondução ao valor ou princípio mais elevado. Mas, por exemplo, à falta de uma norma específica que discipline a revista íntima em presídios, será possível extrair da dignidade humana a exigência de que mulheres não sejam revistas por agentes penitenciários masculinos.

⁵¹ Sobre este ponto, com reflexão analítica acerca do fato de que princípios têm um núcleo essencial de sentido, com natureza de regra, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008, p. 67-70.

⁵² STF. *DJ*, 18 dez. 2009, ADC nº 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto; STF. *DJ*, 24 out. 2008, RE nº 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. V., tb., Súmula Vinculante nº 13.

⁵³ STF. *DJ*, 17 out. 2008, MS nº 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau; STF. *DJ*, 19 dez. 2008, MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; e STF. *DJ*, 3 out. 2008, MS nº 26.604/DF, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia.

A eficácia *interpretativa* dos princípios constitucionais significa que os valores e fins neles abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. A dignidade, assim, será critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação. Por exemplo: o mínimo existencial desfruta de precedência *prima facie* diante de outros interesses;⁵⁴ algemas devem ser utilizadas apenas em situações que envolvam risco, e não abusivamente;⁵⁵ a liberdade de expressão, como regra, não deve ser cerceada previamente.⁵⁶ Merece registro, nesse tópico, o papel *integrativo* desempenhado pelos princípios constitucionais, que permite à dignidade ser fonte de direitos não enumerados e critério de preenchimento de lacunas normativas. Como o direito de privacidade ou a liberdade de orientação sexual, onde não tenham previsão expressa.⁵⁷ No Brasil, direta ou indiretamente, a dignidade esteve subjacente a inúmeras decisões “criativas”, em temas como fornecimento gratuito de medicamentos fora das hipóteses previstas na normatização própria,⁵⁸ não compulsoriedade do exame de DNA em investigação de paternidade,⁵⁹ bem como em hipóteses de redesignação sexual.⁶⁰

A eficácia *negativa*, por fim, implica na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio constitucional em questão. Dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade do ato, seja em ação direta ou em controle incidental. Por vezes, um princípio constitucional pode apenas paralisar a incidência da norma em uma situação específica, porque naquela hipótese concreta se produziria uma consequência inaceitável pela Constituição.⁶¹ Pois bem: a dignidade da pessoa humana foi um dos fundamentos

⁵⁴ STJ. DJ, 29 abr. 2010, REsp nº 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins.

⁵⁵ STF. Súmula Vinculante nº 11.

⁵⁶ STF. Informativo STF nº 598, 30 ago. a 3 set. 2010, ADI nº 4451/DF, Rel. Min. Carlos Britto.

⁵⁷ Nos Estados Unidos, por exemplo, o reconhecimento do direito de privacidade, à falta de norma constitucional expressa, se deu em sede jurisprudencial, no caso *Griswold v. Connecticut*, julgado em 1965; e somente com a decisão em *Lawrence v. Texas*, de 2004, deixou de ser legítima a criminalização das relações homossexuais. Diversos países, nos últimos anos, legalizaram as uniões e casamentos homoafetivos, como, por exemplo, Dinamarca, Noruega, Suécia, Reino Unido, França, Bélgica, Alemanha e Portugal, em meio a muitos outros.

⁵⁸ STF. DJE, 30 abr. 2010, STA nº 424/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente).

⁵⁹ STF. RTJ, 165:902, HC nº 71.373/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁶⁰ STJ. DJ, 18 nov. 2009, REsp. nº 1008398, Rel.ª Min.ª. Nancy Andrighi.

⁶¹ Na ADPF nº 54, em que se pede o reconhecimento do direito de as mulheres interromperem a gestação no caso de fetos anencefálicos, este é um dos fundamentos. Pede-se ao STF, não que declare a inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto, mas que reconheça que eles não devem incidir nessa hipótese, pois obrigar uma mulher a levar a termo uma gestação inviável viola a dignidade da pessoa humana.

para a mudança jurisprudencial do STF em tema de prisão por dívida, passando-se a considerar ilegítima sua aplicação no caso do depositário infiel.⁶² Foi ela, igualmente, um dos argumentos centrais pelos quais se negou aplicação, em inúmeros precedentes, a dispositivo da Lei de Entorpecentes que proibia, peremptoriamente, a liberdade provisória.⁶³ Não apenas atos estatais, mas também condutas privadas podem ser consideradas violadoras da dignidade humana e, conseqüentemente, ilícitas. Em uma das raras ocasiões em que se dispôs a limitar a liberdade de expressão, o STF considerou ilegítima a manifestação de ódio racial e religioso.⁶⁴

Três observações finais relevantes. A primeira: a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles.⁶⁵ Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais.⁶⁶ Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais, como se explorará mais adiante. Em segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto.⁶⁷ É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios,⁶⁸ mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais

⁶² O entendimento que ao final prevaleceu é o de que o Pacto de São José da Costa Rica, tratado sobre direitos humanos, tem estatura supralegal e prevalece sobre a legislação interna brasileira que a autorizava. No âmbito do STF, a dignidade humana foi invocada pelo Ministro Ilmar Galvão, relator do RE nº 349.703/RS, ao justificar sua mudança de opinião. No STJ, esteve igualmente presente no voto do relator, Min. Luiz Fux, no HC nº 123.755-SP. Sobre o tema, v. o comentário de Carmen Tibúrcio, Os tratados internacionais no Brasil: a prisão civil nos casos de alienação fiduciária e depósito, *Revista de Direito do Estado* 12:421, 2008.

⁶³ STF. *DJ*, 09 abr. 2010, HC nº 100.953/RS, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. No mesmo sentido, v.: STF. *DJ*, 30 abr. 2010, HC nº 100.872/MG, Rel. Min. Eros Grau; STF. *DJ*, 30 abr. 2010, HC nº 98.966/SC, Rel. Min. Eros Grau; STF. *DJ*, 14 maio 2010, HC nº 97.579/MT, Rel. Min. Eros Grau; STF. Rel. Min. 12 fev. 2010, HC nº 101.505/SC, Rel. Min. Eros Grau.

⁶⁴ Trata-se do caso *Ellwanger*, em que o STF decidiu que a liberdade de expressão não protege a incitação de racismo antisemita. *DJ*, 19 mar. 2003, HC nº 82.424/RS, Rel. p/o acórdão Min. Maurício Corrêa.

⁶⁵ Imaginando os direitos fundamentais como uma circunferência, a dignidade estará mais perto do núcleo do que das extremidades.

⁶⁶ Dominique Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, 1998. Em sentido contrário, v. Krystian Complak, Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico, *Revista da ESMEC* 21:107, 2008, p. 117.

⁶⁷ Em sentido contrário, há decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão. V. Donald P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 32.

⁶⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 105-109.

ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas.⁶⁹

3.2 Conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana

3.2.1 Nota preliminar: a influência do pensamento kantiano⁷⁰

Immanuel Kant (1724-1804) foi um dos mais influentes filósofos do Iluminismo e seu pensamento se irradiou pelos séculos subsequentes,⁷¹ sendo ainda hoje referência central na filosofia moral e jurídica, inclusive e especialmente na temática da dignidade humana.⁷² A filosofia kantiana foi integralmente construída sobre as noções de razão e de dever, e sobre a capacidade do indivíduo de dominar suas paixões e de identificar, dentro de si, a conduta correta a ser seguida.⁷³ Sem embargo de sua influência dominante, tal visão sofreu a crítica de contemporâneos e de pósteros, que apontavam ora para os limites da razão — em contraste com os sentimentos, as emoções e os desejos —⁷⁴

⁶⁹ Sobre o tema, v. decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso *Lüth*. In: Donald P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 361-68. Em língua portuguesa, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 *et seq.*; Jane Reis Gonçalves Pereira (*Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 *et seq.*); e Wilson Steinmetz (*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 *et seq.*). V. tb., em espanhol, Juan Maria Bilbao Ubillos (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, 1997), em inglês, v. Mark Tushnet (*Comparative constitutional law*. In: Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, *The Oxford handbook of comparative law*, p. 1252-53, 2006).

⁷⁰ V. Immanuel Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004), Peter Singer (Ed.) (*Ethics*, 1994, p. 113-17), Ted Honderich (Ed.) (*The Oxford companion to philosophy*, 1995, p. 435-39), Roger Scruton (*Kant: a very short introduction*, 2001), Bruce Waller (*Consider ethics*, 2005, 18-46).

⁷¹ Segundo o *Oxford companion to philosophy* (1993, p. 434), Kant é “provavelmente o maior filósofo europeu moderno”.

⁷² Autores utilizam a expressão “virada kantiana” para se referirem à renovada influência de Kant no debate jurídico contemporâneo. V., e.g., Ricardo Lobo Torres (*A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: Ricardo Lobo Torres, *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999, p. 249), onde faz referência, igualmente, a Otfried Hoffe, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, 1990, p. 135.

⁷³ A ética kantiana encontra-se desenvolvida, sobretudo, em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, publicada em 1785. Utiliza-se aqui a tradução portuguesa feita por Paulo Quintela, edição de 2004.

⁷⁴ V. David Hume (*A treatise of human nature*, 1738). Hume foi contemporâneo de Kant, mas baseou sua filosofia em pressupostos diametralmente opostos, defendendo a primazia dos sentimentos e emoções sobre a razão. Quanto ao ponto, v. Bruce N. Waller, *Consider ethics*, 2005, p. 32-44.

ora para o papel desempenhado pela comunidade em que o indivíduo está inserido na determinação de seus valores éticos.⁷⁵ É certo que não se deve subestimar o poder da razão e a capacidade de o indivíduo se orientar por uma racionalidade prática. Mas não existe uma razão plenamente objetiva, livre da subjetividade e dos diferentes pontos de observação. Ademais, a vontade e a conduta das pessoas são indissociáveis de múltiplos aspectos da condição humana, tanto os da afetividade e da solidariedade quanto os que estão ligados às ambições de poder e riqueza.

