

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PropPEC

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ATUAÇÃO
CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL BRASILEIRO**

DESIRRÉ DORNELES DE ÁVILA BOLLMANN

Itajaí (SC), dezembro de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ATUAÇÃO
CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL BRASILEIRO**

DESIRRÉ DORNELES DE ÁVILA BOLLMANN

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Mestre em Ciência Jurídica pela
Universidade do Vale do Itajaí - Univali

Orientador Professor Doutor Moacyr Motta da Silva

Itajaí (SC), dezembro de 2006.

AGRADECIMENTO

Agradeço à atuação firme e amiga de meu orientador, Professor Doutor Moacyr Motta da Silva , que iluminou com segurança o meu caminho ao longo desta trajetória.

Agradeço, também, ao apoio incondicional de minha família, especialmente de meu marido Vilian Bollmann, que tornou possível a realização deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação a meus filhos Guilherme e Luisa, e a meu marido Vilian Bollmann, cujas existências justificam nosso empenho na construção de um mundo mais solidário.

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ FORNECIDA PELA SECRETARIA DO CPCJ APÓS A APRESENTAÇÃO
E DEFESA**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica (CPCJ/UNIVALI), a Banca Examinadora, o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), dezembro de 2006.

**Desirré Dorneles de Ávila Bollmann
Mestranda**

SUMÁRIO

RESUMO	
ABSTRACT	
INTRODUÇÃO	
CAPÍTULO 1	
A COMPREENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA APROXIMAÇÃO ATRAVÉS DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT	
1.1 A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ASPECTOS DESTACADOS	
1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT	
1.3 DIMENSÕES PARA UM CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FUNDADO NO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT	
1.3.1 A NATALIDADE, A TRAJETÓRIA DE VIDA E A MORTALIDADE	
1.3.2 A LIBERDADE	
1.3.3 A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA	
1.3.4 A ESFERA DA VIDA BIOLÓGICA SATISFATÓRIA E A FRUIÇÃO DOS ARTIFICIALISMOS	
1.3.5 A PARTICIPAÇÃO NO DISCURSO E NA AÇÃO	
1.3.6 CATEGORIA FILOSÓFICA PROPOSTA.....	
CAPÍTULO 2	
A NOÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
2.1 A CONSTITUIÇÃO	
2.1.1 O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E SUA FORMAÇÃO HISTÓRICA	
2.1.2 A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	
2.1.3 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	
2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO: REGRA, PRINCÍPIO E VALOR.....	
2.3 DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	
2.3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A NATALIDADE, A TRAJETÓRIA DE VIDA E A MORTALIDADE	
2.3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE	
2.3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA	

2.3.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ESFERA DA VIDA BIOLÓGICA SATISFATÓRIA E A FRUIÇÃO DOS ARTIFICIALISMOS: A IGUALDADE	
2.3.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PARTICIPAÇÃO DISCURSIVA E NA AÇÃO	

CAPÍTULO 3

A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	
3.1 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA AO NASCIMENTO, À TRAJETÓRIA E À MORTE DO SER HUMANO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	
3.1.1 DIREITO À FILIAÇÃO VERSUS INTIMIDADE.....	
3.1.2 DIREITO DO NASCITURO VERSUS DIGNIDADE DA MULHER.....	
3.1.3 DIGNIDADE DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS	
3.2 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA À LIBERDADE	
3.2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS RACISMO.....	
3.2.2 LIBERDADE DE INFORMAÇÃO VERSUS DIGNIDADE HUMANA	
3.3 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA AO RECONHECIMENTO DA FRAGILIDADE HUMANA E O DIREITO À PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DE CADA SER HUMANO E AS DECISÕES DO STF	
3.3.1 DIGNIDADE E DIREITO À SAÚDE	
3.3.2 DIGNIDADE E AMPARO AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E IDOSO.....	
3.3.3 DIGNIDADE DA PESSOA, ESPECIALMENTE CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O COMBATE A TORTURA	
3.3.4 DIGNIDADE DA PESSOA E GARANTIAS PENAIS.....	
3.4 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA À ESFERA DA VIDA ATIVA REFERENTE À VIDA BIOLÓGICA SATISFATÓRIA, E À FRUIÇÃO DOS ARTIFICIALISMOS DO MUNDO, OU SEJA, A DIMENSÃO DA IGUALDADE.....	
3.4.1 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA VERSUS DIGNIDADE DA CRIANÇA.....	
3.5 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA A SUA ADMISSÃO COMO SUJEITO NO DISCURSO E NA AÇÃO NO MEIO DE SEUS PARES, OU SEJA, NO DIREITO À PARTICIPAÇÃO DISCURSIVA E À AÇÃO	

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....

RESUMO

Esta dissertação de mestrado tem como objeto o estudo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Nela se expõe a existência e a extensão de uma perspectiva da dignidade da pessoa humana privilegiando a concepção filosófica específica de Hannah Arendt. Em seguida, após analisar a inserção do postulado da dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro, vislumbra-se, em julgados selecionados do STF, a concretização do postulado. Ao término do trabalho realizado é possível concluir pela existência de um perfil específico de dignidade da pessoa humana concretizado pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The object of this master's thesis is to analyze the principle of the dignity of the human person and its application for the Supreme Court in Brazil. In order to reach this goal, it displays the existence and the extension of a perspective of the dignity of the human person privileging the specific philosophical conception of Hannah Arendt. After analyze the insertion of the principle of the dignity of the human person in the Brazilian Constitucional Law, it is glimpsed, in selected decisions of the Supreme Court, the concretion of the postulate.

To the end of the this mater's thesis is possible to conclude for the existence of a proper profile of dignity of the human person materialized in decisions of the Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação¹ tem como **objeto** o estudo do postulado da dignidade da pessoa humana e sua concretização pelo Supremo Tribunal Federal.

Examina-se a dignidade da pessoa humana privilegiando a concepção filosófica específica de Hannah Arendt.

