

Publicações da Autora vide p. 173

Helena Regina Lobo da Costa

A Dignidade Humana

Teorias de prevenção geral positiva

Prefácio

JUAREZ TAVARES

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Costa, Helena Regina Lobo da

A dignidade humana : teorias de prevenção geral positiva
/ Helena Regina Lobo da Costa ; prefácio Juarez Tavares. – São
Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Bibliografia

ISBN 978-85-203-3307-5

1. Dignidade humana 2. Direito penal – Brasil I. Tavares,
Juarez. II. Título

08-06274

CDU-343.24(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Dignidade humana e direito
penal 343.24(81)

EDITORIA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Diante de um Estado enfraquecido, que perdeu poder para novos centros de tomada de decisão, como garantir a dignidade humana e os direitos humanos dela decorrentes? Será que as instâncias internacionais de proteção serão suficientes para assegurar a todos os seres humanos uma vida digna?

O progresso das ciências também dá ensejo a questionamentos a respeito da caracterização contemporânea da dignidade humana, muitas vezes tida como um empecilho ao progresso científico, especialmente no que se refere às experiências com o genoma humano. Se até mesmo a caracterização biológica humana pode ser amplamente manipulada, o que é este atributo que distingue o homem dos outros seres?

A esfera da intimidade é mais uma faceta da dignidade que deve ser reanalisada diante das inovações tecnológicas. A ubiquidade das câmeras de filmagem, a possibilidade cada vez mais ampla de gravações telefônicas, de invasão de arquivos de informática obrigam a novas reflexões sobre o *right to be alone*.

Por outro lado, a faceta social da pessoa também adquire nova formatação em uma sociedade em que a mulher, o casamento e a família também assumiram novos papéis e educação e socialização da pessoa muitas vezes fica a cargo de um aparelho de televisão. Como pensar no homem como *ens sociale* nesta nova sociedade?

Numa economia em que a empresa tornou-se global, podendo escolher a mão-de-obra com menor custo no mundo – o que significa menos direitos trabalhistas – e o Estado pouco pode fazer diante desta escolha, ainda é possível crer na efetividade de direitos sociais?

Luiz López Guerra adverte sobre as notáveis dificuldades da prestação de um mínimo vital, indissociável da dignidade humana, num tempo em que a priorização do ritmo de crescimento ou desenvolvimento é muitas vezes incompatível com o princípio de solidariedade.²²

Se o juízo a respeito do que é a pessoa humana – preconceito (*Vorverständnis*) fundamental para a compreensão da dignidade

22. Concepto de derechos humanos y problemas actuales. *Derechos y libertades*, v. 1, a. 1, Madrid, p. 61, fev.-out. 1993.

humana – sofre um processo de mudança, deve surgir um novo paradigma, ou ao menos acudirem novas configurações do paradigma em vigor que consigam responder aos novos questionamentos.

Esse paradigma não pode ignorar que muitos dados apontados como importantes para o advento dos regimes totalitários ainda se mostram presentes na sociedade contemporânea, podendo-se citar o aumento do desemprego, da criminalidade e do número de refugiados,²³ sendo que a apatia diante da vida pública gerada pela sociedade de consumo, apontada por Hannah Arendt,²⁴ é ainda mais marcante contemporaneamente.

Diante disso, o estudo sobre o que é a dignidade humana e como ela se traduz juridicamente demonstra que o conceito não apenas não perdeu sua atualidade, mas também é significativo para compreender o movimento que caracteriza a nossa sociedade.

1.2 Natureza jurídica da dignidade humana

O conceito de dignidade humana condensa uma grande e complexa riqueza de conteúdo. Para que seja possível sua aplicação jurídica sistemática, é necessário perquirir acerca de sua natureza jurídica.

A dignidade humana, no sentido de atributo da pessoa que se refere à sua singularidade, é o fundamento jurídico de inúmeras normas, além de conferir legitimidade ao Estado, por meio da limitação de seus poderes em face da pessoa, porque é, como leciona Miguel Reale, “o valor-fonte, ou seja, aquele do qual emergem todos os valores, os quais somente não perdem sua força imperativa e sua eficácia enquanto não se desligam da raiz de que promanam”.²⁵

23. LAFER, Celso. Op. cit., p. 112.

24. Hannah Arendt assevera: “A sociedade competitiva de consumo criada pela burguesia gerou apatia, e até mesmo hostilidade, em relação à vida pública, não apenas entre as camadas sociais exploradas e excluídas da participação ativa no governo do país, mas acima de tudo entre a sua própria classe [...] [esta apatia resultava] de uma filosofia para a qual o sucesso ou o fracasso do indivíduo em acirrada competição era o supremo objetivo, de tal modo que o exercício dos deveres e responsabilidades do cidadão era tido como perda desnecessária do seu tempo e energia” (Op. cit., p. 363).

25. *O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18.

Todavia, além desta carga de fundamentação e legitimação, a dignidade humana é norma jurídica, sendo essencial ressaltar que ela não se restringe a uma declaração ou postulado filosófico, possuindo força normativa concreta. Se, na doutrina desenvolvida no pós-guerra, houve quem defendesse que a dignidade humana possuía força meramente declaratória,²⁶ atualmente não há mais espaço para esta interpretação.

A dignidade humana possui carga deontológica, estando "distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico", como bem assinalou Hesse.²⁷

Tratando-se de norma jurídica, resta verificar, pois, qual a natureza desta norma: trata-se de princípio ou regra?

Creríamos para a distinção entre regra e princípio foram propostos por diversos autores.

Segundo Larenz, os princípios instituem fundamentos para a aplicação do direito. A dignidade humana configura-se como um dos princípios mais gerais e abstratos do pensamento jurídico, ao lado dos princípios do Estado de Direito e do Estado Social, servindo como um fio orientador da concretização das demais normas jurídicas e orientando a justificação de decisões.²⁸ Entretanto, por lhe faltar uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica, Larenz entende não determinarem os princípios comportamentos específicos, mas tão-somente a direção para a aplicação das regras.

26. Günther Dürig afirmava que a dignidade humana estrutura todo o sistema de valores contido na Constituição, porém não gera qualquer direito, possuindo caráter declaratório. Estes valores têm, a seu ver, caráter objetivo e, independentemente de serem observados, são imutáveis. O sistema de valores estruturado com base na dignidade humana geraria direitos subjetivos, podendo se concretizar (Dürig, Günther. Op. cit., p. 117-157, passim).

27. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luis Alfonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 110. Ernst Benda também destaca, ao comentar o art. 1.º da Lei Fundamental alemã, que "não se trata apenas de uma declaração ética; mas sim de uma norma de direito objetivo" (tradução livre da autora) (*Die Menschenwürde*. In: BENDA, Ernst; HESSE, Konrad (Org.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin, New York: De Gruyter, 1983. p. 110).

28. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin: Beck, 1975. p. 458.

Alexy conceitua os princípios jurídicos como normas que contém mandados de otimização que devem ser realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. As regras, por sua vez, são prescrições imperativas de conduta, que são aplicadas seguindo a lógica do tudo ou nada: ou são cumpridas ou não são.²⁹ Com relação à dignidade humana, Alexy afirma tratar-se de norma de dupla estrutura: é regra e princípio. O conteúdo da regra da dignidade seria definido a partir da ponderação do princípio da dignidade, sendo a regra absoluta e intangível, nos termos da Lei Fundamental alemã. O princípio da dignidade, por sua vez, não é absoluto para Alexy, até porque o inverso contrariaria sua definição de princípio.³⁰

Canotilho, por sua vez, entende tratar-se de princípio jurídico fundamental, ou seja, é um dos "princípios historicamente objetivos e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional".³¹

A partir da crítica das concepções tradicionais e buscando superar a rigidez da dicotomia entre regra e princípio, Humberto Ávila concebe uma divisão tripartida entre as categorias de normas jurídicas, que podem ser regras, princípios e postulados normativos.³²

Segundo Humberto Ávila, as regras são normas imediatamente descritivas, pois prescrevem ou proíbem comportamentos determinados, em si descritos. Além disso, referem-se precipuamente a comportamentos já conhecidos pelo legislador e, em sua aplicação, deve-se verificar a correspondência entre a construção normativa e a construção dos fatos.³³

Os princípios, por sua vez, são normas imediatamente finalísticas, que estabelecem um estado ideal de coisas, um fim a ser

29. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 81 e ss.