Sem prejuízo do registro feito acima, as formulações de Kant acerca de temas como imperativo categórico, autonomia e dignidade continuam a ser ponto obrigatório de passagem no debate da matéria. Aliás, curiosamente, algumas das ideias do grande filósofo desprenderam-se do sistema de pensamento kantiano e adquiriram significado próprio, por vezes contrastantes com as visões do seu formulador.⁷⁶ Confirma-se uma síntese sumária — e arriscada, naturalmente — de seus conceitos essenciais. A Física expressa as leis da natureza e descreve as coisas tal como acontecem. A Ética, por sua vez, tem por objeto a vontade do homem, e prescreve leis destinadas a reger condutas.⁷⁷ Estas leis exprimem um dever-ser, um imperativo, que pode ser hipotético ou categórico.⁷⁸ O *imperativo categórico*, que diz respeito a condutas necessárias e boas em si mesmas — independentemente do resultado que venham a produzir —, pode ser assim enunciado: *age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que a inspira e move) possi*

⁷⁵ Este era o caso de Hegel, cuja obra clássica *Elementos de filosofia do Direito*, publicada em 1822, em sua parte II, é largamente dedicada a combater aspectos da ética kantiana. Para Hegel, a moralidade do dever, de Kant, era excessivamente abstrata e sem conteúdo, e precisava ser reconciliada com os padrões éticos da comunidade. Sobre o ponto, v. duas obras de Peter Singer: *Ethics*, 1994, p. 113-17; e *Hegel: a very short history*, 2001, p. 39-48.

⁷⁶ De fato, algumas invocações contemporâneas da dignidade como fundamento contra a pena de morte ou para o direito de participação política contrastam com posições pessoais de Kant, que era favorável à pena capital e à larga restrição ao sufrágio popular (dele excluindo todos os que não fossem “independentes”, como empregados e mulheres). V. R. James Fyfe (Dignity as theory: competing conceptions of human dignity at the Supreme Court of Canada, *Saskatchewan Law Review* 70:1, 2007, p. 9), quanto ao primeiro ponto e Roger Scruton (*Kant: a very short introduction*, 2001, p. 121), quanto ao segundo.

⁷⁷ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 13. Kant se reporta à “velha filosofia grega”, que se dividia em Física, Ética e Lógica.

⁷⁸ O imperativo *hipotético* identifica uma ação que é necessária para se alcançar determinado fim. O imperativo *categórico* expressa uma ação que é necessária em si, sem relação com qualquer outro fim. V. Immanuel Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 50): “No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético; se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico”.

se transformar em uma lei universal.⁷⁹ Em lugar de apresentar um catálogo de virtudes específicas, uma lista do que fazer e do que não fazer, Kant concebeu uma fórmula, uma *forma* de determinar a ação ética.⁸⁰

Os dois outros conceitos imprescindíveis são os de autonomia e dignidade. A *autonomia* expressa a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. Note-se bem aqui, todavia, a singularidade da filosofia kantiana: a lei referida não é uma imposição externa (heterônoma), mas a que cada indivíduo dá a si mesmo. O indivíduo é compreendido como um ser moral, no qual o dever deve suplantar os instintos e os interesses. A moralidade, a conduta ética consiste em não se afastar do imperativo categórico, isto é, não praticar ações senão de acordo com uma máxima que possa desejar seja uma lei universal.⁸¹ A *dignidade*, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia.⁸² Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico — no “reino dos fins”, como escreveu —, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem *dignidade*.⁸³ Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: *toda*

⁷⁹ Nas palavras literais do autor: “O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”. V. Immanuel Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 59). A imagem aqui relevante é a de todo indivíduo como um “legislador universal”, isto é, com capacidade de estabelecer, pelo uso da razão prática, a regra de conduta ética extensível a todas as pessoas.

⁸⁰ V. Marilena Chauí (*Convite à filosofia*, 1999, p. 346): “O dever (em Kant) não é um catálogo de virtudes nem uma lista de ‘faça isto’ e ‘não faça aquilo’. O dever é uma *forma* que deve valer para toda e qualquer ação moral”. Há quem veja no imperativo categórico kantiano a versão laica da *regra de ouro*, de fundo religioso: “Faz aos outros o que desejas que te façam”. A *regra de prata* envolveria pequena inversão na atuação do sujeito: “Não faças aos outros o que não desejas que lhe seja feito”. Já a *regra de bronze*, ou lei de talião, incapaz de romper o ciclo de violência quando ela se instaure, é: “Faz aos outros o que te fazem”. Sobre o ponto, v. Maria Celina Bodin de Moraes (O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003, p. 139).

⁸¹ V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 67, 75-76.

⁸² V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 79.

⁸³ V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 77: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

*pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia.*⁸⁴

O tratamento contemporâneo da dignidade da pessoa humana incorporou e refinou boa parte das ideias expostas acima que, condensadas em uma única proposição, podem ser assim enunciadas: a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.

3.2.2 Plasticidade e universalidade

Atores jurídicos, sobretudo na tradição romano-germânica, são ávidos por definições abrangentes e detalhadas. Tal ambição, todavia, no que diz respeito à dignidade humana, é impossível de se realizar. A dignidade deve ser pensada como um conceito aberto, plástico, plural. Revivificada no mundo do segundo pós-guerra, foi ela a ideia unificadora da reação contra o nazismo e tudo o que ele representava. Pouco a pouco, consolidou-se o consenso de ser ela o grande fundamento dos direitos humanos,⁸⁵ ideia-símbolo do valor inerente da pessoa humana e da igualdade de todos, inclusive de homens e mulheres.⁸⁶ A verdade, porém, para bem e para mal, é que a dignidade humana, no mundo contemporâneo, passou a ser invocada em cenários distintos e complexos, que vão da bioética à proteção do meio ambiente, passando pela liberdade sexual, de trabalho e de expressão. Além disso, a pretensão

⁸⁴ Este princípio do indivíduo como fim em si mesmo “é a condição suprema que limita a liberdade das ações de cada homem”. Na formulação mais analítica do autor: “Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *persons*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbitrio”. V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 68, 71.

⁸⁵ Nesse sentido existem diversos documentos internacionais, entre os quais, exemplificativamente, a Declaração de Viena, produto da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 1993, na qual se inscreveu que “todos os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana”. V. íntegra da declaração em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>.

⁸⁶ É certo, por outro lado, que nunca qualquer documento jurídico internacional ou doméstico procurou explicitar o seu significado, que foi deixado à “compreensão intuitiva” dos intérpretes. V. Oscar Schachter, Editorial comment: Human dignity as a normative concept, *International Journal of Comparative Law*, 1983, p. 849.

de produzir um conceito transnacional de dignidade precisa lidar com circunstâncias históricas, religiosas e políticas de diferentes países, dificultando a construção de uma concepção unitária.

Nada obstante, na medida em que a dignidade humana se tornou uma categoria jurídica, é preciso dotá-la de conteúdos mínimos, que deem unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação. Do contrário, ela se transformaria em uma embalagem para qualquer produto, um mero artifício retórico, sujeito a manipulações diversas. A primeira tarefa que se impõe é afastá-la de doutrinas abrangentes,⁸⁷ totalizadoras, que expressem uma visão unitária do mundo, como as religiões ou as ideologias cerradas. A perdição da ideia de dignidade seria sua utilização para legitimar posições moralistas ou perfeccionistas, com sua intolerância e seu autoritarismo. Como consequência, na determinação dos conteúdos mínimos da dignidade, deve-se fazer uma opção, em primeiro lugar, pela *laicidade*. O foco, portanto, não pode ser uma visão judaica, cristã, muçulmana, hindu ou confucionista. Salvo, naturalmente, quanto aos pontos em que todas as grandes religiões compartilhem valores comuns.⁸⁸

Em segundo lugar, a dignidade deve ser delineada com o máximo de *neutralidade política* possível, com elementos que possam ser compartilhados por liberais, conservadores ou socialistas.⁸⁹ Por certo, é importante, em relação a múltiplas implicações da dignidade, a existência de um regime democrático. Por fim, o ideal é que esses conteúdos básicos da dignidade sejam *universalizáveis*, multiculturais, de modo a poderem ser compartilhados e desejados por toda a família humana.

⁸⁷ Sobre o ponto, v. o pensamento de John Rawls, desenvolvido em obras como: *Justice as fairness: a restatement*, 2001, p. 89 *et seq.*, *O direito dos povos*, 2004, p. 173 *et seq.*, e *Political liberalism*, 2005, p. xiii-xxxiv. Conceito essencial ao pensamento de Rawls é o de *razão pública*, do qual exclui as denominadas *doutrinas abrangentes*. Nas sociedades democráticas, cuja característica básica é o pluralismo razoável, não pode prevalecer qualquer doutrina religiosa ou filosófica que traga em si a pretensão de conter toda a verdade ou todo o direito. Isso não impede, todavia, que pessoas que compartilhem tais doutrinas possam chegar a determinados consensos acerca de uma concepção política de justiça (*overlapping consensus*). Tais consensos, afirma Jack Donnelly, Human dignity and human rights, <<http://www.udhr60.ch/research.html>>, 2009, p. 6, materializaram-se nos direitos desenvolvidos na Declaração Universal de Direitos Humanos. No mesmo sentido, no tocante ao consenso sobreposto, v. Jürgen Habermas (The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights, *Metaphilosophy* 41:464, 2010, p. 467).

⁸⁸ V. Jack Donnelly, Human dignity and human rights, <<http://www.udhr60.ch/research.html>>, 2009, p. 7. Segundo este autor, pessoas aderentes a doutrinas abrangentes como cristianismo, islamismo, budismo, assim como kantianos, utilitaristas e pragmáticos, em meio a muitos outros, vieram a endossar os direitos humanos como sua concepção política de justiça.

⁸⁹ Sobre as complexidades envolvendo a ideia de neutralidade, seus limites e possibilidades, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2009, p. 288 *et seq.*

Aqui, será inevitável algum grau de ambição civilizatória, para reformar práticas e costumes de violência, opressão sexual e tirania. Conquistas a serem feitas, naturalmente, no plano das ideias e do espírito, com paciência e perseverança. Sem o envio de tropas.