Em seguida, após analisar a inserção do postulado da dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro, vislumbra-se, em alguns julgados selecionados do Supremo Tribunal Federal, a sua concretização, que conduz ao estabelecimento de um perfil sobre qual o sentido da dignidade que se vive hoje no Brasil.

O **objetivo institucional** deste trabalho é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI, enquanto que o **objetivo geral**² é apresentar aos operadores jurídicos uma abordagem sobre a dignidade da pessoa humana e sua concretização pela atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

A idéia que anima o trabalho é estudar o postulado da dignidade da pessoa humana a partir da sua matriz filosófica de direito. Desse ponto de início, pretende-se investigar sua inserção no direito constitucional brasileiro e sua concretização pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

¹ “(...) é o produto científico com o qual se conclui o Curso de Pós-Graduação *Stricto sensu* no nível de Mestrado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 147.

² “(...) finalidade que o pesquisador pretende alcançar quanto ao tema/problema que especificou (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 139.

O tema é desenvolvido na linha de pesquisa³ de **Produção e Aplicação do Direito**, dentro da área de concentração **Fundamentos da Justiça e da Jurisdição**⁴.

Os problemas que de início se apresentaram no desenvolver dos trabalhos se consubstanciam nas seguintes indagações:

a) É possível, em tese, encontrar uma concepção de dignidade da pessoa humana na obra de Hannah Arendt ?

b) Qual o papel de uma Constituição na implementação do princípio da dignidade da pessoa humana?

c) A partir desse papel, é possível identificar julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizem a dignidade da pessoa humana como fundamento da sua decisão e com isso a concretizam?

Para tanto, elegeram-se as seguintes hipóteses:⁵

a) Supõe-se, ao se indagar sobre a concepção de dignidade da pessoa humana na obra de Hannah Arendt, que ela existe e que pode ser identificada;

b) Supõe-se, ao se cogitar do papel da Constituição, que ele consiste na regulação da vida da Sociedade com vista à salvaguarda da dignidade da pessoa humana;

c) Supõe-se, ao se cogitar sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal, que há decisões desta Corte que se utilizam do princípio da

³ De acordo com o prof. PASOLD "(...) são as especificações dos assuntos sobre os quais seus alunos podem realizar suas pesquisas conducentes ao trabalho de conclusão do curso". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 135, nota de rodapé n.º 72.

⁴ Circunscrição temática dentro da qual atuam cientificamente os cursos de pós-graduação. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 135, nota de rodapé n.º 72.

⁵ Define PASOLD como a "(...) suposição (...) que o investigador tem quanto ao tema escolhido e ao equacionamento do problema apresentado". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 138.

dignidade da pessoa humana como seu fundamento e com isso a concretizam na realidade prática da vida dos cidadãos brasileiros.

No primeiro capítulo, pois, busca-se um significado para a noção de dignidade da pessoa humana a partir da sua matriz filosófica.

Para alcançar este fim, é realizada do pensamento de Hannah Arendt através da análise de uma obra específica, a saber, *A condição Humana*.

Nesta obra, Hannah Arendt articula as diversas esferas em que se dá a vida humana, da biológica à política, onde se vislumbra a complexidade do ser humano.

Tomando o nascimento como ponto de partida, Hannah Arendt examina as três esferas da *vita activa*, a saber, o labor (o aspecto biológico da vida humana), o trabalho (referente à atividade humana de acréscimo dos artificialismos ao mundo) e a ação (referente à vida política), e a sua interpenetração, formando com isto uma moldura na qual se desenvolve a condição humana na sua completude.

As idéias de Hannah Arendt se desenvolvem ao longo do primeiro capítulo, que se encerra com o estabelecimento de uma noção de dignidade da pessoa humana abrangente das suas diversas dimensões.

O segundo capítulo versa sobre a proteção jurídica dada a dignidade da pessoa humana pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Para tanto, é examinado o conceito de Constituição, sua função e aspectos sobre teoria da interpretação, bem como a competência do Supremo Tribunal Federal.

A seguir se localiza as dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana nos dispositivos do texto constitucional, a partir da matriz identificada no primeiro capítulo.

Por fim, no último capítulo se investiga acórdãos e decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal nos quais o postulado da dignidade da pessoa humana é utilizado como fundamento de decidir.

A coleta dos dados para este último capítulo se realizou no banco de dados da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acessado no site www.stf.gov.br, ao longo do mês de novembro de 2006.

Foram acessados apenas os acórdãos e decisões monocráticas publicadas pelo Supremo Tribunal Federal após 1988.

O resultado da busca, com relação aos acórdãos, pela palavra “dignidade” gerou um total de 99 respostas; pela expressão “dignidade humana” selecionou 40 respostas, e, por fim, pela expressão “dignidade da pessoa humana” resultou em 30 respostas.

Com relação ao conjunto de decisões monocráticas, seguiu-se o mesmo método.

Utilizando-se para a busca a expressão “dignidade da pessoa humana”, chegou-se em 194 respostas positivas.

Dessas decisões, foram selecionadas aquelas em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi expressa e efetivamente utilizado como um dos fundamentos basilares para a conclusão judicial.

Outro critério de seleção foi a opção pelos acórdãos e decisões monocráticas que, pela repetição, ou reiteração da tese em casos semelhantes, apontam para a consolidação de um padrão argumentativo do Supremo Tribunal Federal em torno do significado atribuído à dignidade da pessoa humana.

Elegeram-se também como critério de escolha as decisões mais representativas de cada padrão argumentativo.

Em seguida procedeu-se à classificação e agrupamento das decisões conforme as dimensões da dignidade da pessoa humana apontadas nos capítulos anteriores.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados os pontos conclusivos sobre a concretização do postulado da dignidade da pessoa humana nos julgados do Supremo, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos.

Quanto à **Metodologia**⁶ empregada, registra-se que na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo⁷, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados, expresso na presente Dissertação, é composto na base lógica Indutiva⁸.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica⁹.