30. Idem, p. 108-109.

31. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 170.

32. *Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, passim.

33. Idem, p. 63, 67, 119.

atingido que impõe a realização de certos comportamentos. Estes comportamentos não são especificamente descritos pelo legislador, mas são prescritos por seu fim. Em sua aplicação, será necessário verificar a correspondência entre o estado de coisas a ser atingido e a conduta tida como necessária à sua promoção.³⁴

Os postulados normativos são metanormas, ou seja, normas que estruturam a maneira pela qual outras normas devem ser aplicadas, situando-se em um plano diverso daquele das regras e princípios.³⁵

Tendo em vista as normas serem produto de um trabalho do intérprete feito a partir do dispositivo legal, com ele não se confundindo, o autor destaca que um mesmo dispositivo pode gerar, concomitantemente, mais de uma espécie normativa: "O que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for *autonomizado* para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos".³⁶

Adotando-se a concepção de Humberto Ávila, pode-se verificar que a dignidade humana gera não apenas normas principiológicas, mas também postulados normativos, conforme será analisado.

1.2.1 A dignidade humana como fundamento jurídico

A dignidade humana possui uma forte carga de fundamentação jurídica, especialmente no que concerne à limitação do poder do Estado e aos direitos fundamentais.

O art. 1.º da CF de 1988 exprime esta força fundamentadora. Ao eleger a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nossa Constituição traduz uma escolha política elementar – a de que o Estado e a sociedade estão centrados na pessoa

34. Idem, p. 70.

35. Idem, p. 80.

36. Idem, p. 61-62.

e objetivam seu respeito e a promoção de uma vida digna, isto é, a escolha de que o Estado é feito para as pessoas e não o contrário.

Essa escolha resulta de uma construção histórica gradual que deve ser interpretada, todavia, de maneira objetivista, como expõe Jorge Miranda, utilizando-se de terminologia diferenciada da adotada, afirmando que os princípios fundamentais são: "Princípios directivos, elementos de uma decisão constituinte consciente e autônoma, efectivas traves-mstras de um edifício erguido pedra a pedra e que carecem de ser historicamente localizados – mesmo se não podem deixar de ser submetidos a uma rigorosa interpretação objectivista, única capaz de fornecer resultados harmoniosos e consequentes".³⁷

Além de revelar que o Estado e a sociedade se erigem centrados na pessoa, a dignidade humana confere legitimidade ao Estado e, por consequência, a seu *ius puniendi*.

Isto porque atualmente não mais se concebe o Estado de Direito como uma construção formal: é preciso que o Estado respeite a dignidade humana e os direitos fundamentais para que possa ser considerado um Estado de Direito em sentido material. O Estado de Direito legitima-se pela subordinação à lei e, ao mesmo tempo, a determinados valores fundamentais, consubstanciados na dignidade humana.

A dignidade como fundamento jurídico não se resume, todavia, a traduzir e expressar escolhas políticas, desempenhando também importante função no que se refere aos direitos fundamentais.

A dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos fundamentais e se expressa juridicamente, em grande medida, por meio dos direitos fundamentais, como ressalta Celso Lafer: "O valor da pessoa humana enquanto 'valor-fonte' da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem".³⁸

37. *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa: Petrony, 1978. p. 259.

38. Op. cit., p. 20.

Ressalte-se que com esta afirmação não se está dizendo que juridicamente a dignidade humana se resume aos direitos fundamentais.³⁹ Como será visto, a dignidade humana como norma jurídica opera não apenas como postulado normativo, mas também como princípio, possuindo seu âmbito próprio de aplicação, diferenciado daquele dos direitos fundamentais, não obstante a íntima relação existente entre dignidade humana e direitos fundamentais.

Afirma-se, assim, que a dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico, a razão de ser dos direitos fundamentais.

Verifica-se, pois, que a dignidade humana possui relevante papel como fundamento jurídico. Alguns autores chegam a sustentar que ela possui mais força fundamentadora do que eficácia prática,⁴⁰ o que, contudo, cai por terra diante do que ocorre quando atua como norma jurídica, seja determinando critérios para a interpretação de outras normas, seja determinando um estado ideal de coisas a ser concretizado pela adoção de comportamentos.

1.2.2 A dignidade humana como postulado normativo

O postulado normativo da dignidade humana opera como metanorma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas outras normas. O principal âmbito de aplicação da dignidade como postulado normativo são os direitos fundamentais, não se excluindo, todavia, as demais normas constitucionais e infraconstitucionais.⁴¹

39. Na Alemanha, houve longos embates sobre esta questão, sobretudo porque a Lei Fundamental alemã afirma, em seu art. 1.º, a inviolabilidade da dignidade humana e nos artigos seguintes arrola os direitos fundamentais. Todavia, atualmente esta discussão já está superada tanto na doutrina quanto na jurisprudência alemãs, tendo prevalecido a idéia de que a dignidade humana não se resume aos direitos fundamentais (Rues, Gerhard. Op. cit., p. 64).

40. SERNA, Pedro. La dignidad de la persona como principio del derecho público. *Derechos y Libertades* — Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, n. 4, Madrid: Universidade Carlos III, p. 306, 1995.

41. Sarlet também destaca a relevância da "função instrumental integradora e hermenêutica do princípio [da dignidade humana], na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico" (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*

Esta função não deve ser confundida com aquelas desempenhadas pela dignidade humana como princípio. Conforme será analisado, o princípio da dignidade humana é de grande densidade semântica (sobreprincípio), constituindo princípios de menor densidade, cujo sentido conforma e a que confere unidade. Diferentemente ocorre com o postulado normativo da dignidade humana, que estrutura a interpretação e aplicação de outras normas, especialmente dos direitos fundamentais,⁴² de três formas: aumentando seu âmbito de aplicação, reduzindo-o ou auxiliando na resolução de conflitos entre direitos fundamentais.⁴³

Atuando como postulado normativo, a dignidade humana aporta como critério material para a estruturação da aplicação e interpretação das normas a consideração de uma determinada imagem da pessoa (*Menschenbild*), qual seja, aquela descrita de modo amplo, na ordem constitucional.

Neste sentido, Canotilho e Vital Moreira são bastante precisos: "Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido-normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma 'teoria do

na Constituição de 1988. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 85).

42. Sobre essa distinção, Humberto Ávila adverte que os postulados normativos não "funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito e do devido processo legal. Isso porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas" (Op. cit., p. 80-81).

43. Adota-se a classificação de: GEDDERT-STEINACHER, Tatjana. *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990. p. 136 e ss.

núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais".⁴⁴

A imagem da pessoa delineada em nossa Constituição é a de um ser humano portador de direitos individuais, coletivos e sociais, de nacionalidade e de direitos políticos, que lhe garantem espaço para o exercício livre de sua personalidade, sem ignorar que esta pessoa existe em relação com os demais (*Mitsein*, em oposição a *Selbstsein* – existir isoladamente).

Exatas acerca da imagem da pessoa na Constituição são as acepções de Konrad Hesse: "Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da 'massa' moderna. Ele é entendido, antes, como 'pessoa': de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família, igrejas, grupos sociais e políticos, das sociedades políticas, não em último lugar, também do Estado, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldado, mas também chamado a co-configurar responsavelmente convivência humana. Somente assim, entendido não só como barreira ou obrigação de proteção do poder estatal, o conteúdo do art. 1.º da Lei Fundamental e os direitos do homem, dos quais o povo alemão por causa deste conteúdo, 'como base de cada comunidade humana', declara-se partidário, convertem-se em pressuposto da livre autodeterminação, sobre a qual a ordem constituída, pela Lei Fundamental, da vida estatal deve assentar-se".⁴⁵

É a consideração desta imagem da pessoa na interpretação das normas jurídicas, determinada pelo postulado da dignidade humana, que permite o ingresso de novos conteúdos nas normas jurídicas, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, especialmente em face das novas questões que a tecnologia introduz no direito; estabelece limites à interpretação dos direitos fundamentais, evitando

44. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. 1, p. 70.

45. Op. cit., p. 110-111.

sua vulgarização e consequente perda de força normativa e fornece critérios, juntamente com outros postulados normativos, para a ponderação entre direitos fundamentais.