Para tais propósitos — definir conteúdos laicos, politicamente neutros e universalizáveis —, há um manancial de documentos internacionais que podem servir de base, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Note-se o emprego do termo *universal*, e não internacional. Trata-se de documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, por 48 votos a zero, com oito abstenções. Nela se condensa o que passou a ser considerado como o mínimo ético a ser assegurado para a preservação da dignidade humana.⁹⁰ Seu conteúdo foi densificado em outros atos internacionais, indiscutivelmente vinculantes do ponto de vista jurídico — ao contrário da DUDH, tradicionalmente vista como um documento meramente programático, *soft Law* —, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁹¹ e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁹² ambos de 16.12.1966. A eles se somam outros tratados e convenções internacionais da ONU,⁹³ bem como documentos regionais relevantes, americanos,⁹⁴ europeus⁹⁵ e africanos.⁹⁶

3.2.3 Três elementos essenciais à dignidade humana

A dignidade, como assinalado, é um conceito cujo sentido e alcance sofrem influências históricas, religiosas e políticas, sendo suscetível

⁹⁰ V. breve comentário à DUDH e anotações a diversos documentos internacionais em Flávia Piovesan (Coord. geral), *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*, 2008, p. 16 *et seq.*

⁹¹ O pacto foi ratificado pelo Brasil em 24.01.1992 e em outubro de 2010 contava com 166 ratificações. V. <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>.

⁹² O pacto foi ratificado pelo Brasil em 24.01.1992 e em outubro de 2010 contava com 160 ratificações. V. <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en>.

⁹³ Como, por exemplo, a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial (1985), Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares (1990).

⁹⁴ V. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San Jose da Costa Rica. Ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

⁹⁵ V. Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, revisada com o Protocolo nº 11, de 1º.11.1998.

⁹⁶ V. Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul, 1979, adotada em 27.07.1981.

de variação nas diferentes jurisdições. Nada obstante, a ambição do presente estudo é a de dar a ela um sentido mínimo universalizável, aplicável a qualquer ser humano, onde quer que se encontre. Um esforço em busca de um conteúdo humanista, transnacional e transcultural.⁹⁷ Ao longo do texto, ficou clara a conexão estreita entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos (ou fundamentais). Em verdade, dignidade humana e direitos humanos são duas faces de uma só moeda, ou, na imagem corrente, as duas faces de Jano: uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra, voltada para o Direito, traduz posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial. Em suma: a moral sob a forma de Direito.⁹⁸ Confirmam-se, a seguir, aspectos dos três conteúdos essenciais da dignidade: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.

3.2.3.1 Valor intrínseco da pessoa humana

No plano filosófico, trata-se do elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos.⁹⁹ O valor intrínseco ou inerente da pessoa humana é reconhecido por múltiplos autores¹⁰⁰ e em diferentes documentos internacionais.¹⁰¹ Trata-se da afirmação de sua posição especial no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. Um valor

⁹⁷ Christopher McGrudden (Human dignity and judicial interpretation of human rights, *The European Journal of International Law* 19:655, 2008, p. 723), observou a necessidade e a importância de se desenvolver uma concepção de dignidade humana que seja “transnacional, transcultural, não-ideológica, humanista, não-positivista, individualista-embora-comunitarista”.

⁹⁸ Veja-se, nesse sentido, inspirada passagem de Jürgen Habermas (The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights, *Metaphilosophy* 41:464, 2010, p. 470): “Em razão da promessa moral de igual respeito por todos dever ser descontada em moeda legal, os direitos humanos exibem uma face de Janus, voltada simultaneamente para a moralidade e para o Direito. Nada obstante seu conteúdo exclusivamente moral, eles têm a forma de um direito subjetivo exigível”.

⁹⁹ A ontologia é um ramo da metafísica que estuda os caracteres fundamentais do ser, o que todo ser tem e não pode deixar de ter. Nela se incluem questões como a natureza da existência e a estrutura da realidade. V. Nicola Abbagnano (*Dicionário de filosofia*, 1998, p. 662) e Ted Honderich (*The Oxford companion to philosophy*, 1995, p. 634).

¹⁰⁰ V., por todos, Christopher McGrudden, Human dignity and judicial interpretation of human rights, *The European Journal of International Law* 19:655, 2008, p. 679.

¹⁰¹ V., e.g., a Carta da ONU, de 1945, em seu preâmbulo, que reafirma “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano”. A referência é reproduzida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, e na Declaração de Viena, de 1993, elaborada durante a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos.

que não tem preço.¹⁰² A inteligência, a sensibilidade e a comunicação (pela palavra, pela arte, por gestos, pelo olhar ou por expressões fisionômicas) são atributos únicos que servem de justificação para esta condição singular. Trata-se de um valor objetivo, que independe das circunstâncias pessoais de cada um,¹⁰³ embora se venha dando crescente importância aos sentimentos de autovalor e de autorrespeito que resulta do reconhecimento social. Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros;¹⁰⁴ o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.¹⁰⁵ É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de incapacidade mental.¹⁰⁶

No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o *direito à vida*.¹⁰⁷ Em torno dele se estabelecem debates de grande complexidade

¹⁰² V. Immanuel Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 77) e, tb., Stephen Darwall (*The second-person standpoint: morality, respect and accountability*, 2006, p. 119): "(a) worth that has no price".

¹⁰³ V. Ronald Dworkin (*Is democracy possible here: principles for a new political debate*, 2006, p. 9-10): "Toda vida humana tem um tipo especial de valor objetivo. [...] O sucesso ou fracasso de qualquer vida humana é importante em si [...]. Todos deveríamos lamentar uma vida desperdiçada como algo ruim em si, seja nossa própria vida ou a de qualquer outra pessoa" (texto ligeiramente editado).

¹⁰⁴ Rememore-se, ainda uma vez, Immanuel Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 69): "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".

¹⁰⁵ Vejam-se, por todos, Jorge Reis Novais (*Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, 2004, p. 52) e Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2010, p. 76).

¹⁰⁶ Por essa razão, não se está aqui de acordo com a afirmação contida em Kant de que a dignidade tem por fundamento a autonomia. V. Immanuel Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 79).

¹⁰⁷ Vejam-se, a propósito do direito à vida, os seguintes documentos internacionais: Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), 1948, art. III; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Pacto ONU), 1961, art. 6º, onde há a admissão da pena de morte; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção Americana), 1969, art. 4º, onde tampouco há a proscricção da pena de morte; Carta Europeia de Direitos Fundamentais (Carta Europeia), 2000, art. 2º, que expressamente proíbe a pena de morte; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta Africana), 1979, art. 4º, sem referência à pena de morte. A Carta Europeia foi republicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, 30 mar. 2010.

jurídica e moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna. Em segundo lugar, o *direito à igualdade*.¹⁰⁸ Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento).¹⁰⁹ Do valor intrínseco resulta, também, o *direito à integridade física*,¹¹⁰ aí incluídos a proibição da tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. Em torno desse direito se desenvolvem discussões e controvérsias envolvendo prisão perpétua, técnicas de interrogatório e regime prisional. E, igualmente, algumas questões situadas no âmbito da bioética, compreendendo pesquisas clínicas, eugenia, comércio de órgãos e clonagem humana. E, por fim, o *direito à integridade moral ou psíquica*,¹¹¹ domínio no qual estão abrangidos o direito de ser reconhecido como pessoa, assim como os direitos ao nome, à privacidade, à honra e à imagem.¹¹² É também em razão do valor intrínseco que em diversas situações se protege a pessoa contra si mesma, para impedir condutas autorreferentes lesivas à sua dignidade.

3.2.3.2 Autonomia da vontade

A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas.¹¹³ A

¹⁰⁶ V. DUDH, arts. II e VII; Pacto ONU, arts. 26 e 27; Convenção Americana, art. 24; Carta Europeia, art. 20-23; e Carta Africana, art. 3º.

¹⁰⁹ Sobre o tema, em língua portuguesa, v. Charles Taylor (*A política do reconhecimento*. In: *Argumentos filosóficos*, 2000) e Axel Honneth (*Reconhecimento ou redistribuição?: a mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade*. In: Jessé Souza e Patrícia Mattos (Org.), *Teoria crítica no século XXI*, 2007). Para uma perspectiva diversa, v. Nancy Fraser (*Reconhecimento sem ética?* In: Jessé Souza e Patrícia Mattos (Org.), *Teoria crítica no século XXI*, 2007).

¹¹⁰ V. DUDH, arts. IV e V; Pacto ONU, arts. 7º e 8º; Convenção americana, arts. 5º e 6º; Carta Europeia, arts. 3º a 5º; Carta Africana, arts. 4º e 5º.

¹¹¹ V. DUDH, arts. VI e XII; Pacto ONU, arts. 16 e 17; Convenção Americana, arts. 11 e 18; Carta Europeia, art. 3º; Carta Africana, art. 4º.

¹¹² Para um diálogo transnacional pleno, as categorias aqui utilizadas — direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica — precisam ser harmonizadas com o tratamento dado pela jurisprudência dos Estados Unidos aos direitos fundamentais, com remissão às doutrinas subjacentes às diferentes emendas que compõem o *Bill of Rights*. Sobre esta concepção americana e sua relação com a dignidade, v. Maxine D. Goodman, *Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence*, *Nebraska Law Review* 84:740, 2005-2006.

¹¹³ Relembre-se que na concepção kantiana, estas seriam normas que o próprio indivíduo se imporia. No mundo jurídico, porém, como intuitivo, as normas são heterônomas, ditadas sobretudo pelo Estado.

dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de *autodeterminação*, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. Por trás da ideia de autonomia está a de *pessoa*, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável.¹¹⁴ Ademais, a autodeterminação pressupõe determinadas *condições* pessoais e sociais para o seu exercício, para a adequada representação da realidade, que incluem informação e ausência de privações essenciais.

Na sua dimensão jurídica, a autonomia, como elemento da dignidade, é a principal ideia subjacente às declarações de direitos em geral, tanto as internacionais quanto as do constitucionalismo doméstico. A autonomia tem uma dimensão privada e outra pública. No plano dos *direitos individuais*, a dignidade se manifesta, sobretudo, como *autonomia privada*, presente no conteúdo essencial da *liberdade*, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. É preciso que estejam presentes, todavia, as condições para a autodeterminação, as possibilidades objetivas de decisão e escolha, o que traz para esse domínio, também, o direito à *igualdade*, em sua dimensão material,¹¹⁵ ponto que será retomado logo abaixo. No plano dos *direitos políticos*, a dignidade se expressa como *autonomia pública*, identificando o direito de cada um participar no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno,¹¹⁶ cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social.

Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de *mínimo existencial*.¹¹⁷ Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania,

¹¹⁴ Marilena Chaui (*Convite à filosofia*, 1999, p. 337-38), onde assinalou: "Para que haja conduta ética é preciso que exista o agente consciente, isto é, aquele que conhece a diferença entre bem e mal, certo e errado, permitido e proibido, virtude e vício. A consciência moral não só conhece tais diferenças, mas também reconhece-se como capaz de julgar o valor dos atos e das condutas e de agir em conformidade com os valores morais, sendo por isso responsável por suas ações e seus sentimentos e pelas consequências do que faz e sente".

¹¹⁵ Trata-se, aqui, de aspecto relevante da igualdade *material*. A igualdade *formal* e a igualdade como *reconhecimento* situam-se no âmbito do valor intrínseco.

¹¹⁶ Ronald Dworkin, *Is democracy possible here*, 2006, p. xii.

¹¹⁷ A ideia de mínimo existencial foi cunhada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em decisões diversas. V., e.g., *BVerfGE* 40:121, 1975 (*In*: Jürgen Schwabe,

todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares.¹¹⁸ O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais,¹¹⁹ mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida.¹²⁰ E nem poderia ser diferente. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.¹²¹ Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço. Mas, utilizando a Constituição brasileira como parâmetro, é possível incluir no seu âmbito, como já

Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemã, 2003, p. 349-500); e *BVerfGE* 33:303 (In: Donald P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 282). No Brasil, o tema foi desenvolvido especialmente por Ricardo Lobo Torres, que consolidou seus diversos escritos em *O direito ao mínimo existencial* (2009). Também dedicaram atenção ao tema, em meio a muitos outros, Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 223 et seq.), Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2009, p. 299 et seq.) e Eurico Bitencourt Neto (*O direito ao mínimo para uma existência digna*, 2010). Na doutrina estrangeira, o conceito é utilizado, igualmente, por John Rawls (*Political liberalism*, 2005, p. 228-9), que se refere a mínimo social ("social minimum"); e por Jürgen Habermas (*Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, v. 1, p. 160), que utiliza a expressão "direitos fundamentais a condições de vida", na medida em que necessários ao desfrute, em igualdade de chances, dos demais direitos fundamentais.

¹¹⁸ Esse direito pode ser satisfeito quer pelo atendimento individual, quer pela oferta de serviços públicos adequados.

¹¹⁹ Observe-se, todavia, que Constituições como a do Canadá, por exemplo, fazem menção à "promoção de igualdade de oportunidades para o bem-estar dos canadenses" (art. 36). Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê, em seu art. XXV, 1: "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle". O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, proclama "o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência" (art. 11.1) e, também, "o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome" (art. 11.2).

¹²⁰ V. STF, *RTJ*, 200:191, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Em celebrada decisão monocrática, o relator afirmou a necessidade da preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do *mínimo existencial*, que não fica ao "arbitrio estatal".

¹²¹ Além disso, o discurso ético e jurídico contemporâneo incorporou a noção de *mínimo ecológico* como parte do mínimo existencial. V. Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 11.

feito na doutrina,¹²² o direito à educação básica,¹²³ à saúde essencial,¹²⁴ à assistência aos desamparados¹²⁵ e ao acesso à justiça.¹²⁶ Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador.

Na jurisprudência de diversos países é possível encontrar decisões fundadas na autonomia como conteúdo da dignidade. No julgamento do caso *Rodriguez*, a Suprema Corte canadense fez expressa menção à “habilidade individual de fazer escolhas autônomas”, embora, no caso concreto, tenha impedido o suicídio assistido.¹²⁷ Na Suprema Corte americana, o mesmo conceito foi invocado em decisões como *Lawrence v. Texas*, a propósito da legitimidade das relações

¹²² A nomenclatura adotada é baseada em Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008, p. 289 *et seq.*), que inclui no mínimo existencial os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência aos necessitados e ao acesso à justiça. Já os conteúdos por mim propostos são em alguma medida mais amplos, como se expõe nas notas a seguir.

¹²³ Em lugar de educação fundamental, faz-se referência à educação básica, que inclui a educação infantil, o ensino fundamental e o médio. O próprio texto constitucional passou a prever, após a EC nº 59, de 11.11.2009, que deu nova redação ao art. 208, I, “educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade”.

¹²⁴ No conceito de saúde essencial estão incluídos acesso à água potável e ao esgotamento sanitário (*i.e.* o saneamento básico — CF, art. 23, IX), atendimento materno-infantil (CF, art. 227, §1º), ações de medicina preventiva (CF, art. 198, II), ações de prevenção epidemiológica (CF, art. 200, II) e algumas prestações de medicina curativa, em interpretação razoável do art. 196 da Constituição, que assegura o “direito à saúde”.

¹²⁵ A assistência aos desamparados inclui alimentação, abrigo, vestuário, renda mínima, aspectos da previdência social e lazer. A Lei nº 10.835, de 8.01.2004, instituiu a “renda básica da cidadania”, programa ainda não implementado de maneira abrangente. A Lei nº 10.836, de 9.01.2004, criou o “programa bolsa família”.

¹²⁶ O acesso à justiça, como intuitivo, é instrumental à obtenção das prestações correspondentes ao mínimo existencial quando não tenham sido entregues espontaneamente.

¹²⁷ Canadá. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. Data: 30 de setembro de 1993. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1993/1993rcs3-519/1993rcs3-519.html>>. Acesso em: maio de 2006. Com efeito, a Corte validou a distinção feita pela legislação canadense entre recusa de tratamento — reconhecida como direito do paciente — e o suicídio assistido, que é proibido. Por 5 votos a 4, negou o direito de uma mulher com esclerose lateral — enfermidade degenerativa irreversível — de controlar o modo e o momento da própria morte, com assistência de um profissional de medicina. Na decisão restou lavrado: “O que a revisão precedente demonstra é que o Canadá e outras democracias ocidentais reconhecem e aplicam o princípio da santidade da vida como um princípio geral que é sujeito a limitadas e estreitas exceções em situações nas quais as noções de autonomia pessoal e dignidade devem prevalecer. Todavia, essas mesmas sociedades continuam a traçar distinções entre formas ativas e passivas de intervenção no processo de morrer, e, com pouquíssimas exceções, proíbem o suicídio assistido em situações semelhantes à da apelante. A tarefa então se torna a de identificar as razões sobre as quais essas diferenças são baseadas e determinar se elas são suportáveis constitucionalmente”.

homoafetivas.¹²⁸ Na mesma linha da dignidade como autonomia foi a decisão da Corte Constitucional da Colômbia ao decidir pela inconstitucionalidade da proibição da eutanásia. O julgado fez expressa menção a uma perspectiva secular e pluralista, que deve respeitar a autonomia moral do indivíduo.¹²⁹ A mesma Corte, ao julgar o caso *Lais versus Pandemo*, reconheceu não apenas a licitude da prostituição voluntária, como expressão da autodeterminação individual, como assegurou aos *trabalhadores do sexo* direitos trabalhistas.¹³⁰

3.2.3.3 Valor comunitário

O terceiro e último conteúdo — a dignidade como *valor comunitário*, também referida como dignidade como heteronomia — abriga o seu elemento social. O indivíduo em relação ao grupo. Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de *vida boa*.¹³¹ O que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados.¹³² Como intuitivo, o conceito de dignidade

¹²⁸ Estados Unidos. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Em *Lawrence*, reverteu-se a decisão da década de 1980, proferida no caso *Bowers v. Harwick*, na qual havia sido considerada constitucional lei que criminalizava as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Firmou-se, assim, o entendimento de que conduta sexual íntima era parte da liberdade protegida pela cláusula do devido processo legal substantivo, nos termos da 14ª Emenda.

¹²⁹ Colômbia. *Sentencia C-239/97. Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980 – Código Penal*. Magistrado Ponente: dr. Carlos Gaiviria Diaz. 20 de mayo de 1997. Disponível em: <http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?id sitio=6&ruta=../jurisprudencia/consulta.jsp>. Acesso em: jan. 2011. “En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior. La decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. [...] Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad”.

¹³⁰ Colômbia. *Sentencia T-62910*. Acción de tutela instaurada por LAIS contra el Bar Discoteca PANDEMO. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Heao Pérez. V. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>>. Acesso em: novembro de 2010.

¹³¹ V. Leticia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Mimeografado. Tese de doutorado aprovada no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 172-3.

¹³² Essa dualidade dignidade como autonomia e como heteronomia, isto é, como fundamento de direitos ou como restrição a comportamentos individuais, encontra-se presente em diversos autores. Merece destaque a obra de Deryck Beylveled e Roger Brownsword *Human dignity in bioethics and biolaw*, 2004, p. 29.

como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade.¹³³ A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, entre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade.¹³⁴ É aqui que se situa a dimensão ecológica da dignidade, que tem sido objeto de crescente interesse, abrangendo diferentes aspectos da proteção ambiental e dos animais não humanos.¹³⁵ Em relação à dignidade como valor comunitário, é preciso ter especial cuidado para alguns graves riscos envolvidos, que incluem: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas;¹³⁶ b) o enfraquecimento de direitos fundamentais em seu embate com as “razões de Estado”;¹³⁷ e c) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados pela comunidade, com os perigos do moralismo e da tirania da maioria.¹³⁸

¹³³ V. Letícia de Campos Velho Martel (*Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Mimeografado, 2010). V. tb. Oscar Vieira Vilhena (*Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, 2006, p. 365).

¹³⁴ A solidariedade tem uma dimensão social, isto é, interna a determinado grupo; outra internacional, que envolve a relação entre Estados soberanos; e, por fim, intergeracional, abrangendo as obrigações de uma geração para com outra. Sobre o ponto, v. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2001, p. 39.