É conveniente ressaltar, enfim, que, seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho as Categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentados em rol de Categorias no início da Dissertação após o mapeamento

⁶ “(...) postura lógica adotada bem como os procedimentos que devem ser sistematicamente cumpridos no trabalho investigatório e que (...) requer compatibilidade quer com o *Objeto* quanto com o *Objetivo*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 69.

⁷ Forma de “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 87.

⁸ Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 86-106.

⁹ Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 27-64/109-126.

das Categorias primárias¹⁰, além da indicação das principais abreviaturas utilizadas no presente trabalho.

¹⁰ Além disso, foram explicitadas em nota de rodapé em sua primeira ocorrência no desenvolver da exposição, a fim de facilitar a compreensão. Esclareço também que as palavras Estado, Sociedade e Justiça, embora não estejam no rol de categorias, foram grafadas com letra maiúscula em respeito à tradição jurídica.

CAPÍTULO 1

A COMPREENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA APROXIMAÇÃO ATRAVÉS DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

Atribuir um significado à noção de dignidade da pessoa humana é tarefa das mais complexas¹¹ e - aliás, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet – alguns autores questionam a viabilidade de se alcançar algum conceito realmente satisfatório¹².

No presente trabalho se optou pela análise de uma obra específica do pensamento de Hannah Arendt¹³, a saber, *A condição Humana*,

¹¹ Expondo as dificuldades na atribuição de um significado ao conceito de dignidade da pessoa humana, salienta Andorno, “Force est de reconnaître que l’expression ‘dignité humaine’ est souvent employée avec une signification très vague, ce qui encourage l’usage inflationniste dont elle fait parfois l’objet. Il arrive même qu’elle soit invoquée afin de soutenir des revendications contradictoires, comme c’est le cas dans le débat sur l’euthanasie, car tant ceux qui sont en faveur que ceux qui sont contre cette pratique font appel à l’idée de dignité humaine. (...) En réalité, si l’idée de dignité humaine possède un contenu si riche qu’il permet d’englober des notions aussi disparates que l’exigence du consentement des patients aux traitements, l’interdiction des pratiques discriminatoires et abusives à leur égard ou le principe de non patrimonialité du corps humain, nous devrions voir dans cela, non pas une raison pour l’abandonner, mais au contraire, une raison pour la tenir en haute estime et pour affronter le défi de préciser davantage ses contours” ANDORNO, Roberto. *La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique*. Revista Eletrônica Contrepoint Philosophique, Março 2005. Disponível em: www.contrepointphilosophique.ch. Acesso em novembro de 2006.

¹² Para Ingo, a dificuldade decorre da circunstância de se tratar de um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por ambigüidade e porosidade, além da natureza polissêmica. O autor também atribui a dificuldade – aí com apoio de Michael Sachs – ao fato de a dignidade da pessoa ser uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, o que, em face de sua abertura, não contribui para uma compreensão satisfatória sobre o âmbito da proteção da dignidade. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p.38).

¹³ HANNAH ARENDT nasceu em Linden em 1906 e estudou filosofia e teologia em Königsberg. Foi discípula de Heidegger e Jaspers, sendo que o último foi seu orientador em Heidelberg onde a autora desenvolveu sua tese de doutoramento “O conceito de amor em São Agostinho” em 1929. Refugiou-se em Paris em 1933 ante o avanço do nazismo da Alemanha, e, posteriormente, em face da iminência de sua prisão em pleno regime nazista, refugiou-se em Paris, onde foi presa, terminando por partir para os Estados Unidos no ano de 1941. Trabalhou nos Estados Unidos em diversas editoras e organizações judaicas. Em 1963 é contratada como professora da Universidade de Chicago onde ensina até 1967, ano em que se muda para a New School for Social Research, instituição onde se manterá até à sua morte em 1975. Suas

cuja reflexão sobre o tema possibilita um novo olhar a respeito do papel do ser humano.

O objetivo deste capítulo é estabelecer um significado para a noção de dignidade da pessoa humana a partir da sua matriz filosófica, que poderá servir como guia em torno do qual se realizará a análise da sua proteção jurídica.

A escolha da perspectiva de Hannah Arendt para o estudo da dignidade da pessoa humana se deve à multiplicidade de ângulos e eventos em que a condição humana é analisada pela autora na obra do mesmo nome¹⁴.

Não se pretende esgotar o assunto no pensamento de autora tão complexa quanto Hannah Arendt.

O escopo do trabalho é o de lançar as bases para uma formulação de um referencial sobre significado da noção de dignidade da pessoa humana e o exato alcance da tutela que a posterior inserção do postulado em textos jurídicos traz para as pessoas.

Por fim, no último eixo, buscar-se-á o estabelecimento de uma noção¹⁵ para dignidade da pessoa humana, com intuito de verificar a sua consideração pelo Supremo Tribunal Federal.

principais obras são “As origens do totalitarismo” (1951); “A condição humana”(1958) ; “Sobre a revolução” (1963) e “Entre o passado e o futuro” (1968).

¹⁴ Será examinada na obra: **A condição humana**.

¹⁵ Optou-se nesta dissertação pelo estabelecimento de uma noção de dignidade da pessoa humana, pois, em se tratando de um pensamento filosófico amplo e complexo, não é possível sua redução a um conceito operacional. Por conceito operacional se entende “a definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas” cf. PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica, idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 229..

1.1 A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ASPECTOS DESTACADOS

Hannah Arendt, na sua obra específica, reexamina e redimensiona diversas questões relacionadas à condição humana, bem como as idéias de liberdade e de igualdade entre os seres humanos.

Ela articula as diversas esferas em que se dá a vida humana, da biológica à política, onde se vislumbra uma complexidade do ser humano em diversos aspectos.

A partir do estudo sobre a condição humana – sobre o quê, afinal, faz o ser humano tão forte e ao mesmo tempo tão frágil – se pode extrair a exata dimensão de sua dignidade.