A imagem da pessoa, que deverá ser observada na interpretação das normas por força do postulado da dignidade humana, possui dois elementos fundamentais: a consideração da pessoa como, a um só tempo, *ens individualis* e *ens sociale* e a consideração da figura humana concreta e não de um esquema lógico abstrato.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã, nesse ponto, é exemplar. Em diversos acórdãos se afirmou que a imagem do homem na Lei Fundamental não é a daquele homem isolado, do indivíduo soberano, centrado em si, mas sim a da pessoa comprometida com a comunidade, que, por sua vez, não a instrumentaliza. A sociedade constituiria, assim, mais do que um agregado de indivíduos isolados motivados pelo interesse próprio e o desejo de manipular um ao outro por motivos puramente pessoais. A dignidade humana reside não apenas na individualidade, mas também na sociabilidade, determinando a proteção da personalidade e da liberdade individual, bem como dos bens da relação entre as pessoas, da família, da participação, da comunicação e da civilidade.⁴⁶

A jurisprudência tem se utilizado bastante do postulado normativo da dignidade humana para a ampliação do âmbito dos direitos fundamentais. Até mesmo a jurisprudência constitucional brasileira, que ainda se mostra tímida no emprego da dignidade humana, dela se valeu para interpretar o direito à saúde, em recurso extraordinário que analisava se um paciente com HIV ou AIDS, destituído de recursos financeiros, teria o direito de receber, gratuitamente, medicamentos do Poder Público. A ementa do acórdão afirmou que "o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço

46. *BVerfGE*, v. 30, Tübingen, p. 173, 1971, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>.

à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade".⁴⁷

Ainda que utilizado de modo implícito, o postulado normativo da dignidade fez com que o direito à saúde fosse interpretado de forma mais abrangente, englobando a distribuição gratuita de medicamentos para o tratamento dos portadores de HIV ou de AIDS. Trata-se de cristalino exemplo da importância da utilização da dignidade como chave interpretativa dos direitos fundamentais diante de novas configurações, permitindo sua atualização e contínua eficácia, além de evitar que se tornem letra morta diante dos novos problemas fáticos.

Outra importante decisão, proferida pela Corte Constitucional alemã, em 1957,⁴⁸ utilizou-se da dignidade humana como postulado normativo, no exame de recurso interposto por um membro da União Democrática Cristã (CDU), a quem se havia recusado a emissão de passaporte, vedando-o de viajar para o exterior. Alegando violação ao seu direito de ir e vir, o recorrente afirmou ter a decisão negativa de passaporte contrariado o dispositivo constitucional que protege a dignidade humana. A Corte, no corpo do acórdão, asseverou que o art. 1.º da Lei Fundamental é um princípio constitucional fundamental, informador do significado dos direitos fundamentais especiais, no caso, o direito à liberdade. Além disso, afirmou expressamente que o respeito à dignidade humana limita todas as autoridades públicas, entre elas o legislador, tendo dito, *in verbis*: "Leis não são constitucionais meramente porque foram elaboradas em conformidade com as determinações procedimentais. Elas devem ser substancialmente compatíveis com os mais altos valores da ordem livre e democrática. [...] Acima de tudo, as leis não devem violar a dignidade da pessoa, que representa o mais alto valor da Lei Fundamental".⁴⁹

47. RE 271286 AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000, p. 101, disponível em: <www.stf.gov.br>.

48. BVerfGE, v. 6, Tübingen, p. 32, 1957, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>.

49. BVerfGE, v. 6 cit., p. 32. Tradução livre da autora.

Nesse caso, a dignidade humana foi utilizada para indicar que a constitucionalidade das leis depende não apenas da regularidade formal do procedimento por que foram aprovadas, mas também de sua compatibilidade com a dignidade humana, o que deve ser levado em consideração na interpretação e aplicação de todas as leis. Dessa forma, operou como postulado normativo e não como princípio jurídico. Além disso, aumentou o âmbito do direito à liberdade, por meio da restrição de leis materialmente contrárias à dignidade que limitem a liberdade.

O postulado da dignidade humana foi utilizado também para interpretação do direito à integridade física, em acórdão proferido pela Corte Constitucional alemã, em 1981. Tratava-se de análise acerca de se as consequências do barulho causado por aviões violariam ou não a integridade física das pessoas que moravam próximas ao aeroporto. O Tribunal entendeu que o direito à integridade física engloba não só a integridade corporal, mas também as condições globais do organismo, incluindo-se a integridade psíquica. Outra interpretação, disse a Corte, não estaria em consonância com o conceito de dignidade humana inscrito na Lei Fundamental alemã, que impõe uma concepção do ser humano como uma unidade formada por corpo, alma e espírito (*Einheit von Leib, Seele und Geist*).⁵⁰

O Tribunal claramente utilizou a expressão dignidade humana como uma metanorma que informa a maneira pela qual outras normas devem ser aplicadas, no caso o direito à integridade física. Mais uma vez, não se trata da dignidade como princípio que estabelece um estado de coisas a ser almejado pela realização de certos comportamentos, mas sim como uma chave de interpretação material das demais normas jurídicas.

Em outra decisão da Corte Constitucional alemã, o postulado normativo da dignidade humana também foi invocado para a resolução de questão envolvendo os limites do poder estatal, surgida após a determinação, pelo Governo Federal, de realização de um censo

50. BVerfGE, v. 56, Tübingen, p. 54, 1981, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>.

de viagens,⁵¹ que indagava às pessoas a respeito de seus hábitos de locomoção, viagem e recreação. A Corte, não obstante ter considerado que não houve, no caso examinado, violação da esfera de privacidade integrante da dignidade humana, fez questão de afirmar a importância de um espaço para o livre desenvolvimento da personalidade: "O Estado não pode tomar medidas, nem mesmo por lei, que violem a dignidade da pessoa ou que vão além dos limites especificados pelo art. 2(1)⁵² que garantem a cada cidadão uma esfera inviolável de privacidade além do alcance da autoridade pública".⁵³

A Corte, apesar de ter entendido que as perguntas relacionadas ao censo de viagens objeto da decisão não violaram direitos fundamentais, reafirmou, desta vez no que se refere ao direito à intimidade e à privacidade, que nem mesmo o legislador pode tomar medidas que minoram os direitos fundamentais a ponto de violar a dignidade humana. A dignidade operou como postulado normativo, atuando como proibição material do excesso.

Em 1979,⁵⁴ a dignidade humana foi utilizada, juntamente com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na fundamentação de um acórdão proferido pela Corte Constitucional alemã que determinou fossem alterados os registros civis de uma pessoa que, nascida com órgãos genitais masculinos, submeteu-se a uma operação de mudança de sexo.

A Corte levou em consideração o parecer médico no sentido de que o recorrente seria, psicologicamente, uma mulher, bem como estudos afirmando que a operação seria necessária para que o recorrente pudesse dar unidade ao seu corpo. Desta forma, a submissão à operação não apenas integrava o direito ao livre desenvolvimento da

personalidade, mas fazia parte, também, daquela esfera inviolável e mais íntima da personalidade, protegida de qualquer interferência. Todavia, esta decisão pessoal e íntima não teria qualquer valor se, aos olhos da lei, a pessoa continuasse a ser tratada como homem.

"Conectada com a idéia de que cada pessoa é responsável por si própria e controla seu próprio destino, [...] a dignidade humana e o direito constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade", asseverou a Corte no acórdão, "determinam, portanto, que o estado civil de uma pessoa seja estabelecido pelo sexo com o qual ela se identifica psicológica e fisicamente".⁵⁵

Sendo assim, a Corte determinou, em atendimento aos arts. 1 e 2 da Lei Fundamental alemã, a alteração dos registros civis.

Nessa decisão, o postulado normativo da dignidade humana, juntamente com outros postulados, permitiu a modernização do direito ao nome, fazendo com que ele pudesse conferir, dentro do sistema jurídico, respostas adequadas a uma nova questão aportada ao direito pela medicina: a possibilidade de mudança física de sexo.

Também merece citação a decisão proferida pelo *Conseil Constitutionnel* ao analisar a lei relativa à diversidade de habitação,⁵⁶ que previa o estabelecimento de um plano para albergar emergencialmente pessoas desabrigadas. A Corte afirmou que um tal plano deveria oferecer locais que apresentassem condições de higiene e de conforto, respeitando-se a dignidade humana, ou seja, ampliou materialmente o conteúdo do direito a abrigo, de forma a abranger, mesmo em se tratando de situações emergenciais, condições mínimas de higiene e conforto.