¹³⁵ Sobre o tema, v. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/File/383/269>>. Os autores citam passagem do suíço Peter Saladin, na qual enuncia três princípios éticos para o tratamento da questão ambiental: “a) *princípio da solidariedade* (justiça intrageracional); b) *princípio do respeito humano pelo ambiente não humano* (justice interspecies); e c) *princípio da responsabilidade para com as futuras gerações* (justice intergeracional)” (p. 16). V., tb., Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Daniel Braga Lourenço, *Em prol do direito dos animais: inventário, titularidade e categorias*, 2010. Mimeografado. Texto gentilmente cedido pelos autores.

¹³⁶ Sobre paternalismo, v. Joel Feinberg (*Legal paternalism*. In: Rolf Sartorius (Ed.), *Paternalism*, 1987, p. 3-18), Gerald Dworkin (*Paternalism: some second thoughts*. In: Rolf Sartorius (Ed.), *Paternalism*, 1987, p. 105-112), Manuel Atienza (*Discutamos sobre paternalismo, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5:203, 1988, p. 203).

¹³⁷ A dignidade como valor comunitário, imposto heteronomamente, é frequentemente associada a conceito jurídicos indeterminados, como ordem pública, interesse público, moralidade pública, portas pelas quais ingressam, em concepções autoritárias ou não plurais, as razões de Estado. Como observou Letícia Martel em *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, 2010, p. 174: “[O]s objetivos que amparam o conceito de dignidade como heteronomia são similares aos do paternalismo, aos do moralismo jurídico e aos do perfeccionismo...”.

¹³⁸ A expressão *tiranía da maioria* é utilizada tanto por John Stuart Mill (*Da liberdade*) como por Alexis de Tocqueville (*Democracia na América*). V. Norberto Bobbio, *Liberalismo e democracia*, 1988, p. 55 et seq.

No tocante à proteção do indivíduo em face de si mesmo, de suas próprias decisões, existem exemplos emblemáticos na jurisprudência mundial, como a já referida proibição da atividade de entretenimento conhecida como arremesso de anão (França),¹³⁹ a criminalização da violência física em relações sexuais sadomasoquistas consentidas (Reino Unido)¹⁴⁰ ou no caso dos chamados *peep shows* (Alemanha).¹⁴¹ Ainda que seja possível discutir o acerto dessas decisões concretas, elas chamam a atenção para a possibilidade teórica de se legitimar restrições à liberdade com fundamento na proteção à dignidade do próprio sujeito, definida com base em valores socialmente compartilhados. Da mesma forma, em algumas circunstâncias será legítima a restrição à autonomia privada para proteção dos direitos de terceiros ou para a imposição de determinados valores sociais. Isso vale para situações como defesa da

¹³⁹ França. V. decisão do Conselho de Estado francês, caso *Commune de Morsang-sur-Orge*, de 27 out. 1995. Disponível em: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=3&fond=DCE&texte=Morsang%2Dsurr%2DOrge&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPage=5&Pluriels=True>>; com comentário em: <<http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/presentation-des-grands-arrets/27-octobre-1995-com-mune-de-morsang-sur-orge.html>>. Ambos os acessos em: 14 de nov. 2010. O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atividade conhecida como *lancer de nain* (arremesso de anão), atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico, recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por “excess de pouvoir”. O Conselho de Estado, todavia, na sua qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão, assentando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana”.

¹⁴⁰ Reino Unido. Câmara dos Lordes. *R.v. Brown*. [1993] *All ER* 75. Disponível em: <<http://www.parliament.the-stationery-office.com/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/brown01.htm>>. Acesso em: dez. 2008. A decisão foi confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). *V. Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom*, 1997. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Laskey%2C%20Jaggard%20Brown%20v.%20United%20Kingdom&sessionid=25693996&skin=hudoc-en>>. Acesso em: dez. 2008. O caso envolveu vídeos que foram encontrados casualmente e que continham filmagens de relações sexuais grupais homossexuais com fortes componente sadomasoquistas. V. Leticia Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, 2010, p. 175-6.

¹⁴¹ Alemanha. V. *BVerwGE* 64:274, 1981 *apud* Deryck Beyleveld e Roger Brownsword (*Human dignity in bioethics and biolaw*, 2004, p. 34). V., tb., Leticia Martel (*Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, 2010, p. 177), que assim define *peep shows*: “[S]ão apresentações nas quais mulheres aparecem engaioladas e sujeitam-se às vontades dos espectadores, que podem *dirigir* seus movimentos e suas performances. De regra, não podem tocá-las”.

vida, repressão à pedofilia ou cerceamento da liberdade de expressão em casos de calúnia ou *hate speech*.¹⁴²

A imposição coercitiva de valores sociais — em geral, pelo legislador; eventualmente, pelo juiz —, em nome dessa dimensão comunitária da dignidade, nunca será uma providência banal, exigindo fundamentação racional consistente. Em qualquer caso, deverá levar seriamente em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas. A dignidade de um indivíduo jamais poderá ser suprimida, seja por ação própria ou de terceiros. Mas aspectos relevantes da dignidade poderão ser paralisados em determinadas situações. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de prisão legítima de um condenado criminalmente.

3.3 O uso da dignidade humana pela jurisprudência brasileira

No Brasil, como regra geral, a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. Existe uma forte razão para que seja assim. É que com o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais,¹⁴³ muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica. Diante disso, a dignidade acaba sendo citada apenas em reforço. No constitucionalismo brasileiro, seu principal âmbito de incidência se dará em situações de *ambiguidade de linguagem* — como parâmetro para escolha de uma

¹⁴² Sobre a proibição dos discursos do ódio para a proteção da dignidade humana, há decisões de tribunais diversos, incluindo a Suprema Corte de Israel, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, as Supremas Cortes do Canadá e da África do Sul, bem como o Tribunal Constitucional da Hungria. V. levantamento em Christopher McGrudden, *Human dignity and judicial interpretation of human rights*, *The European Journal of International Law* 19:655, 2008, p. 699 *et seq.* No Brasil, um dos fundamentos utilizados pelo STF para a proibição dos discursos do ódio foi justamente a dignidade humana. V. STF. DJ, 19 mar. 2003, HC nº 82.424/RS, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves. Sobre o tema da liberdade de expressão nesse contexto e para uma análise comparativa entre Estados Unidos e Europa, v. Guy E. Carmy, *Dignity – The enemy from within: A theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 9:957, 2006-2007.

¹⁴³ O art. 5º da Constituição de 1988, dedicado aos direitos individuais, contém 78 incisos.

solução e não de outra, em função da que melhor realize a dignidade —, de *lacuna normativa* — para integração da ordem jurídica em situações, por exemplo, como a das uniões homoafetivas —, de *colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais* — como, por exemplo, entre liberdade de expressão, de um lado, e direito ao reconhecimento e à não discriminação, de outro¹⁴⁴ — e nas de *desacordo moral razoável*, como elemento argumentativo da construção justa. No item final se procura fazer essa demonstração.

A referência à dignidade humana, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é especialmente abundante em matéria penal e processual penal. Em diversos julgados está expressa ou implícita a não aceitação da instrumentalização do acusado ou do preso aos interesses do Estado na persecução penal. O indivíduo não pode ser uma engrenagem do processo penal, decorrendo, de sua dignidade, uma série de direitos e garantias. Daí a existência de decisões assegurando aos que são sujeitos passivos em procedimentos criminais o direito a) à não autoincriminação,¹⁴⁵ b) à presunção de inocência,¹⁴⁶ c) à ampla defesa,¹⁴⁷ d) contra o excesso de prazo em prisão preventiva,¹⁴⁸ e) ao livramento condicional,¹⁴⁹ f) às saídas temporárias do preso,¹⁵⁰ g) à não utilização injustificada de algemas,¹⁵¹ h) à aplicação do princípio da insignificância¹⁵² e i) ao cumprimento de pena em prisão domiciliar.¹⁵³ A ideia kantiana do *fim-em-si* foi utilizada em acórdão em que se discutiu a competência para julgamento de crime de redução de pessoas à condição análoga à de escravo.¹⁵⁴

Existem, igualmente, precedentes do STF relacionados à manutenção da integridade física e moral dos indivíduos,¹⁵⁵ ao tratamento

¹⁴⁴ Um critério decisivo, aqui, há de ser a vulnerabilidade do grupo afetado pelo radicalismo verbal. A expressão “branco safado”, por exemplo, tem um impacto diverso da de “negro safado”, em razão do histórico de opressão e discriminação que assinala a trajetória dos afrodescendentes no Brasil.

¹⁴⁵ STF, DJ, 16 fev. 2001, HC nº 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁴⁶ STF, DJ, 17 out. 2008, HC nº 93.782/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁴⁷ STF, DJ, 20 out. 2006, HC nº 85.327/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, DJ 2 fev. 2010, HC nº 86.000/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, DJ 27 maio 2005, HC nº 84.768/PE, Rel. Min. Ellen Gracie; STF, DJ, 22 set. 2009, HC nº 89.176/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁴⁸ STF, DJ, 30 abr. 2010, HC nº 98.579/SP, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello.

¹⁴⁹ STF, DJ, 04 dez. 2009, HC nº 99.652/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

¹⁵⁰ STF, DJ, 20 maio 2010, HC nº 98.067/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹⁵¹ STF, DJ, 19 dez. 2008, HC nº 91952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹⁵² STF, DJ, 05 set. 2008, HC nº 90.125/RS, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau.

¹⁵³ STF, DJ, 04 jun. 2004, HC nº 83.358/SP, Rel. Min. Carlos Britto.