Considerando a natalidade como milagre da vida e início da ação humana, e o conflito do homem com a mortalidade (a sua busca pela imortalidade através da história), Hannah Arendt desfila as três esferas da vida ativa: o labor, o trabalho e a ação.

O nascimento (a natalidade) e a morte (a mortalidade), são os pontos em comum entre as esferas da vida activa.

Para a autora, a intangibilidade do Ser Humano deriva: a) de cada nascimento enquanto evento, simultaneamente, biológico e de inserção de um ser único, um iniciador insubstituível, no mundo; b) da trajetória de vida de cada um e da convivência com a pluralidade; e c) da consciência da morte.

A partir deste ponto de partida, a autora articula as diversas esferas da vida ativa, a saber: a) a dimensão da vida biológica; b) a dimensão do homem construtor de coisas que são acrescentadas ao mundo e c) a dimensão da vida na ação e no discurso..

A partir destas conexões, a autora faz uma reflexão sobre a liberdade e a igualdade.

A autora examina as dimensões desta liberdade e igualdade na esfera da vida política, ou seja, do discurso e da ação, e no impacto que cada nascimento produz na teia dos negócios humanos.

Em Hannah Arendt, o perdão (e o amor ao outro que ele envolve) e a capacidade de promessa (ou seja, o compromisso político) são os grandes mediadores e estabilizadores das relações entre as pessoas e entre as gerações, conciliando o passado, o presente e o futuro da Humanidade.

O desenvolvimento deste pensamento complexo da autora que dá uma outra dimensão é o que se esmiuçar^a infra.

1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

Neste item buscar-se-á traçar uma noção de dignidade da pessoa humana a partir do pensamento de Hannah Arendt.

Ela se propõe a realizar uma reflexão sobre a condição humana, na obra do mesmo nome, à luz das experiências mais recentes dos seres humanos ¹⁶.

Sua obra “A Condição Humana”, de 1958, foi elaborada após a ocorrência de duas guerras mundiais e o lançamento da bomba atômica, em meio do totalitarismo soviético e do início da corrida espacial. Nela, Hannah Arendt buscou realizar uma reflexão sobre a condição humana à luz do conjunto das experiências e eventos da própria Modernidade¹⁷.

¹⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 13.

¹⁷ A origem da palavra Moderno é, conforme esclarece Nicola Abbagnano, em seu Dicionário de Filosofia, o latim pós-clássico, e significa literalmente “atual”: a palavra era utilizada pela Escolástica a partir do século XIII para indicar a lógica terminista, designada como via moderna em comparação com a via antiga da lógica aristotélica. Segundo, ainda, Nicola Abbagnano, hodiernamente a palavra significa “filosofia moderna” e “indica o período da história ocidental que começa depois do Renascimento, a partir do século XVII” (cf. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 679).

Não se confunde a reflexão realizada sobre a condição humana com o problema da natureza humana: para a autora, a verdadeira compreensão sobre a natureza humana somente se alcançaria com uma teoria religiosa pois pressupõe como condição prévia que se possa falar de um “quem” como um “quê”¹⁸.

Para Arendt, é notória a impossibilidade filosófica de uma definição do homem, na medida em que as definições filosóficas são determinações ou interpretações do **que** o homem é, e, portanto, das qualidades que ele possa partilhar com outros seres vivos, enquanto a diferença específica de cada ser humano somente se revelaria na resposta sobre **quem** ele é – que é um elemento intangível e fluido¹⁹.

A discussão sobre a condição humana não possui a pretensão de explicar o que é o homem, mas sim pensar sobre o que o homem faz consigo mesmo e com seu mundo.

A reflexão sobre a condição humana abrange não apenas as condições nos quais a vida foi dada ao homem, mas também o produto das atividades humanas. Inclui, assim, pensar a respeito do que foi acrescentado pelo homem à terra e que, imediatamente, passou também à condição da existência humana. Refere-se à própria vida, a natalidade e a mortalidade, a mundanidade, a pluralidade e o planeta terra²⁰.

A partir do estudo sobre a condição humana – sobre o quê, a final, faz o ser humano tão forte e ao mesmo tempo tão frágil – se pode extrair a exata dimensão de sua dignidade.

Considerando a natalidade como início da ação humana e o conflito do homem com a mortalidade (a sua busca pela imortalidade através da

¹⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 18.

¹⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 194.

²⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 17.

história), Hannah Arendt desfila as três esferas da *vita activa*²¹: o labor, o trabalho e a ação.

O nascimento (a natalidade) e a morte (a mortalidade), são os pontos em comum entre as esferas da *vita activa*.

Quanto à natalidade, com base no pensamento de Agostinho, a autora revela que cada recém-chegado a este mundo representa um novo “*initium*”: em virtude de serem iniciadores, os homens tomam iniciativas e são impelidos a agir²².

É um início bastante peculiar pois não se trata do início de uma coisa, mas sim de alguém que é, ele próprio, um iniciador²³.

A idéia do nascimento de alguém que é, também, um iniciador importa no reconhecimento de uma liberdade essencial e imanente a cada ser humano: a liberdade para a ação neste mundo, que nasce com o próprio homem.

Mas qual o significado exato desta liberdade?

Para Hannah Arendt é da natureza de todo início, de toda origem, que se começa algo de novo, algo totalmente imprevisível, e muitas vezes contrário a todas às certezas, probabilidade e estatísticas (citando por exemplo, a autora, a origem da vida na terra) – e daí existir um componente de milagre em cada início.

²¹ Para Hannah Arendt, “com a expressão *vita activa* pretendo designar as três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação. Trata-se de atividades fundamentais porque a cada uma delas corresponde uma das condições básicas mediante as quais a vida foi dada ao homem na terra” (cf. ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 15). A autora usa a expressão *vita activa* (ou vida ativa) em contraponto a de *vita contemplativa* (ou vida contemplativa) que era o ideal da Antiguidade ou seja, a liberdade inspirada no ideal da contemplação pura (ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 22).

²² ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 190.

²³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 190.

Esta característica, contudo, é ainda mais acentuada no nascimento humano: cada homem é singular, de tal sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo.²⁴

Conforme as palavras da autora, “desse alguém que é singular pode-se dizer, com certeza, que antes dele não havia ninguém”.²⁵

A cada nascimento se pode esperar, pois, o inesperado: o fato de que cada homem representa um início e é capaz de agir significa que cada homem pode realizar o infinitamente improvável – e este é o conteúdo de sua liberdade.²⁶

Conclui-se, neste contexto, que cada ser humano, por representar o milagre de um novo início, por ser único e singular, por ser capaz de agir de uma forma imprevisível e totalmente nova, comunicando-se por meio da ação e do discurso com seus pares, é dotado de intangibilidade em face de sua condição – que é a dimensão de sua dignidade.

Se, por um lado, em face de seu nascimento, o homem é livre, esta liberdade se dá com relação à, e em meio de, seus pares – e é justamente este o significado do nascimento, o de vir ao mundo um novo iniciador, um iniciador singular, que se relacionará com os demais membros da Sociedade através do discurso e da ação.

A natalidade se dá no espaço plural: viver correspondente a estar entre os homens (*inter homines esse*)²⁷.

O seu contraponto é a morte e morrer é deixar de estar entre os homens (*inter homines esse desinere*)²⁸.

²⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 191.

²⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 191.

²⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 191.

²⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 15.

²⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 15.

Neste contexto, o nascimento e a morte são mais do que eventos meramente naturais para o homem: são também eventos culturais.

De fato, a dimensão biológica do nascimento e a morte integram o homem ao ciclo inexorável que a natureza imprime a todos os seres, e que gera um tipo de imortalidade biológica que advém da sucessão cíclica e anônima dos seres vivos²⁹.

Porém, embora compartilhe com os demais seres vivos desta noção de imortalidade biológica, o homem vê o nascimento e a morte para além da sucessão anônima de seres.

Isso decorre não apenas do fato de o nascimento dar origem a um ser que é, ele mesmo, um iniciador da ação e do discurso³⁰, livre no meio de uma pluralidade de seres singulares.

Decorre, também, da circunstância de que o nascimento e a morte são eventos que se dão num mundo que, além de natural, também é artificial (porque acrescido de utilidades ali postas pelo homo faber³¹).

Esse mundo cuja durabilidade e a relativa permanência torna possível a consciência do aparecimento e desaparecimento de cada indivíduo como único³².

Ou seja: há a compreensão humana de que em cada nascimento se acresce ao mundo já existente um novo indivíduo, e, após o

²⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p.108.

³⁰ Portanto, singular quanto a este aspecto, e não um anônimo.

³¹ Hannah Arendt utiliza a expressão homo faber no sentido do homem que faz literalmente trabalha sobre os materiais, em oposição ao animal laborans que labora – ou seja, se dedica ao aspecto biológico da vida – e que se mistura com os instrumentos. (cf. ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 149). O homo faber é, em Hannah Arendt, o responsável pela reificação ou seja, pela fabricação: o uso da violência sobre a natureza para a fabricação das coisas. O homo faber é, pois, o amo e senhor da natureza – em contraposição ao animal laborans que, embora sej ao amo de todas as ciraturas vivas, ainda é servo da natureza. (ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 152).

³² ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 108.

desaparecimento individual deste indivíduo, o mundo subsistirá para outros indivíduos, todos singulares e diferentes entre si, geração após geração³³.

Do exposto, conclui-se que a vida individual possui um significado peculiar: é uma trajetória que se desenvolve entre o nascimento e a morte de um ser singular, em meio ao movimento cíclico da natureza.

Esta trajetória se dá no meio de um mundo de certa permanência.

Há a consciência humana de que o quê o homem faz e diz ao longo da vida é fruto da ação e do discurso de cada um.

Essas falas e atos podem ser contados por duas formas.

Uma, pela Biografia, em se tratando da vida individual de cada um.

Outra, na convivência com os demais homens, através da História (a vida política dos homens)³⁴.

A consciência dos eventos do nascimento e de uma existência para além da vida biológica gera a preocupação humana. Indaga-se, assim, pelo destino deste planeta e pelo legado que se deixará ou se construirá para as gerações futuras.

Isso transforma o nascimento e a morte em eventos com significado para além do meramente biológico.

Seguindo em sua análise sobre a condição humana, Hannah Arendt pontifica que em meio ao nascimento e a morte se desenvolvem as esferas da “vita activa”: o labor, o trabalho e a ação (que é a vida política).

O labor é a atividade humana que corresponde ao atendimento das necessidades básicas de manutenção da vida biológica³⁵.

³³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 108.

A autora ressalta que, na Antiguidade, quando predominava o ideal da vida contemplativa, as atividades referentes ao labor eram consideradas indignas.

Os antigos consideravam servis todas as ocupações que servissem às necessidades de manutenção da vida, as quais eram vistas com desdém por revelarem menos a condição racional e mais a parte que o homem possui em comum com todos os animais³⁶.

A Modernidade e sua “vita activa” encerra este tipo de pensamento quando liga o labor à noção de privacidade e de propriedade privada³⁷.

A atividade referente à manutenção da vida biológica do corpo é a mais privada do ser humano pois cada homem é dono de seu próprio corpo, e, conseqüentemente, os produtos dela resultantes, ou seja, resultantes do labor, são suscetíveis de apropriação por cada indivíduo³⁸.

A manutenção da vida biológica é um processo vital que se caracteriza, numa extremidade, pela fertilidade, ou seja, por sua capacidade de produzir excedente para além do necessário à sobrevivência (ou seja, a riqueza) e, na outra, pelo consumo necessário à manutenção da vida.³⁹

A consciência de que este processo vital envolve também o uso da força vital, a idéia da dor e ônus, levará o homem a se dedicar à fabricação de instrumentos necessários à diminuição desta dor e ônus, e, em

³⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 109.

³⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 15.

³⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 94-95.

³⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 113.

³⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 119-120.

³⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 110-111.

conseqüência, ao surgimento do trabalho, que, em Hannah Arendt, é a atividade que corresponde à fabricação, ao artificialismo do mundo⁴⁰.

No trabalho o homem, na sua qualidade de “homo faber”, ou seja, de fabricante, acresce as coisas ao mundo, cria condições objetivas de vida em contraponto à fragilidade subjetiva da trajetória humana⁴¹.

O problema deste mundo de *poiesis* humano é menos o acréscimo de bens ao mundo, mas a filosofia utilitarista que o permeia: num mundo estritamente utilitário, todos os fins tendem a ser de curta duração e a transformar-se em meios para outros fins⁴².

No utilitarismo⁴³, o “para que” se torna “em nome de quê” numa sucessiva cadeia interminável de meios e fins sem que exista algum princípio que realmente possa justificar a utilidade – ou seja, sem que exista realmente algum significado nesta interminável cadeia de meios e fins⁴⁴.

Ou seja: será necessário que no vértice da cadeia entre meios e fins esteja o homem, que é um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser utilizado como meio⁴⁵.

⁴⁰ Nas palavras de Hannah Arendt, “O trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, existência esta não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie e cuja mortalidade não é compensada por este último. O trabalho produz um mundo “artificial” de coisas nitidamente diferentes de qualquer ambiente natural. Dentro de suas fronteiras habita cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e a transcender todas as vidas individuais. A condição humana do trabalho é a mundanidade” (ARENDR, Hannah. *A condição humana*, p. 15.)

⁴¹ ARENDR, Hannah. **A condição humana**, p. 150.

⁴² ARENDR, Hannah. **A condição humana**, p. 167.

⁴³ Conforme GIULIANO PONTARA, a expressão utilitarismo designa “um conjunto de doutrinas normativas que tem um conceito comum, o qual firma que a justificação moral de uma ação depende exclusivamente de sua utilidade, ou seja: do valor das conseqüências a ele conexas”. Analisando o utilitarismo como sistema ético, o autor aponta que o utilitarismo recebe críticas dos que entendem que uma ação não depende exclusivamente, ou dependa apenas em parte, das conseqüências, ou, que deve também ser considerado o motivo ou intenção da ação, ou o fato de ser conforme as normas postuladas como validas independente das conseqüências obtidas. (IN: BOBBIO, Norberto et alii. **Dicionário de Política**, p. 1274 e seguintes).

⁴⁴ ARENDR, Hannah. **A condição humana**, p. 167.

⁴⁵ ARENDR, Hannah. **A condição humana**, p. 168-169.

Mesmo assim, Hannah Arendt aponta que o excesso de antropocentrismo pode importar na redução do homem à condição de usuário de instrumentos e da própria natureza.

Em se reduzindo o ser humano à qualidade de usuário, ocorre o simultâneo rebaixamento dos demais seres vivos, da natureza e das forças naturais à condição de coisa que, se não pode ser usada, também não tem valor⁴⁶.

A autora vislumbra tanto na esfera do labor quanto na esfera do trabalho, caso ocorram sem a dimensão da ação, do discurso e da vida política, a possibilidade real de o homem sucumbir a um quadro de irracionalidade.

Esta irracionalidade, no mundo do labor, se liga a um processo vital que, uma vez isento de dor e de ônus, o único fim seja o consumo individual sem significado⁴⁷

A Sociedade de consumo pode ser agravada pela filosofia utilitarista, que, no seu pior quadro, instrumentaliza o próprio homem, e, no seu melhor, reduz o homem à usuário da natureza: há aí uma perda sensível da real dimensão e, mesmo, em última análise, da própria liberdade humana ou o sentido de humanidade⁴⁸.

⁴⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 169.

⁴⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 338.

⁴⁸ Nas palavras de Hannah Arendt "(...) demonstramos ser suficientemente engenhosos para descobrir meios de atenuar as fadigas e penas da vida, ao ponto em que a eliminação do labor do âmbito das atividades humanas já não pode ser considerada utópica. Pois, mesmo agora, labor é uma palavra muito elevada, muito ambiciosa para o que estamos fazendo ou pensamos que estamos fazendo no mundo em que passamos a viver. O último estágio de uma Sociedade de operários, que é a Sociedade de detentores de empregos, requer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente houvesse sido afogada no processo vital da espécie e a única decisão ativa exigida do indivíduo fosse deixar-se levar, por assim dizer, abandonar a sua individualidade, as dores e penas de viver ainda sentidas individualmente e aquiescer num tipo funcional de conduta entorpecida e tranqüilizada." (ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 335).

Isso porque a dimensão de libertação, que é inseparável do ser humano – e sob esta ótica é também a dimensão de libertação dos limites utilitaristas - é a dimensão do discurso e da ação na vida política⁴⁹.

Diversamente das esferas do labor e do trabalho, que podem se realizar no isolamento e na privacidade – tem por “conditio sine qua non” a convivência com a pluralidade.

De fato, a pluralidade humana é a condição da ação e do discurso e possui a dupla dimensão de igualdade e diferença⁵⁰.

Conforme Hannah Arendt, se os homens fossem desiguais, não se compreenderiam e não teriam como planejar sua vida futura. Por outro lado, se fossem totalmente iguais, o diálogo seria desnecessário⁵¹.