O exame destas decisões demonstra a importância da dignidade humana como postulado normativo passível de alargar o âmbito de aplicação de direitos fundamentais. Funcionando como uma abertura por meio da qual novos conteúdos podem ingressar no sistema jurídico, a consideração da imagem da pessoa, determinada pelo

55. Idem, ibidem. Tradução livre da autora.

56. Decisão n. 94-359, de 19.01.1995. *Journal officiel*, Paris, 21 jan. 1995, p. 1.166, disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr>.

51. *BVerfGE*, v. 27, Tübingen, p. 1, 1970, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>.

52. "Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral."

53. *BVerfGE*, v. 27 cit., p. 1. Tradução livre da autora.

54. *BVerfGE*, v. 49, Tübingen, p. 286, 1979, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>.

postulado da dignidade humana, permite aos direitos fundamentais alcançar novos domínios.

Essa função se revela ainda mais importante diante dos novos meios e técnicas de comunicação, bem como das modernas tecnologias científicas, que muitas vezes se manifestam como potenciais violadores de direitos fundamentais. O postulado normativo da dignidade humana faz com que os direitos fundamentais possam se atualizar em face dos perigos hodiernos, adquirindo configurações novas e se adequando às mudanças.

O postulado da dignidade humana pode, por outro lado, impor limitações ao âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, evitando sua vulgarização e determinando com maior precisão seu conteúdo.

Um importante exemplo da relevância desta limitação é a decisão proferida pela Corte Constitucional alemã sobre a questão de poderem ou não as pessoas jurídicas ser titulares de direitos fundamentais, em que assentou: "O sistema de valores dos direitos fundamentais ancorados na dignidade e liberdade se limita às pessoas físicas. Os direitos fundamentais devem em primeiro plano proteger a esfera de liberdade do indivíduo frente a intromissões dos poderes estatais e assegurar neste ponto as condições para formação e realização livre e ativa na coletividade. [...] Este sistema justifica a inclusão da pessoa jurídica no âmbito de proteção dos direitos fundamentais apenas quando sua forma e sua atividade sejam expressões do livre desenvolvimento de uma pessoa física".⁵⁷

Por óbvio que a extensão de todo o rol de direitos fundamentais à pessoa jurídica não apenas faria com que estes direitos perdessem seu sentido, descolando-se de sua origem – os direitos humanos decorrentes do simples fato de ser pessoa – como também esvaziaria seu conteúdo, daí a importância desse acórdão.

Dessa forma, a decisão proferida pela Corte alemã, valendo-se do postulado normativo da dignidade humana, estabelece, acertadamente,

57. BVerfGE, v. 21, Tübingen, p. 362, 1967, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>. Tradução livre da autora.

que a pessoa jurídica somente poderá ser objeto mediato da proteção do sistema de direitos fundamentais quando for um meio pelo qual a pessoa natural expressa sua personalidade.

A Corte Constitucional espanhola também empregou a dignidade como postulado normativo para delimitar o conteúdo de direito fundamental, qual seja, o direito à intimidade e privacidade. Analisando a constitucionalidade de uma lei que determinava a obrigação de fornecimento de informações do contrato de trabalho por parte do empregador a sindicatos, especialmente aqueles relacionados a dados financeiros, a Corte, em 22 de abril de 1993, proferiu decisão em que fixa a importância do direito à privacidade e intimidade para, a seguir, estabelecer suas limitações.

De forma cuidadosa, a Corte estabeleceu na decisão que o empregador não tem a obrigação de fornecer dados relacionados à vida privada de seus empregados, integrantes do núcleo da personalidade supressor da ingerência dos demais, tanto no que se refere ao conhecimento intrusivo quanto à divulgação ilegítima. Disse, também, que dados econômicos podem integrar esta esfera da vida privada essencial para o livre desenvolvimento da personalidade.

Todavia, entendeu que os dados que deveriam ser fornecidos aos sindicatos, restritos aos arquivados na ficha de trabalho, não integram esta esfera de exclusão de qualquer ingerência: "A conexão da intimidade com a liberdade e a dignidade da pessoa implica que a esfera de inviolabilidade da pessoa frente a ingerências externas [...] somente em certas ocasiões tenha proteção face ao exterior, as quais não compreendem, em princípio, os fatos referentes a relações sociais e profissionais em que se desenvolve a atividade laboral, que estão mais além do âmbito da intimidade pessoal e familiar subtraído de intromissões estranhas por fazer parte da vida privada".⁵⁸

Indicando que, por um lado, existe uma esfera inviolável de intimidade, mas, por outro, dados não integrantes desta esfera podem

58. *Recurso de inconstitucionalidad*, Referencia n. 0142/1993. *Boletín Oficial de España*, Madrid, n. 127, de 28.05.1993. Decisão disponível em: <www.tribunalconstitucional.es>. Tradução livre da autora.

ser exteriorizados, a Corte conseguiu delimitar o direito à intimidade, com fundamento no postulado da dignidade humana, que não ignora a existência da pessoa em comunidade (*Mitsien*).

Ao examinar a constitucionalidade de medidas sobre o procedimento relacionado ao direito de asilo, a Corte Constitucional alemã utilizou-se do postulado normativo da dignidade humana para delimitar a extensão do direito ao asilo político, asseverando que o pressuposto e a extensão do asilo devem ser determinados pela inviolabilidade da dignidade humana e não se estende a todos os estrangeiros que em sua pátria sejam prejudicados e de certo modo devam viver em situação de necessidade material.⁵⁹

Em outra decisão sobre o mesmo tema, a Corte detalhou seu entendimento: “[O direito a asilo] não depende da origem, da opinião política do perseguido ou da orientação política do Estado perseguidor. É limitado pela natureza da perseguição, que deve causar perigo para o corpo e vida ou limitações à sua liberdade pessoal”.⁶⁰

Verifica-se destas decisões a relevância da utilização do postulado da dignidade humana como critério para delimitação de direitos fundamentais em sua interpretação e aplicação, construindo seus conceitos com maior precisão.

No que tange à colisão entre direitos fundamentais, o postulado normativo da dignidade humana serve como medida para a ponderação entre eles, indicando quais aspectos concretos devem prevalecer em cada caso, atuando sempre ao lado da concordância prática, que determina a maior aplicabilidade possível de cada direito, buscando o equilíbrio entre os direitos de modo a prevalecer, na forma mais integral possível, a imagem da pessoa consagrada constitucionalmente.

A jurisprudência tem se utilizado da dignidade humana para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais de forma ampla. A

59. BVerfGE, v. 56 cit., p. 216.

60. BVerfGE, v. 54, Tübingen, p. 341, 1981, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>. Tradução livre da autora.

Corte Constitucional alemã, em 1983, proferiu acórdão⁶¹ examinando a determinação, pelo governo, da realização de um censo destinado à coleta de dados demográficos e sociais da República Federativa da Alemanha, com perguntas detalhadas e minuciosas, visando a que tais dados pudessem ser utilizados também para planejamento regional, de proteção ambiental e reestruturação dos distritos eleitorais. Após mais de uma centena de reclamações,⁶² o Tribunal houve por bem suspender a execução do censo, vislumbrando eventual ameaça aos direitos fundamentais à intimidade e privacidade.

Na fundamentação de sua decisão, a Corte frisou que o ponto nevrálgico da ordem estabelecida pela Lei Fundamental alemã é o valor da dignidade da pessoa, que significa que o indivíduo é livre para decidir por si próprio, no exercício de sua autodeterminação, tendo a opção – e não a obrigação – de estabelecer quais os limites de sua vida pessoal quer ver expostos. Todavia, este indivíduo é membro de uma sociedade e, portanto, este direito não é ilimitado, devendo suportar certas restrições ao seu direito de autodeterminação no que diz respeito à informação diante de relevantes interesses públicos, que, por sua vez, não podem suprimir totalmente o direito do indivíduo.

Para solucionar o problema concreto e ajustar, portanto, seu entendimento acerca do balanceamento entre direitos fundamentais à prática, a Corte afirmou que o sistema utilizado pelo censo jamais poderia dar margem a que, uma vez cruzados ou reconstruídos os dados, houvesse a possibilidade de ser identificada a pessoa que os forneceu. Desta maneira, o fornecimento dos dados necessários ao atendimento do interesse público seria feito com o devido respeito à dignidade humana, vez que seu anonimato seria garantido.