¹⁵⁴ STF, DJ, 19 dez. 2008, RE nº 398.041/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

¹⁵⁵ STF, DJ, 22 nov. 1996, HC nº 71.373/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio. O caso trata da questão da realização compulsória de exame de DNA

diferenciado devido a portadores de deficiência¹⁵⁶ e à proibição da tortura e de tratamento desumano, degradante ou cruel.¹⁵⁷ O princípio da dignidade humana também foi invocado em decisões como a da não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988¹⁵⁸ e na relativa à demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.¹⁵⁹ No controvertido tema do direito à saúde, sobretudo quando envolvidos procedimentos médicos e medicamentos não oferecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a dignidade humana também costuma ser invocada como argumento último, que encerra a discussão.¹⁶⁰ A circunstância de que o orçamento da saúde é finito e que, portanto, em muitas situações, destinar os recursos ao atendimento de uma pretensão judicial é retirá-los de outros destinatários, agrega complexidade ao debate. Com frequência, a ponderação adequada a se fazer envolve a vida, a saúde e a dignidade de uns *versus* a vida, a saúde e a dignidade de outros.¹⁶¹ A dignidade humana foi igualmente invocada em relação ao direito à educação, para fins de matrícula de uma criança na pré-escola.¹⁶² E, ainda, como fundamento limitador da liberdade de expressão, mantendo-se a condenação de Senador que ofendera a honra de um juiz.¹⁶³

Dois casos julgados em 2011 colocam em questão o tema da banalização do uso da dignidade humana como fundamento de decidir. O primeiro deles envolve a “briga de galo”.¹⁶⁴ Em ação direta de inconstitucionalidade, de relatoria do Min. Celso de Mello, discutiu-se a constitucionalidade da lei do Estado do Rio de Janeiro¹⁶⁵ que permite a exposição e competição entre aves combatentes, notoriamente a briga de galo. A ADIn foi julgada procedente e a lei foi declarada inconstitucional sob o fundamento de que o texto legal caracteriza prática criminosa,

para fins de comprovação de paternidade. Por maioria, o STF entendeu que a realização forçada de exames invade a privacidade, a intimidade e a integridade física individuais, protegidas pela dignidade.

¹⁵⁶ STF, *DJ*, 17.out. 2008, ADI nº 2649/DF, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia.

¹⁵⁷ STF, *DJ*, 10 ago. 2001, HC nº 70.389, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁵⁸ STF, *DJ*, 05 nov. 2009, ADPF nº 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto.

¹⁵⁹ STF, *DJ*, 25 set. 2009, Pet nº 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto.

¹⁶⁰ STF, *DJ*, 26 abr. 2010, STA nº 316/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes (presidente).

¹⁶¹ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *Interesse Público* 46:31, 2007.

¹⁶² STF, *DJ*, 14 set. 2011, ARE nº 639.337 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁶³ STF, *DJ*, 30 ago. 2011, AO nº 1.390/PB, Rel. Min. Dias Toffoli.

¹⁶⁴ STF, *DJ*, 13 out. 2011, ADI nº 1.856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁶⁵ Lei nº 2.895/98.

tificada em legislação ambiental, além de atentar contra a Constituição, que proíbe a submissão de animais a atos de crueldade, em seu artigo 225, *caput* e §1º, VII,¹⁶⁶ e prega o direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente. Em discussão no plenário, no entanto, o Ministro Cezar Peluso, com a aprovação de dois outros Ministros, defendeu que o caso em questão relaciona-se também com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a lei estadual estimularia a prática de atos degradantes, por sua irracionalidade, à figura humana. Com o respeito devido e merecido, proibir a briga de galo com base no princípio da dignidade da pessoa humana afigura-se um uso alargado em demasia do princípio.¹⁶⁷ O que poderia ter sido suscitado, isso sim, seria o reconhecimento de dignidade aos animais. Uma dignidade que, naturalmente, não é humana nem deve ser aferida por seu reflexo sobre as pessoas humanas, mas pelo fato de os animais, como seres vivos, terem uma dignidade intrínseca e própria.

O tema foi explicitamente debatido em um outro caso, envolvendo a desconsideração de coisa julgada, em caso de investigação de paternidade.¹⁶⁸ De fato, uma ação de investigação de paternidade fora julgada improcedente, por falta de provas, não tendo sido realizada, na ocasião, exame de DNA, em razão da hipossuficiência do autor. Posteriormente, viabilizada a realização do exame, nova ação foi proposta, tendo o tribunal *a quo* extinto o processo, em razão da coisa julgada material. O STF reconheceu repercussão geral na matéria e, por maioria, entendeu ser o caso de relativização da coisa julgada, em favor do direito fundamental à busca da identidade genética. Em seu voto, todavia, o relator, Min. Dias Toffoli, criticou o “abuso retórico” da invocação da dignidade humana que, segundo ele, precisaria ser salva “de si mesma”.¹⁶⁹ Em linha diversa, o Ministro Luiz Fux afirmou

¹⁶⁶ CF, art 225, *caput* e §1º, VII: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

¹⁶⁷ Sobre o ponto, no mesmo sentido, v. Marcelo Neves, *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, 2012 (no prelo).

¹⁶⁸ STF, DJ, 16 dez. 2011, RE nº 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli.

¹⁶⁹ “[C]onsidero haver certo abuso retórico em sua invocação [da dignidade humana] nas decisões pretorianas, o que influencia certas doutrinas, especialmente do Direito Privado, transformando a conspícua dignidade humana, [...] em verdadeira panacéia de todos os males. Dito de outro modo, se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá. [...] Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma...”.

ser a “imbricação” entre o direito fundamental à identidade genética e o “núcleo do princípio da dignidade humana” o fundamento para se acolher o pedido. Pessoalmente, embora considere pertinente a advertência do Ministro Dias Toffoli, penso que a importância da coisa julgada como garantia constitucional, veiculada sob a forma de regra (cuja ponderação, portanto, é atípica), exige a presença — como na hipótese — de uma força axiológica superior para que se admita seja excepcionada. Tal é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana.

Também no Superior Tribunal de Justiça têm se multiplicado as referências à dignidade da pessoa humana em decisões as mais variadas. Há precedentes em quase todas as áreas do direito, envolvendo a) mínimo existencial,¹⁷⁰ b) restrição ao direito de propriedade,¹⁷¹ c) uso de algemas,¹⁷² d) crime de racismo,¹⁷³ e) tortura,¹⁷⁴ f) vedação do trabalho escravo,¹⁷⁵ g) direito de moradia,¹⁷⁶ h) direito à saúde,¹⁷⁷ i) aposentadoria de servidor público por invalidez,¹⁷⁸ j) vedação do corte de energia elétrica para serviços públicos essenciais,¹⁷⁹ k) dívidas de alimentos,¹⁸⁰ l) adoção,¹⁸¹ m) investigação de paternidade,¹⁸² n) disputa de guarda de menor,¹⁸³ o) direito ao nome,¹⁸⁴ p) uniões homoafetivas,¹⁸⁵ q) redesignação sexual¹⁸⁶ e r) proteção aos portadores de deficiência física,¹⁸⁷ em meio a muitos outros.

A dignidade humana também encontra espaço considerável na jurisprudência dos Tribunais Superiores da Justiça da União. Ainda em matéria criminal, a dignidade foi mencionada pelo Superior Tribunal

¹⁷⁰ STJ. *DJ*, 16 set. 2009, REsp nº 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins.

¹⁷¹ STJ. *DJ*, 4 fev. 2010, IF nº 92/MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

¹⁷² STJ. *DJ*, 29 mar. 2010, HC nº 119.285/PR, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz.

¹⁷³ STJ. *DJ*, 08 jun. 2009, REsp nº 911.183/SC, Rel. p/ acórdão Min. Jorge Mussi.

¹⁷⁴ STJ. *DJ*, 05 nov. 2009, REsp nº 1.104.731/RS, Rel. Min. Herman Benjamin.

¹⁷⁵ STJ. *DJ*, 1º jul. 2009, MS nº 14.017/DF, Rel. Min. Herman Benjamin.

¹⁷⁶ STJ. *DJ*, 21 nov. 2008, REsp nº 980.300/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

¹⁷⁷ STJ. *DJ*, 08 mar. 2010, HC nº 51.324/ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

¹⁷⁸ STJ. *DJ*, 29 mar. 2010, REsp nº 942.530/RS, Rel. Min. Jorge Mussi.

¹⁷⁹ STJ. *DJ*, 03 ago. 2009, EREsp/RJ nº 845.982, Rel. Min. Luiz Fux.

¹⁸⁰ STJ. *DJ*, 05 ago. 2008, RHC nº 23.552/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda.

¹⁸¹ STJ. *DJ*, 29 out. 2008, REsp nº 1.068.483/RO, Rel. Min. Francisco Falcão.

¹⁸² STJ. *DJ*, 09 dez. 2008, AgRg no AgRg no Ag nº 951.174/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias.

¹⁸³ STJ. *DJ*, 15 mar. 2010, CC nº 108.442/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi.

¹⁸⁴ STJ. *DJ*, 04 ago. 2009, REsp nº 964.836/BA, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi.

¹⁸⁵ STJ. *DJ*, 23 fev. 2010, REsp nº 1.026.981/RJ, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi.

¹⁸⁶ STJ. *DJ*, 18 nov. 2009, REsp nº 1.008.398/SP, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi.

¹⁸⁷ STJ. *DJ*, 13 out. 2010, REsp nº 578085/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

Militar em situações relacionadas a) à aplicação da pena;¹⁸⁸ b) à inadmissibilidade de denúncia genérica;¹⁸⁹ c) à submissão a tratamento médico sem consentimento;¹⁹⁰ e d) à inadmissibilidade das vedações genéricas à concessão de liberdade provisória.¹⁹¹ Além disso, o STM já destacou que a dignidade humana é um dos valores condensados nos princípios da hierarquia e disciplina militares.¹⁹² Na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a dignidade humana foi utilizada como a) limite à liberdade de expressão nas propagandas eleitorais;¹⁹³ b) fundamento para proibir a realização coletiva do teste de alfabetização;¹⁹⁴ e, antes da Lei Complementar nº 135/2010,¹⁹⁵ como c) valor último a ser tutelado pela presunção de inocência em matéria de registro de candidatura de pessoas condenadas.¹⁹⁶ A dignidade é objeto de menções ainda mais frequentes pelo Tribunal Superior do Trabalho, havendo precedentes relacionados a a) mitigação dos efeitos da nulidade do contrato de trabalho celebrado sem concurso público com ente da Administração indireta;¹⁹⁷ b) colisão entre a intimidade do credor e o direito do

¹⁸⁸ STM, *DJ*, 13 mar. 2007, Apelo nº 2006.01.050302, Rel. Min. Marcus Herndl (no caso, decidiu-se pela aplicação do art. 71 do Código Penal, em vez do art. 80 do Código Penal Militar, considerado mais gravoso).