Sob este diapasão a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como objetos, mas como homens – e esta é uma característica essencial e profundamente humana.⁵²

⁴⁹ Tanto o discurso quanto a ação são meios de revelação do sujeito e correspondem, respectivamente, a suas palavras e atos e se dão em relação aos outros homens, no meio da convivência com eles. Para a autora “nenhuma outra atividade humana precisa tanto do discurso quanto a ação. Em todas as outras atividades [da vita activa] o discurso desempenha papel secundário, como meio de comunicação ou mero acompanhamento de algo que poderia igualmente ser feito em silêncio. É verdade que o discurso é extremamente útil como meio de comunicação e informação, mas, como tal poderia ser substituído por uma linguagem de sinais, talvez até mais útil e mais conveniente para exprimir certos significados, como na matemática e outras disciplinas científicas ou em certas modalidades de trabalho em equipe. Também é verdade que a capacidade humana de agir, sobretudo coletivamente, é extremamente útil para fins de autodefesa ou satisfação de interesses, mas, quando se trata apenas de usar a ação como meio de atingir a um fim, é evidente que o mesmo fim poderia ser alcançado muito mais facilmente através da violência muda, de sorte que a ação, nesse caso, pareceria um substituto pouco eficaz da violência, da mesma forma que o discurso, do ponto de vista da mera utilidade, parece substituto inadequado da linguagem dos sinais.” (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*, p. 191-192).

⁵⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 188.

⁵¹ “se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existe ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso e da ação para se fazerem entender” (Cf. ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 188)

⁵² ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 189.

A esfera política se situa para além do mundo das necessidades do “animal laborans”, ou do mundo das coisas do “homo faber”: o que o mundo do discurso e da fala constrói é muito menos tangível, mas muito mais importante pois desvela o sentido do ser no mundo e cria a comunidade.

O discurso está diretamente relacionado à ação: se o nascimento corresponde ao início da ação de cada ser humano, o discurso é a sua revelação para o mundo, é a distinção, “é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto, é, do viver como ser distinto e singular entre iguais”⁵³.

O discurso é o que dá significado à ação e responde à pergunta que se faz ao novo: quem és? e, ainda que se refira a objetos, o faz em face das pessoas⁵⁴.

Por outro lado, a ação não é possível no isolamento: a ação se dá com e em relação a outros seres atuantes, assim como a fabricação se dá com a coisa⁵⁵.

Nas palavras da autora, “[...] a ação e o discurso são circundados pela teia de atos e palavras de outros homens e estão em permanente contato com ela.”⁵⁶

Por isso, Hannah Arendt salienta que o mito popular de “um homem forte” que, isolado dos outros, deve sua força ao fato de estar só e com isto consegue alterar algo na esfera dos negócios humanos nada mais é do que a desesperança consciente de toda ação, política ou não, aliada à expectativa ilusória de que seja possível lidar como homens como se lida com qualquer outro material⁵⁷.

Na realidade existe uma interdependência entre a ação do iniciador e do líder com relação aos outros nos tocante ao auxílio, e, vice-versa,

⁵³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 191.

⁵⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 191.

⁵⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 191.

⁵⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 201

⁵⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 201

ou seja, a dependência de seus seguidores com relação a uma oportunidade de agir⁵⁸.

Neste contexto, segundo a autora, os atores nunca são apenas agentes, mas também e simultaneamente, pacientes da ação⁵⁹.

Conforme Hannah Arendt, “agir e padecer são como as faces opostas da mesma moeda, e a história iniciada por uma ação compõe-se de seus feitos e sofrimentos deles decorrentes. Estas conseqüências são ilimitadas porque a ação, embora possa provir do nada, por assim dizer, atua sobre um meio no qual toda reação se converte em reação em cadeia, e todo processo é causa de novos processos.”⁶⁰.

Com efeito, embora cada ser humano possa iniciar uma ação, os desdobramentos desta ação dependem dos demais homens (aliás, o convívio entre os homens é o que gera o poder) e conseqüentemente, possui um elemento de imprevisibilidade⁶¹.

Daí a fragilidade dos negócios humanos: a sua esfera corresponde à teia de relações humanas.

É frágil pois a ação, uma vez iniciada por um dos elementos se espalha nessa teia, de forma ilimitada.

Nas palavras de Hannah Arendt, “a ilimitação da ação nada mais é senão o outro lado de sua tremenda capacidade de estabelecer relações, isto é, de sua produtividade específica.”⁶²

Suas conseqüências são imprevisíveis – somente posteriormente, à luz a história, a ação, em todos os seus detalhes, é revelada pelo olhar retrospectivo do historiador.⁶³

⁵⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 201

⁵⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 201

⁶⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 201

⁶¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 203.

⁶² ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 204.

Essa fragilidade dos negócios humanos conduz à tentação para a solidez e a aparente tranqüilidade da ordem: o totalitarismo e a conseqüente negação do discurso e da ação e da vida política – o que é um grande equívoco, na medida em que sua admissão pressupõe a aniquilação da liberdade e da própria singularidade humana.

A autora defende como únicos instrumentos realmente capazes de controlar a fragilidade dos negócios humanos e a conseqüente incapacidade de se prever o futuro, o perdão e a força da promessa ou do compromisso dos homens uns para com os outros.

O perdão e a capacidade de promessa ou de compromisso entre os homens são elementos que se encontram já potencialmente dentro da própria ação humana⁶⁴.

O perdão é a faculdade de desfazer os atos do passado e, diferente da vingança, não é uma re-ação: o perdão rompe um determinado curso de uma ação e age novamente, num sentido inesperado⁶⁵.

Para Hannah Arendt, o descobridor do uso do perdão na esfera dos negócios humanos foi Jesus Cristo, que o utilizou num contexto religioso, o que não é impedimento para se estudar o fenômeno no sentido secular⁶⁶.

A autora ressalta que no contexto religioso, o perdão está relacionado com a capacidade de amar ao próximo: somente o amor tudo perdoa⁶⁷.

Da lição religiosa se retira a secular: o perdão é um fenômeno possível apenas na pluralidade, quando se evidencia a nossa capacidade de reconhecer o outro, de saber que o outro é, e a nossa ciência de

⁶³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 204.

⁶⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 248.