61. BVerfGE, v. 65, Tübingen, p. 1, 1984, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>.

62. Este caso foi um dos raros em que foi possível, processualmente, o acesso de indivíduos questionando um diploma legal diretamente à Corte Constitucional.

Nessa decisão, resta evidente a consideração da dignidade como atributo da pessoa considerada não só individualmente, mas também em sua relação com a sociedade.

Outro campo fértil para a utilização da dignidade humana como postulado normativo é a questão da proibição ou permissão do aborto, conforme se pode verificar de três decisões colhidas da jurisprudência das Cortes Constitucionais espanhola e alemã, que se valeram da dignidade para analisar a interpretação das normas em conflito, buscando a ponderação entre elas.

A dignidade humana foi invocada pelo Tribunal Constitucional espanhol, em decisão de 11.04.1985,⁶³ em que foi analisada a constitucionalidade de um projeto de lei que descriminalizava o aborto em casos de grave perigo à saúde ou integridade física da mulher, ou quando a gravidez fosse oriunda de estupro.

O direito à vida está indissolivelmente ligado ao valor jurídico fundamental da dignidade humana que, por sua vez, vincula-se com o livre desenvolvimento da personalidade, os direitos à integridade física e moral, à liberdade de idéias e crenças, à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem. A dignidade seria, no dizer da Corte, "um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais".⁶⁴

Na concretização do princípio, segundo a decisão, não se pode ignorar a especificidade da condição feminina em relação à maternidade. Dessa forma, a problemática do aborto envolveria um conflito entre a vida do nascituro e a dignidade da mãe. Nos casos de grave perigo para a vida da gestante, seria constitucional a prevalência de sua vida em detrimento da do feto. Da mesma forma, quando a gravidez resultasse de estupro, tendo origem em ato contrário à vontade

63. *Recurso previo de inconstitucionalidad*. Referencia n. 0053/1985; *Boletín Oficial de España*, Madrid, n. 119, de 18.05.1985, disponível em: <www.tribunalconstitucional.es>.

64. Tradução livre da autora.

da mulher, "vencendo sua resistência pela violência, lesionando em grau máximo sua dignidade pessoal e o livre desenvolvimento de sua personalidade e vulnerando gravemente o direito da mulher à sua integridade física e moral, à honra, à própria imagem e à intimidade pessoal".⁶⁵

Assim, a Corte espanhola considerou constitucional a legislação descriminalizadora do aborto em casos de grave perigo à vida da gestante ou de gravidez decorrente de estupro.

A Corte Constitucional alemã, em 1975, enfrentou a questão do aborto, após a aprovação de uma lei, em 1974, que previa que tal ato não seria punível se feito por médico licenciado, com o consentimento da gestante e durante as doze primeiras semanas de gravidez. Antes de se submeter ao aborto, a mulher era legalmente obrigada a procurar aconselhamento médico ou de agências aconselhadoras. As penalidades criminais continuariam a incidir nos casos de aborto realizados após a décima terceira semana de gravidez, com exceção das operações realizadas por indicação médica ou ética. Houve um questionamento acerca da constitucionalidade da lei in abstracto.⁶⁶

Após identificar o inafastável conflito que a questão do aborto traz entre o direito à vida e o direito à intimidade, autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, a Corte reconhece não haver compromisso possível que garanta a proteção integral de ambos os bens jurídicos. Para solucionar tal problema, os dois valores constitucionais devem ser interpretados na sua relação com a dignidade humana, o centro do sistema de valores constitucionais.

O Estado, segundo a Corte, deve dar prioridade à vida intrauterina, tutelando-a por meio do rechaço ao aborto. Essa reprovação, todavia, não precisa ser feita com a utilização da tutela penal. O que é determinante para a escolha da não utilização do direito penal é se a totalidade das medidas destinadas a proteger a vida pré-natal,

65. Tradução livre da autora.

66. *BVerfGE*, v. 39, Tübingen, p. 1, 1975, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dlfr>.

sejam elas privadas ou públicas, são efetivas para garantir a proteção do bem jurídico.

Consoante, ainda, o Tribunal, o respeito à vida pré-natal muitas vezes conflita com o direito da mulher de não ser forçada a sacrificar seus próprios valores além do razoável. Em casos como o risco de morte ou grave perigo à integridade física da gestante, não se pode exigir que a mulher sacrifique tais valores em prol da vida intra-uterina.

A Corte Constitucional acabou por decidir que a lei examinada não continha suficiente carga de reprovação do aborto, considerando-a inconstitucional.

Em 1993,⁶⁷ mais uma vez a discussão sobre o regime jurídico do aborto chegou à Corte Constitucional alemã, após a aprovação, pelo *Bundesrat* (Senado), e a sanção do Chanceler de uma nova reforma legislativa. A Corte, basicamente, reafirmou o que foi dito no primeiro acórdão proferido sobre o tema, em 1975.

Após reprimir que o aborto envolve um conflito entre direitos fundamentais, de um lado, o direito à vida do feto e, de outro, o direito à dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade da mulher, a Corte buscou balancear os dois valores.

A vida humana intra-uterina, no entender da Corte, possui dignidade, que não seria um atributo apenas da personalidade já desenvolvida ou do ser humano após o nascimento. Desse modo, o Estado, em todas as suas formas, teria a obrigação de tutelar a vida intra-uterina, protegendo-a também por meio de lei, contra ingerências de terceiros, inclusive da gestante.

Apesar disso, o direito à vida do feto não pode eliminar totalmente o direito fundamental da mulher à autodeterminação, decorrente da dignidade humana, que prevalecerá em situações excepcionais a serem definidas pelo legislador. Essas situações, além das recomendáveis pela medicina para proteção da vida ou saúde da mãe, os casos de violação da liberdade sexual e os de indicação em face de patologia

embriológica, podem abarcar outras hipóteses, como, por exemplo, condições de extrema aflicção social ou psicológica.

Após estas considerações, a Corte acabou por declarar inconstitucional o estatuto legislativo recém-aprovado. Diante disso, passados dois anos, foi aprovada legislação ajustada aos termos da decisão da Corte Constitucional, até hoje em vigor.

Verifica-se, portanto, que a dignidade humana, ao lado do postulado da ponderação, foi utilizada como critério – ainda que implícito em algumas decisões – para balancear o conflito entre direitos, buscando tutelar a vida do feto, porém, sem instrumentalizar a gestante, e estabelecer as situações em que o direito à sua autonomia deve prevalecer.

Analisando o conflito entre o direito do credor ao pagamento e o direito a um mínimo material para a subsistência do devedor, o Tribunal Constitucional português se utilizou da dignidade humana, entre outros postulados, para julgar a constitucionalidade de uma norma relativa a penhora de bens.⁶⁸ Trata-se do art. 824 do CPC português⁶⁹ que permitia que, do executado que não é titular de outros bens penhoráveis suficientes para satisfazer a dívida exequenda, fosse penhorado até um terço de prestações periódicas, seja regalia social ou pensão, ainda que seu valor global não fosse superior ao salário mínimo nacional.

68. Acórdão 177, de 09.07.2002, rel. Conselheira Maria dos Prazeres Beza, DR-I-A, de 02.07.2002. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

69. Art. 824 do CPC, com redação dada pelo art. 1.º do Dec.-lei 180, de 25.09.1996:

“Bens parcialmente penhoráveis. 1 – Não podem ser penhorados:

a) Dois terços dos vencimentos ou salários auferidos pelo executado;

b) Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante.

2 – A parte penhorável dos rendimentos referidos no número anterior é fixada pelo juiz entre um terço e um sexto, segundo o seu prudente arbítrio, tendo em atenção a natureza da dívida exequenda e as condições económicas do executado.

3 – Pode o juiz excepcionalmente isentar de penhora os rendimentos a que alude o n.º 1, tendo em conta a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar”.

67. BVerfGE, v. 88, Tübingen, p. 203, 1993, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dlr>.

No acórdão proferido, o Tribunal afirmou que o princípio da dignidade humana, contido no princípio do Estado de Direito, consiste no valor supremo do ordenamento português, devendo prevalecer quando há conflito com o direito também constitucionalmente assegurado à propriedade, tendo dito, *in verbis*: "Existindo o referido conflito, o legislador não pode deixar de garantir a tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana – *vector axiológico estrutural da própria Constituição* – sacrificando o direito do credor na parte que for absolutamente necessária – e que pode ir até a totalidade desse direito – por forma a não deixar que do pagamento ao credor decorra o aniquilamento da mera subsistência do devedor e pensionista. Essencial se torna, pois, a realização de um balanceamento da utilização de uma adequada proporção na repartição 'dos custos do conflito'. Em consequência, será constitucionalmente aceitável o sacrifício do direito do credor, se o mesmo for necessário e adequado à garantia do direito à existência do devedor com um mínimo de dignidade" (grifo da autora).