¹⁸⁹ STM, *DJ*, 1º dez. 2008, Rcrimfo nº 2008.01.007552-1, Relª. Minª. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

¹⁹⁰ STM, *DJ*, 10 nov. 2009, HC nº 2008.01.034595-7, Rel. Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach.

¹⁹¹ STM, *DJ*, 12 maio 2009, HC nº 2008.01.034520-5, Rel. Min. Sergio Ernesto Alves Conforto (considerando inválida a vedação *ex lege*, sem motivação, à concessão de liberdade provisória).

¹⁹² STM, *DJ*, 18 dez. 2009, Apelo nº 2009.01.051387-6, Rel. Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach.

¹⁹³ TSE, *DJ*, 25 ago. 2010, Rp nº 240991/DF, Relª. p/ acórdão Minª. Cármen Lúcia Antunes Rocha.

¹⁹⁴ TSE, *DJ*, 31 ago. 2004, RESPE nº 21920/MG, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos; TSE, *DJ*, 17 set. 2004, RCL nº 318/CE, Rel. Min. Luis Carlos Lopes Madeira (a realização coletiva exporia o interessado a situação constrangedora).

¹⁹⁵ A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, alterou a Lei Complementar nº 64/90 para considerar inelegíveis para qualquer cargo por 8 anos também os que forem condenados por decisão proferida por órgão judicial colegiado em certos crimes, elencados pela lei (LC nº 64/90, art. 1º, I, e).

¹⁹⁶ TSE, *DJ*, 04 jul. 2008, CTA nº 1621/PB: "Só o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, seja pelo cometimento de crime, seja pela prática de improbidade administrativa, pode impedir o acesso a cargos eletivos. Dir-se-á que o povo continuará a ser enganado por estelionatários eleitorais. A resposta é a de que a lei está de acordo com os melhores princípios que tutelam a dignidade humana; a falha está na respectiva aplicação" (extraído do voto do Ministro Ari Pargendler).

¹⁹⁷ Essa é a razão de ser da Súmula nº 363/TST — nesse sentido, v. TST, *DJ*, 09 maio 2003, RR nº 2368600-83.2002.5.11.0900, Rel. Des. Antônio José de Barros Levenhagen.

trabalhador à remuneração devida;¹⁹⁸ c) revista de funcionários;¹⁹⁹ d) dispensa discriminatória de empregado portador de HIV;²⁰⁰ e) isonomia do empregado doméstico em relação aos demais em matéria de férias;²⁰¹ f) dano moral por declarações racistas feitas por empregador a empregado;²⁰² g) vedação à remuneração do trabalhador efetuada exclusivamente com cestas básicas;²⁰³ h) impossibilidade de supressão, por acordo coletivo, de horário de pausa para alimentação e descanso;²⁰⁴ i) responsabilização subsidiária da Administração Pública em caso de terceirização de mão de obra, quando o contratante não cumpre com encargos trabalhistas;²⁰⁵ j) impenhorabilidade de bem de família;²⁰⁶ k) redução progressiva e posterior supressão de carga horária de professor;²⁰⁷ e l) incorporação de gratificação por cargo de confiança exercido por muitos anos.²⁰⁸

¹⁹⁸ TST. *DJ*, 24 fev. 2006, ROMS nº 9185800-80.2003.5.02.0900, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes (admitiu a quebra do sigilo fiscal de sócio de empresa que não informara os bens de que dispunha para saldar a dívida da empresa, após desconsideração da personalidade jurídica dessa última).

¹⁹⁹ TST. *DJ*, 15 out. 2004, RR nº 660481-47.2000.5.01.5555, Rel. Min. José Antônio Pancotti: "Indiscutível a garantia de o empregador, no exercício do poder de direção e mando, fiscalizar seus empregados [...]. A fiscalização deve dar-se, porém, mediante métodos razoáveis, de modo a não expor a pessoa do empregado a uma situação vexatória e humilhante, não submetendo o trabalhador ao ridículo, nem à violação de sua intimidade (CF/88, art. 5º, X)".

²⁰⁰ TST. *DJ*, 03 jun. 2005, RR nº 396800-41.2001.5.12.0028, Rel. Min. Gelson de Azevedo.

²⁰¹ TST. *DJ*, 24 fev. 2006, RR nº 637060-43.2000.5.22.5555, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Em sua redação original, a Lei nº 5.859/72 garantia aos empregados domésticos um período de 20 (vinte) dias úteis de férias, enquanto os demais empregados, em geral, faziam jus a 30 (trinta) dias corridos de férias (CLT, art. 130, I). No caso, embora o recurso de revista não tenha sido conhecido no ponto, o Tribunal destacou que "a legislação que disciplina as férias do empregado doméstico já não mais encontra respaldo na ordem constitucional inaugurada em 05.10.1988, porquanto não se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, tampouco com a finalidade social do instituto". Mais recentemente, a Lei nº 11.324/06 alterou a redação do art. 3º da Lei nº 5.859/72 para conferir aos empregados domésticos o direito a 30 (trinta) dias de férias remuneradas.

²⁰² TST. *DJ*, 26 jun. 2005, RR nº 101100-94.2001.5.04.0561, Rel. Min. João Oreste Dalazen.

²⁰³ TST. *DJ*, 23 nov. 2007, RR nº 153200-42.2002.5.04.0221, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula.

²⁰⁴ TST. *DJ*, 13 set. 2002, RR nº 452564-72.1998.5.03.5555, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa.

²⁰⁵ TST. *DJ*, 22 out. 2004, AIRR nº 9375900-35.2003.5.04.0900, Rel. Des. Conv. José Antônio Pancotti. O tema também é objeto da Súmula nº 331/TST, IV. Nada obstante, em recente julgamento, o STF considerou constitucional o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, entendendo que a simples inadimplência do contratado não transferiria à Administração a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, embora eventual omissão na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado pudesse gerar essa responsabilidade (STF, *Inf.* 610, ADC nº 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso).

²⁰⁶ TST. *DJ*, 12 mar. 2004, RR nº 120640-61.2003.5.02.0902, Rel.ª. Min.ª. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

²⁰⁷ TST. *DJ*, 28 out. 2004, AIRR nº 4789200-05.2002.5.01.0900, Rel. Des. José Antônio Pancotti: "Extrapolou os limites de simples justa causa para rescisão contratual, para alçar a lesão ofensiva à dignidade e à honra da pessoa do cidadão trabalhador, se o empregado professor dos

Do exame do amplo conjunto jurisprudencial aqui registrado, verifica-se que raramente a dignidade é o fundamento central do argumento e, menos ainda, tem o seu conteúdo explorado ou explicitado. No item que se segue, procura-se utilizar a dignidade e seu conteúdo como o efetivo fio condutor da decisão, em casos verdadeiramente difíceis.

3.4 A dignidade como parâmetro para a solução de casos difíceis

A utilização dos conteúdos mínimos da dignidade — valor intrínseco, autonomia e valor comunitário — não elimina de maneira absoluta a subjetividade do intérprete. Mas pode ajudar a estruturar o raciocínio e a dar-lhe maior transparência, sobretudo em disputas judiciais envolvendo colisões de direitos ou desacordos morais. A explicitação de cada um dos conteúdos da dignidade envolvidos na hipótese, bem como a justificação das escolhas feitas em cada etapa coíbem o voluntarismo e permitem um maior controle do raciocínio lógico desenvolvido pelo autor da decisão, inclusive para verificar se seus argumentos são laicos, politicamente neutros e universalizáveis. Confira-se o exercício feito abaixo, levando em conta três questões controvertidas submetidas à jurisdição constitucional no Brasil.

a) *Uniãoes homoafetivas*

Os interesses em jogo envolvem, de um lado, duas pessoas do mesmo sexo que desejam manter uma relação afetiva e sexual estável; e, de outro, uma concepção tradicional de sociedade que só admite relações dessa natureza entre pessoas de sexos diferentes. Pois bem: no plano da dignidade como *valor intrínseco*, o direito de igual respeito e consideração pesaria a favor do reconhecimento da legitimidade de tais uniões. Não há qualquer aspecto envolvendo o valor intrínseco de uma terceira pessoa que pudesse ser contraposto nas circunstâncias. No plano da *autonomia*, duas pessoas maiores e capazes estão exercendo sua liberdade existencial no tocante a seus afetos e à sua sexualidade. Não há, tampouco, afronta à autonomia de terceiros. No plano do *valor comunitário*, deve-se admitir que há, em diversos setores da sociedade, algum grau de reprovabilidade às condutas e relações homoafetivas.

cursos de graduação, pós-graduação e mestrado de uma instituição de ensino sofre gradativa redução da carga horária até a supressão das horas aulas, ficando impedido de trabalhar, sem pré-aviso, para afinal informar que necessitava de enxugar o quadro de professores”.

208 TST. *DJ*, 23 mar. 2001, RR nº 392441-61.1997.5.06.5555, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa.

Porém: a) na hipótese, há direito fundamental em jogo, e eles devem funcionar como trunfos contra a vontade da maioria, se este for o caso;²⁰⁹ b) as relações homoafetivas são hoje aceitas com naturalidade por setores amplos e representativos da sociedade, não se podendo falar em consenso social forte na matéria; e c) não há risco efetivo para o direito de terceiros. Como consequência, tais relações não devem ser criminalizadas e devem receber o tratamento cível adequado.²¹⁰

b) Pesquisas com células-tronco embrionárias

Nos procedimentos de fertilização *in vitro*, método de reprodução assistida destinado a superar a infertilidade conjugal, é comum que sejam produzidos embriões excedentes, que não serão utilizados e poderiam, em tese, permanecer congelados indefinidamente. Embriões humanos possuem células-tronco, que têm como uma de suas características essenciais a possibilidade de se converterem em todos os tecidos e órgãos humanos, representando uma extraordinária fronteira para a chamada medicina restaurativa. No Brasil, como em outras partes do mundo, permite-se que estes embriões, quando congelados há mais de três anos, sejam destinados à pesquisa científica, se os genitores — *i.e.*, os doadores do material genético — assim concordarem. Legislações com esse teor têm tido sua constitucionalidade questionada, sob o fundamento de que embrião é vida potencial e que deve ter sua existência e dignidade preservadas. Os interesses em jogo, aqui, são os do embrião, dos genitores, dos pesquisadores e os da sociedade em geral, pelo avanço da medicina. Abaixo o exame do tema, tendo em conta cada um dos conteúdos da dignidade.

No plano do *valor intrínseco*, alguém poderia cogitar que o embrião é uma vida potencial, merecedora de proteção. Essa premissa pode ser questionada com razoabilidade pela afirmação de que um embrião congelado em um tubo de ensaio e sem perspectiva de ser implantado em um útero materno sequer constitui vida potencial. No plano da *autonomia*, poder-se-ia especular sobre o *desejo* do embrião de não ser destruído, embora lhe fosse impossível exigir o implante em um útero materno. Sua *vontade*, portanto, não mudaria sua condição de potência sem perspectiva de realização. De outra parte, há o direito

²⁰⁹ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, p. xi.

²¹⁰ Sobre o tema, v. Maria Berenice Dias, *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*, 2009; Roger Raupp Rios, *A homossexualidade no direito*, 2001; Luís Roberto Barroso, Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, *Revista de Direito do Estado* 5:167, 2007.

dos genitores de escolherem o destino do material genético que forneceram. Por fim, há o direito do cientista de exercer sua liberdade de pesquisa. No plano do *valor comunitário*, é frágil a tese de que o embrião congelado há mais de três anos, sem perspectiva real de vir a se tornar uma vida, tem um direito fundamental a não ser destruído. Ao contrário, o sentimento social dominante no particular é o do interesse na pesquisa científica. E, no tocante aos terceiros, seus interesses — e não, propriamente, direitos — se realizam muito mais intensamente pela perspectiva da pesquisa científica de trazer cura e salvar vidas. Portanto, sem negar algum grau de dignidade ao embrião — que, por exemplo, não poderá ser comercializado, como expressamente dispõe a lei brasileira —, afigura-se legítima a opção do legislador em permitir as pesquisas com células-tronco embrionárias, mesmo que resultem na destruição do embrião congelado há mais de três anos.²¹¹

c) *Interrupção da gestação de fetos anencefálicos*

A anencefalia consiste em uma má-formação fetal congênita, por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação. Conhecida como “ausência de cérebro”, trata-se de anomalia incompatível com a vida extrauterina, sendo irreversível e fatal na totalidade dos casos. Aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos deixam de respirar ainda no período intrauterino. Nas hipóteses em que a gestação chega a termo, o desfecho se dá, como regra geral, minutos após o parto. Em alguns casos, ele se dará após algumas horas. Há relatos de situações excepcionais em que se passaram alguns dias até a cessação de toda função vital. Com os meios tecnológicos à disposição, o diagnóstico de anencefalia é totalmente seguro, sendo feito mediante ecografia a partir do terceiro trimestre de gestação. Em ação constitucional ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde pede que seja reconhecido, nessa hipótese, o direito de interrupção da gestação, por vontade exclusiva da gestante, afastando-se, portanto, os dispositivos do Código Penal que punem a mulher e o médico pela realização de aborto. A seguir, a análise de cada um dos conteúdos da dignidade humana envolvidos na questão.

²¹¹ Para a discussão doutrinária desse tema, v. Luís Roberto Barroso, *A fé na ciência: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias*. In: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e André Rufino do Vale, *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, 2010, p. 220-232. V., tb., acórdão do STF na matéria: *Informativo STF nº 508*, 26 a 30 maio 2008, ADI nº 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto.

No plano do *valor intrínseco*, é possível afirmar que enquanto se encontra no útero materno, o feto conserva, em número expressivo de casos, as funções vitais, com o coração batendo e todos os órgãos se formando. Constitui, portanto, *vida* potencial. Pode-se contrapor a esse argumento a circunstância de que no direito brasileiro a determinação do óbito se dá pela morte encefálica. E como o feto anencefálico não chega a ter vida cerebral, não há vida a proteger, em sentido jurídico. Em favor do direito à interrupção da gestação neste caso, pode-se invocar, ainda, o direito à integridade física e psicológica da mulher. Com efeito, ela se sujeitará a todas as transformações físicas e psíquicas pelas quais passa uma gestante preparando-se, neste caso, todavia, para receber o filho que não irá ter. Um imenso sofrimento inútil. Afigura-se, assim, no plano do valor intrínseco, que os elementos em favor da legitimidade do direito à interrupção da gestação são mais consistentes.

No plano da *autonomia*, poder-se-ia invocar a *vontade* do feto de permanecer no útero materno e aguardar o desfecho natural, sem intervenção externa. A ele se contraporía o direito da mãe, que assim desejasse, a não ter o seu corpo funcionalizado por uma gestação indesejada e inviável. Trata-se de uma liberdade existencial no tocante a seus direitos reprodutivos. No plano do *valor comunitário*, pode-se admitir, argumentativamente, a existência de deveres de proteção em relação um direito fundamental do feto e outro da mãe, como referido acima. Todavia, se nem mesmo no tocante à criminalização do aborto existe consenso social forte — boa parte dos países desenvolvidos e democráticos admitem a sua prática até um determinado ponto da gravidez —, menos ainda haverá nas hipóteses de inviabilidade fetal. Não há direitos de terceiros afetados, mas tão somente os da mulher e os do feto. Havendo desacordo moral razoável na matéria, o papel do Estado não é escolher um dos lados, mas permitir que cada um viva a sua autonomia da vontade. De forma tal que as mulheres que desejem levar a gestação a termo possam fazê-lo, e as que não desejem, possam interrompê-la.²¹²

²¹² Sobre o tema, v. Luis Roberto Barroso, memorial com razões finais. (Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/anencefalicos_razoes_finais.pdf>) e manifestação sobre audiência pública (<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/anencefalicos_manifestacao_sobre_audiencia_publica.pdf>).

4 Conclusão

4.1 Síntese das ideias centrais

Ao final dessa longa exposição, é possível organizar didaticamente algumas das principais ideias expostas, levando em conta o papel da ideia da dignidade humana no mundo contemporâneo, sua natureza jurídica, seus conteúdos mínimos e o modo como ela serve para estruturar o raciocínio jurídico na resolução de problemas reais.

1. Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana se tornou um dos grandes consensos éticos mundiais, servindo de fundamento para o advento de uma cultura fundada na centralidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Progressivamente, ela foi incorporada às declarações internacionais de direitos e às Constituições democráticas, contribuindo para a formação crescente de uma massa crítica de jurisprudência e para um direito transnacional, em que diferentes países se beneficiam da experiência de outros.
2. A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. De sua natureza de princípio jurídico decorrem três tipos de eficácia, isto é, de efeitos capazes de influenciar decisivamente a solução de casos concretos. A eficácia *direta* significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia *interpretativa* significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá, ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia *negativa* paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra jurídica que seja incompatível — ou produza, no caso concreto, resultado incompatível — com a dignidade humana.
3. São conteúdos mínimos da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O *valor intrínseco* é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos

- únicos que servem de justificação para essa condição singular. Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica.
4. A *autonomia da vontade* é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Ínsita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas.
 5. O *valor comunitário* é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo. Nesta acepção, ela está ligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um. Vale dizer: a dignidade como valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais. Também referida como dignidade como heteronomia, ela se destina a promover objetivos sociais diversos, entre os quais a proteção do indivíduo em relação a atos que possa praticar capazes de afetar a ele próprio (condutas autorreferentes), a proteção de direitos de outras pessoas e a proteção de valores sociais, dos ideais de *vida boa* de determinada comunidade. Para minimizar os riscos do moralismo e da tirania da maioria, a imposição de valores comunitários deverá levar em conta a) a existência ou não de um direito fundamental em jogo, b) a existência de consenso social forte em relação à questão e c) a existência de risco efetivo para direitos de terceiros.
 6. A identificação da dignidade como um princípio jurídico e a determinação de seus conteúdos mínimos pode servir, entre outras coisas, e em primeiro lugar, para unificar a utilização da expressão no âmbito doméstico e internacional. Facilita-se, assim, o seu emprego no discurso transnacional, pela uniformização, mediante convenção terminológica, das ideias que estão abrigadas na noção de dignidade humana. Em segundo lugar, ela contribui para estruturar o itinerário argumentativo na solução de casos difíceis, permitindo que se identifique cada

um dos elementos relevantes, agrupando-os de acordo com cada conteúdo associado à dignidade. Isso poderá dar maior transparência ao processo decisório, possibilitando um controle social mais eficiente.

4.2 Epílogo: iguais, nobres e deuses

Em sua origem histórica, a ideia de dignidade, *dignitas*, esteve associada à de *status*, posição social ou a determinadas funções públicas. Dela decorriam certos deveres de tratamento.²¹³ Dignidade, portanto, tinha uma conotação aristocrática ou de poder, identificando a condição superior de certas pessoas ou dos ocupantes de determinados cargos. Ao longo dos séculos, como se relatou aqui, a dignidade incorporou-se à teoria dos direitos fundamentais, democratizou-se e assumiu uma dimensão igualitária. Já agora é possível aspirar — com alguma dose de visionarismo — que a ideia de dignidade volte ao seu sentido original, com ligeira alteração. Dignidade passaria a significar a posição mais elevada, merecedora de distinção, respeito e máximo de direitos reconhecida à generalidade das pessoas.²¹⁴ Vale dizer: no futuro, todos serão nobres. E como o desejo é ilimitado, mais à frente ainda, vão querer ser deuses.²¹⁵

²¹³ Stéphanie Hennette-Vauchez, *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation*, 2005, p. 24.

²¹⁴ Esta é a tese de Jeremy Waldron: a noção moderna de igualdade deve significar uma equalização de posições, pela qual se procura atribuir a toda pessoa humana alguma coisa da dignidade, *rank* e expectativa de respeito que eram anteriormente dedicados aos nobres. V. Jeremy Waldron. *Dignity, rank, and rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley*. Public Law & Legal Theory Research Paper Series, *Working Paper* n. 09-50, September 2009. Waldron atribui o crédito da ideia a Gregory Vlastos, *Justice and equality*. In: Jeremy Waldron (Ed.), *Theories of rights*, 1984, p. 41.

²¹⁵ A referência a “deuses” foi feita por Roberto Mangabeira Unger, em troca de ideias sobre o tema.