Concluiu o Tribunal, pois, ser a norma inconstitucional "por violação do princípio da dignidade humana, decorrente do princípio do Estado de Direito, constante das disposições conjugadas dos arts. 1.º, 59.º, n. 2, alínea a, e 63.º, ns. 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa", devendo ser feita a ressalva, todavia, de que o postulado da dignidade em si não é imediatamente violado quando estabelece critérios para a interpretação de outras normas, já que são estes os dispositivos diretamente violados.

A utilização da dignidade como postulado normativo para a interpretação dos princípios e regras, especialmente os relacionados aos direitos fundamentais – atuando sempre ao lado dos demais postulados, como a proporcionalidade, a ponderação, a proibição de excessos etc. – é de essencial relevância, como demonstram as decisões mencionadas, especialmente porque aporta conteúdo material e não apenas critérios formais para a aplicação das normas.

Como postulado normativo, a dignidade adquire feições mais amplas do que aquelas referentes ao princípio da dignidade, podendo-se falar em dignidade em sentido amplo (postulado normativo) e dignidade em sentido estrito (princípio). Por esta razão, o postulado

da dignidade funciona como uma chave interpretativa que abre o sistema jurídico, permitindo a produção de respostas a novas questões, delimitando o alcance de certas normas e resolvendo antinomias.

1.2.3 Princípio jurídico

1.2.3.1 O estado de coisas determinado pelo princípio da dignidade humana

Como princípio jurídico, a dignidade humana determina um estado ideal de coisas a ser atingido por meio de certos comportamentos.

Para delimitar qual é o estado ideal de coisas determinado pelo princípio da dignidade humana, deve-se considerar que, quanto mais amplo e indefinido for este estado de coisas, menores serão seus efeitos e sua controlabilidade, correndo-se o risco de o princípio ser vulgarizado.

Esse risco de banalização do princípio da dignidade humana em virtude da indefinição de seu conteúdo já foi amplamente diagnosticado pela doutrina.

Diversos autores identificaram o uso indiscriminado do princípio da dignidade humana. Geddert-Steinacher, alertando para o perigo de o princípio se tornar um Cavalito de Tróia, a permitir a entrada das mais diferentes visões de mundo no sistema constitucional e fazer com que decisões políticas sejam tomadas pelo Tribunal Constitucional e não pelo Parlamento, cita exemplos de decisões em que a dignidade humana foi invocada para requerer o retorno da grafia de alguns nomes com a vogal o tremada (ö), substituídas por "oe", e para requerer a não-obrigatoriedade de utilizar crachá no emprego.⁷⁰

Madjid Benchikh também identifica, na jurisprudência dos tribunais internacionais, uma preferência pela utilização da expressão

70. Op. cit., p. 16. Gerhard Ries também arrola exemplos de alegações de violação à dignidade decorrentes da obrigatoriedade de parar no farol vermelho, da não obediência da nomenclatura de juizes, da obrigação de cortar o cabelo para servir o exército, entre outros (Op. cit., p. 70).

tratamento degradante em casos típicos de violação da dignidade humana, creditando esta escolha à falta de definição do princípio da dignidade humana, o que acaba gerando uma grande contradição entre o alargamento do campo da dignidade e sua eficácia.⁷¹ Diagnóstico bastante semelhante, porém, com relação às cortes comunitárias europeias, é feito por Louis Edmond Pettiti.⁷²

Daí a importância de buscar uma demarcação maior para a dignidade humana como princípio em relação à dignidade humana como postulado normativo, porque, neste último caso, as normas que estão sendo interpretadas já trazem demarcações, evitando uma desmedida generalização.

Canotilho delimita a dignidade definindo seus elementos: (a) integridade física e intelectual; (b) livre desenvolvimento da personalidade; (c) socialidade (condições mínimas de existência); (d) autonomia individual; e (e) igualdade formal.⁷³

Antonio Junqueira Azevedo, por sua vez, estabelece que a dignidade se traduz em: (a) respeito absoluto à vida humana (e, conseqüentemente, há a proibição da eutanásia, a proibição do abortamento do embrião e a impossibilidade da introdução legislativa da pena de morte); (b) respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana; (c) respeito às condições mínimas de vida (condições materiais da vida); e (d) respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens.⁷⁴

Verifica-se, pois, que o princípio da dignidade humana tem seu conteúdo definido, principalmente, a partir do conteúdo de certos direitos fundamentais: vida, integridade física e psíquica, liberdade, o respeito e garantia de condições mínimas de vida, a autonomia, a igualdade.

71. La dignité de la personne humaine en droit international. In: PAVIA, Marie-Luce; REYET, Thierry (Org.). *La dignité de la personne humaine*. Paris: Economica, 1999. p. 44-49.

72. *Idem*, p. 57.

73. *Direito...* cit., p. 363.

74. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *RT*, ano 91, v. 797, São Paulo: RT, p. 19-25, mar. 2002.

Entretanto, nem toda lesão a estes direitos resulta em violação ao princípio da dignidade, que apenas estará caracterizada quando houver a violação do núcleo essencial de um destes direitos, somada à dominação ou subjugação da pessoa, que representa, no dizer de Werner Maihofer, a quebra da crença nas relações com o outro: "[A dominação de nosso ser por outro não decorre de] golpes que ferem nosso corpo, que atingem nossa honra, mas sim da destruição, pelos golpes, de uma crença que fundamenta a confiança indiscutível com que nós travamos relações com os outros".⁷⁵ A quebra desta crença está ligada, também, à impossibilidade de defesa diante da lesão.

Trata-se, portanto, de princípio a ser utilizado em situações-limite, em que a vida, a integridade física ou psíquica, a liberdade, a autonomia, a igualdade ou o respeito e garantia a um mínimo de condições materiais tenham sido nuclearmente violados, dominando-se ou subjugando-se a pessoa.⁷⁶

Por ser um princípio de alta densidade semântica,⁷⁷ a dignidade humana fundamenta e constitui princípios de maior grau de concretude, entre eles o princípio da culpabilidade e da humanidade da pena, que serão analisados mais adiante.

1.2.3.2 A quem se refere o estado de coisas determinado pela dignidade humana

O estado de coisas definido pelo princípio da dignidade humana se refere a todos os seres humanos, independentemente de suas características ou de seu comportamento, pois o *status* de portador de dignidade decorre do simples fato de ser humano.

75. Die Würde des Menschen als Zweck des Staates. *Anales de la Cátedra "Francisco Suarez"*, n. 12, fasc. 2, Granada, 1972, p. 40.

76. A Corte Constitucional alemã firmou entendimento no sentido de que os direitos fundamentais devem ser utilizados como primeiro dispositivo argumentativo, devendo o princípio da dignidade humana servir como último argumento. *BVerfGE*, v. 51, Tübingen, p. 97, 1980, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>.

77. Cf. terminologia utilizada por Canotilho. *Direito...* cit., p. 180.

Nem mesmo a prática de crimes gravíssimos faz com que a dignidade seja perdida, porque ela é intrínseca à condição humana, como anota Chaves Camargo: "Toda pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa".⁷⁸

Estas características humanas – a razão, a inteligência, a liberdade etc. – devem ser entendidas como potencialidades, o que justifica o fato de o incapaz, por exemplo, também ser titular de dignidade humana. Se a dignidade hoje é considerada inerente ao ser humano, fazendo com que os homens adquiram direitos é porque eles os souberam adquirir, pelo desenvolvimento de sua inteligência, capacidade e razão.⁷⁹

1.2.3.3 Comportamentos que devem ser adotados para a promoção do estado de coisas

Exatamente por se tratar de norma principiológica, não há uma descrição fixa, um rol de comportamentos que devem ser adotados para que o estado de coisas determinado pelo princípio da dignidade humana seja alcançado.

Os comportamentos que promovem a dignidade humana são tanto omissivos – não torturar, não aplicar penas cruéis, não praticar genocídio – quanto comissivos – garantir um mínimo necessário para a sobrevivência humana.

Os destinatários da norma, que devem praticar estes comportamentos tendentes à realização do estado ideal de coisas são todas

as pessoas, a ordem comunitária, o Estado, em todas as suas formas, e os particulares.

1.3 A dignidade humana no direito penal

No direito penal, a dignidade humana adquire ainda maior relevância, isto porque se trata do ramo do direito tido como o meio mais poderoso para a tutela da dignidade humana e, contraditoriamente, a maior ameaça a ela.

Neste parágrafo já se delineiam as duas principais questões aportadas pela dignidade humana ao direito penal: como tutelar a dignidade humana por meio do direito penal e como proteger a dignidade humana do direito penal.

Estes dois temas devem permear todo o direito penal de forma concreta, como adverte Mario Cattaneo: "No direito penal a atenção pela pessoa humana deve ter posição absoluta e central, em modo não puramente retórico e exterior, mas concreto e operante".⁸⁰

A maneira pela qual a dignidade humana incide no direito penal será analisada adotando-se a tipologia de Humberto Ávila anteriormente exposta: como fundamento jurídico, como postulado normativo e como princípio.

1.3.1 Fundamento jurídico

A dignidade humana é fundamento jurídico do direito penal contemporâneo. Esta afirmação deve ser entendida no sentido de que o direito penal é, atualmente, antropológicamente fundado, devendo ter como centro de preocupação a pessoa e sua dignidade, que deve permear todos os seus âmbitos, preenchendo-os de conteúdo material.

O *ius puniendi* estatal é imprescindível para a regulação de conflitos sociais. Na lição de Miguel Reale Júnior, é "uma decorrência da 'natureza das coisas' da vida associativa, que sucumbe na anarquia se

78. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. p. 27-28.

79. BENCHIKH, Madjid. Op. cit., p. 41.

80. *Pena, diritto e dignità umana*: Saggio sulla filosofia del diritto penale. Turim: Giappichelli, 1998. p. 275. Tradução livre da autora.

não houver uma centralização da produção e imposição de normas sancionadoras".⁸¹

Todavia, considerando-se que o direito penal é o meio mais gravoso de intervenção estatal, não apenas em virtude de ser o único ramo do direito a aplicar a privação de liberdade, mas, sobretudo, pela sua carga de estigmatização, ele apenas será legítimo se operar dentro de determinados limites e na busca de certos fins.

A dignidade humana indica, pois, alguns dos critérios para o estabelecimento dos fins tuteláveis pelo direito penal e alguns dos limites aos meios que ele poderá empregar.

Com relação aos fins tuteláveis pelo direito penal, a dignidade humana deve "definir as características do fato que dá lugar à pena",⁸² determinando que apenas bens jurídicos com referibilidade à pessoa possam ser objeto de tutela penal. Dessa forma, não é legítima a aplicação de sanções penais para a punição de condutas que não causem ou não tenham a potencialidade concreta de causar lesões à pessoa.

Importa dizer que a referibilidade à pessoa não é o único critério para a definição de bens jurídicos, sendo apenas um dos elementos que compõe o conceito de dignidade penal de bens jurídicos. Além disso, também não implica numa automática necessidade de criminalização de todo e qualquer bem jurídico componente do conceito de dignidade humana, devendo ser examinada a necessidade concreta de tutela penal.

Exemplificativamente, pode-se citar acórdão proferido pela Corte Constitucional italiana em exame de questão relacionada a um processo penal em que figurava como réu o diretor de uma revista semanal, processado criminalmente por ter publicado a fotografia de um cadáver executado no curso de uma necropsia.⁸³ Já em primeiro grau, foi o acusado condenado nos termos do art. 15 da lei de

imprensa italiana⁸⁴ por "publicação de conteúdo impressionante". Essa norma prevê que as sanções previstas no art. 528 (publicações obscenas) do CP italiano se aplicam também aos casos de "publicações que descrevem ou ilustram, com detalhes impressionantes ou horripilantes, eventos reais ou imaginários, de modo a poder turbar o comum sentimento da moral ou a ordem familiar ou poder provocar a difusão de suicídios ou delitos".

Na decisão proferida neste processo, a *Corte Costituzionale* declarou que a dignidade humana é um valor constitucional que permeia o direito positivo e deve incidir no momento da aplicação das leis, utilizando a referibilidade à pessoa como critério para delimitar a interpretação do tipo penal, cuja ampla redação não se coadunaria com o direito penal de um Estado Democrático de Direito não fosse interpretada com base naquele critério.

1.3.2 A dignidade humana como postulado normativo no direito penal

A dignidade humana incide, ao lado de outros postulados normativos, como critério material de interpretação de normas penais, tanto materiais quanto processuais. Seu campo de aplicação é delimitado por outros postulados, como, por exemplo, o da legalidade e a proibição da analogia na interpretação de tipos penais.

O tema das proibições de prova é um campo em que o postulado normativo da dignidade humana pode ser utilizado de forma bastante profícua, conforme vem demonstrando a jurisprudência.

Os tribunais alemães já reconheceram a ilicitude do uso de detector de mentiras e de confissões em que o interrogado foi convencido de que as autoridades possuíam material probatório irresistível com fundamento na violação da liberdade de formação da vontade, interpretada à luz da dignidade humana.⁸⁵

81. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 20.

82. CATTANEO, Mario. Op. cit., p. 315.

83. Decisão da *Corte Costituzionale* n. 293 del 17 luglio 2000, Pres. Mirabelli, Red. Guizzi, disponível em: <www.penale.it/giuris>.

84. Lei 47, de 08.02.1948.

85. GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federativa da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 3, Coimbra, p. 415-416, 1992.

Também no âmbito das normas materiais, a jurisprudência alemã já se utilizou do postulado para proferir absolvição de um acusado que havia sido condenado por omissão de socorro. O réu e sua esposa pertenciam a uma religião evangélica e, após o nascimento do quarto filho do casal, sofrendo de uma grave hemorragia, a esposa se recusou a receber transfusões de sangue e tratamento hospitalar, conforme determinações médicas. O marido recusou-se a tentar aconselhar ou convencer sua esposa a receber a transfusão e o tratamento não foi feito. A esposa, que esteve consciente durante todo o período, faleceu.

A Corte Constitucional reformou o acórdão condenatório afirmando que o direito à liberdade de crença, aplicado à luz da dignidade humana, deve levar à não-intervenção do direito penal quando diante de um conflito concreto entre uma obrigação jurídica, segundo o entendimento geral, e um mandamento decorrente da crença do acusado.⁸⁶

1.3.3 A dignidade humana como princípio do direito penal

Como princípio aplicável ao direito penal, a dignidade humana determina, diretamente, a adoção de certos comportamentos, tais como a absoluta proibição da tortura pelo sistema penal, além de constituir princípios de maior concretude, que intermedeiam sua aplicação. Entre eles, os de maior importância para o direito penal são o princípio da culpabilidade e da humanidade das penas.

Deve-se ressaltar, primeiramente, a diferença entre a função de constituição de sobreprincípios e de indicação de critérios materiais de interpretação de normas.

Como critério material de interpretação das normas jurídicas, a dignidade humana impõe que se respeite e se busque a promoção da imagem da pessoa tal como delineada em nossa Constituição, considerando tanto a faceta individual quanto a social, bem como contemplando uma visão concreta da pessoa, e não uma mera abs-

tração. Se este critério não for respeitado, a norma interpretada foi diretamente violada e não o postulado normativo da dignidade, que apenas pode ser transgredido de forma obliqua.

Como princípio, a dignidade necessita muitas vezes de princípios intermediários que operacionalizam sua aplicação. Se estes princípios forem violados, a dignidade humana também será, na medida em que eles constituem seu núcleo.

O primeiro destes princípios é o da culpabilidade, apontado como a mais forte expressão da dignidade humana no direito penal.⁸⁷

O princípio da dignidade humana determina que a pena deve necessariamente ser a resposta a uma reprovável escolha pelo ilícito, em virtude do respeito ao núcleo da autonomia humana. A disputa entre determinismo e indeterminismo, isso é, se e em que medida o homem é determinado por fatores internos e externos, deve ser entendida, para os fins deste trabalho, da seguinte maneira: por mais que fatores independentes de sua vontade possam influenciar em sua decisão, eles não a determinam por completo: existe sempre uma margem de liberdade, uma moldura (*cadre*) dentro da qual a pessoa pode escolher entre o positivo e o negativo.⁸⁸

A categoria do delito que cumprirá o papel de fazer esta verificação sobre a escolha pelo ilícito será a culpabilidade, que traz para o seio da teoria do delito a possibilidade de escolha, isto é, a autonomia humana.

Andreucci destaca este papel da culpabilidade: "Para que se possa falar de dimensão humana no direito penal, com efetividade, deve-se levá-la até o interior da estrutura jurídica do crime, mas sem que

87. SCHORN, Hubert. *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*. Berlin: Luchterhand, 1963. p. 23.

88. Wolfgang Graf Vitzthum anota que "a garantia da dignidade proíbe a compreensão do delinqüente como soma de suas relações sociais e o crime como uma consequência lógica e necessária. A autonomia não significa o indeterminismo estreito, mas proíbe a superconsideração de determinantes causais. A responsabilidade não é, portanto, absolutamente definitiva, mas deve, em casos concretos, ser delimitada nos termos da culpabilidade" (*Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, *Juristenzeitung*, n. 5, Tübingen, p. 203, 1985. Tradução livre da autora).

86. *BVerfGE*, v. 32, Tübingen, p. 98, 1972, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>.

se termine com o imprescindível labor dogmático [...] A porta para o mundo, para a vida e para a existência está na culpabilidade".⁸⁹

O sobreprincípio da dignidade humana, ao estruturar o princípio da culpabilidade, determina também um conteúdo material mínimo, qual seja, a obrigatoriedade do juízo acerca da reprovação do delito se referir à conduta praticada pelo delinquente – e não a exigências da finalidade da pena ou de política criminal – e aludir à pessoa concreta, e não a um modelo concebido abstratamente.

A *contrário sensu*, a imposição de uma pena que não corresponde à resposta por uma escolha pelo ilícito viola frontalmente o núcleo da autonomia humana, subjugando a pessoa, pois impõe a sanção mais grave de todo o ordenamento jurídico em face de um ato que não decorreu da escolha livre do condenado. Desta forma, o princípio da dignidade humana é, por consequência, violado.

A jurisprudência alemã, com fundamento no princípio da dignidade humana, elevou ao nível constitucional o princípio da culpabilidade, afirmando expressamente que "cada pena deve ser imposta com fundamento na gravidade do ato e na culpabilidade do autor. O Estado não pode tornar o ofensor em um objeto de prevenção de delitos em detrimento de seu direito constitucionalmente assegurado de valor e respeito social".⁹⁰

Outro princípio constituído pela dignidade é o da humanidade das penas, que determina a proibição das penas cruéis ou de caráter perpétuo. Trata-se de princípio de grande relevância, já que a dignidade daqueles que não interessam ao Estado é sempre a que está mais ameaçada.⁹¹ Em decorrência deste princípio, o Estado não pode impor penas que violem a dignidade humana, nem mesmo a quem tenha cometido o pior dos delitos.

Zaffaroni e Pierangeli, discorrendo com precisão sobre o princípio da humanidade, asseveram que "o princípio da humanidade é o

que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração e esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. [...] A república pode ter homens submetidos à pena, 'pagando suas culpas', mas não pode ter cidadãos de segunda, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida. Toda a consequência jurídica de um delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão".⁹²

Assim, o princípio da humanidade determina a proibição de penas que violem nuclearmente a vida, a integridade física e psíquica, a autonomia ou a igualdade de modo a subjugar a pessoa, destacando que, no que se refere à liberdade, este princípio determina que sua restrição deve ser limitada à liberdade de locomoção, respeitando-se a liberdade de pensamento, de crença, de ensino e qualquer outra expressão da liberdade que não seja abrangida pela restrição à liberdade de locomoção.

Com efeito, o princípio da humanidade veda não apenas a pena de morte, mas também penas perpétuas ou de caráter perpétuo, em que não há esperança de reconquistar, por bom comportamento, a liberdade.

Nesse sentido, é exemplar o acórdão proferido pela Corte Constitucional alemã, em que alterou o regime jurídico das penas de prisão perpétua.⁹³ A discussão iniciou-se a partir de um caso em

92. *Manual de direito penal brasileiro*: Parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999. p. 177-178.

93. *BVerfGE*, v. 45 cit., p. 187. É interessante ressaltar que a Corte Constitucional alemã nunca enfrentou a temática da pena de morte, já que ela é proibida pela Lei Fundamental alemã, anterior à criação da Corte. Ainda assim, em acórdão em que analisou a possibilidade de extradição de estrangeiro sujeito a pena de morte no país requerente da extradição, a Corte afirmou que a abolição da pena de morte é um reconhecimento do valor fundamental da vida humana e de uma configuração do Estado que se opõe radicalmente ao regime político em que a vida individual pouco significa (STARCK, Christian. *Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat*. *Juristenzeitung*, n. 14, Tübingen, p. 457-464, esp. p. 459, 1981).

89. Dimensão humana e direito penal. *Ciência Penal*, n. 2, São Paulo, p. 211, 1974.

90. *BVerfGE*, v. 45, Tübingen, p. 187, 1978, disponível em: <www.uni-wuerzburg.de/dfr>. Tradução livre da autora.

91. BENDA, Ernst. *Die Menschenwürde...* cit., p. 115.

que um viciado em drogas ameaçou delatar um traficante se não lhe fosse entregue uma porção de droga já pedida e paga. No horário combinado, o traficante entregou a droga e, quando o viciado estava injetando a substância em si, o traficante atirou três vezes contra a cabeça do viciado, com a arma colocada muito próxima à vítima. O Código Penal alemão determinava que a pena a ser aplicada em casos de homicídio praticado com requisitos de crueldade ou para ocultar atividade criminoso seria, obrigatoriamente, a de prisão perpétua. A Corte Distrital de Verden declarou a incompatibilidade desta cláusula em face do art. 1.º da Lei Fundamental, que se refere à dignidade humana, suscitando a análise pelo Tribunal Constitucional.

O *Bundesverfassungsgericht*, ao analisar a questão, afirmou que, tendo em vista que a liberdade humana e a dignidade são os mais altos valores da ordem constitucional e que o poder público, em todas as suas formas, é obrigado a os respeitar, o Estado não pode tornar o criminoso em objeto da prevenção da criminalidade em detrimento de seus direitos constitucionais de valor e respeito sociais. Dessa forma, o Estado deve garantir um nível mínimo de qualidade da existência humana, especialmente na execução das penas privativas de liberdade.

Nesse sentido, é intolerável que o Estado prive a pessoa de sua liberdade sem, ao menos, dar-lhe a chance de algum dia reconquistá-la. Desse modo, a pena de prisão perpétua só é possível num Estado de Direito e, especialmente diante do art. 1.º da Lei Fundamental alemã, se ao prisioneiro for conferida a chance concreta e realista de reconquistar sua liberdade em algum momento do futuro. Do contrário, o Estado violaria frontalmente a dignidade humana, tratando o prisioneiro sem preocupação com o desenvolvimento de sua personalidade, retirando-lhe a esperança de liberdade.

Uma sentença condenatória à pena de prisão perpétua não pode, *a priori*, negar ao prisioneiro toda e qualquer possibilidade de retornar à vida em sociedade.

A partir desta análise, a Corte afirmou que o art. 211 (2) do CP alemão deveria ser interpretado com estas limitações, considerando-

se sempre a possibilidade de o condenado retornar à liberdade, como forma de respeitar o princípio da dignidade humana.⁹⁴

A execução penal é, indubitavelmente, o campo mais fértil para a aplicação do princípio da humanidade das penas, impondo o constante respeito à dignidade humana do condenado.

Verifica-se, portanto, que a dignidade humana ocupa papel central no direito penal, sobretudo quando atua como princípio jurídico, constituindo princípios de maior concretude tais como o da culpabilidade e da humanidade das penas, essenciais para a caracterização de um direito penal adequado ao Estado Democrático de Direito.

94. Após esta decisão, o Parlamento alemão modificou a redação do Código Penal, autorizando os tribunais a suspenderem sentenças de prisão perpétua após 15 anos de cumprimento, demonstrado que a culpabilidade indique não haver mais necessidade de continuar a cumprir a sentença em regime fechado. Além disso, deve-se verificar a personalidade do sentenciado, seu comportamento na prisão, as circunstâncias do crime e a sua capacidade de viver de forma lícita fora da prisão. Uma vez suspensa a sentença, o condenado deverá cumprir um regime de prova durante um período de cinco anos.