⁶⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 252.

⁶⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 254.

⁶⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 254.

que dependemos uns dos outros: a partir desta consciência de que partilhamos a mesma fragilidade surge a capacidade para o perdão⁶⁸.

A faculdade de obrigar-se através de promessas também só se compreende no âmbito da pluralidade e sua função é a de criar para o futuro “que é por definição um oceano de incertezas, certas ilhas de segurança, sem as quais não haveria continuidade e menos ainda durabilidade de qualquer espécie nas relações entre os homens.”⁶⁹

A capacidade de fazer promessas e a obrigação moral de mantê-las são, por fim, requisitos da própria liberdade humana: porque cada novo nascimento representa o imprevisível, e é, portanto, neste aspecto, essencialmente livre e igual, torna necessária a existência de ilhas de certeza que dêem a oportunidade de o mundo se manter um pouco menos tempestuoso e, por seu turno, oportunizar o desenvolvimento de cada um e da Sociedade.⁷⁰

A autora encerra sua exposição sobre a vida ativa mencionando que cada nascimento é um milagre: só a plena possibilidade do novo que traz um nascimento possui o condão de fazer surgir nos homens duas grandes virtudes ignoradas na Antiguidade: a fé e a esperança no mundo⁷¹.

1.3 DIMENSÕES PARA UM CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FUNDADO NO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

Conforme visto, o pensamento de Hannah Arendt é complexo e sua reflexão sobre a dignidade da pessoa humana revela várias dimensões desta. Assim, neste sub-capítulo, serão apresentados os aspectos que podem ser visualizados como conseqüências da concepção filosófica dessa autora.

⁶⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 255.

⁶⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 249.

⁷⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 249.

⁷¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 259.

Ao final, eles serão agrupados numa noção da dignidade da pessoa humana especificamente composto a partir do estudo.

1.3.1 A natalidade, a trajetória de vida e a mortalidade

Conforme vislumbrado, para Hannah Arendt a dignidade da pessoa humana se inicia com a natalidade: a cada nascimento vem ao mundo um ser único, insubstituível, uma incógnita, capaz de agir de forma inesperada e desencadear acontecimentos imprevisíveis. Esta singularidade é um verdadeiro milagre, e sua natureza de *initium* e imprevisibilidade revela a natureza livre de cada pessoa.

Assim, o nascimento corresponde à idéia de início: por meio do nascimento vem ao mundo alguém – e não uma coisa – que é ele próprio um iniciador, alguém único e singular capaz do discurso e da ação⁷².

Este ingresso no mundo se dá no meio do espaço plural; nascer corresponde a estar entre os homens (*inter homines esse*)⁷³.

É de se frisar que o direito à natalidade inclui também, segundo Hannah Arendt, a trajetória de vida e a biografia⁷⁴.

Isto porque a trajetória humana não é inconsciente: cada ser humano está ciente dos eventos relacionados a seu início e a seu fim, e, simultaneamente, da certa durabilidade do mundo, que já existe antes de seu nascimento e permanecerá após sua morte.

Consequentemente, o homem é ciente de que escreve, no seu dia-a-dia a sua biografia e, em conjunto com os demais homens, a história.

⁷² ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 190. A autora considera o surgimento da própria vida como milagre, de tal sorte que o teor do seu pensamento permite que se considere a natalidade em sentido amplo, ou seja, não apenas como o ato do nascimento em si mas também como surgimento da vida humana, milagre da vida, em todas as suas fases.

⁷³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 15.

⁷⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 109.

O nascimento, nesta dimensão, é um elemento que compõe a dignidade da pessoa humana pois a partir do nascimento surge o indivíduo, que é um ser único e insubstituível.

A trajetória de vida é elemento essencial da condição humana.

No outro vértice do nascimento está a morte.

Para Hannah Arendt a morte é o deixar de estar entre os homens (*inter homines esse desinere*)⁷⁵.

Por isso, a dignidade da pessoa humana sob a ótica da obra de Hannah Arendt, tem uma de suas dimensões ligada à natalidade e à mortalidade: vida e morte as extremidades de uma trajetória humana.

Essa trajetória não se confunde apenas com o ciclo biológico, mas é, antes de tudo, algo que se põe em relação com o mundo (simultaneamente, natural e fabricado pelo próprio ser humano) e com os demais seres humanos.

1.3.2 A liberdade

Em Hannah Arendt, cada homem que nasce neste mundo é um ser singular e livre, capaz de começar algo totalmente novo e imprevisível – o quê corresponde a dimensão de sua liberdade⁷⁶;

O exercício desta liberdade se dá por meio do discurso e da ação, que são a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como ser distinto e singular entre outros seres humanos que lhe são iguais⁷⁷.

⁷⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 15.

⁷⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 191.

⁷⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 188

Se, por um lado, é reconhecido, pois, a cada ser humano, o direito de agir (a sua autonomia), conforme a vocação individual de cada um, as conseqüências desta ação dependem, em grande medida, da adesão dos demais homens.

Em face deste duplo aspecto de imprevisibilidade existe uma natureza frágil nos negócios humanos, cuja limitação se dá pelo compromisso que os homens assumem uns com os outros.

1.3.3 A integridade física e psíquica

A consciência de o processo vital envolve também o uso da força vital, a idéia da dor e ônus em face deste uso, levará o homem a se dedicar a fabricação de instrumentos necessários à diminuição desta dor e ônus, e, em conseqüência, ao surgimento do trabalho, que, em Hannah Arendt, é a atividade que corresponde ao artificialismo do mundo.

No trabalho o homem, na sua qualidade de “homo faber”, ou seja, de fabricante, acresce as coisas ao mundo, cria condições objetivas de vida em contraponto à fragilidade subjetiva da trajetória humana⁷⁹.

Esta fragilidade subjetiva da trajetória humana, sua dor e seu ônus, conduzem o homem à busca dos meios necessários para diminuir as suas mazelas, o que passa, de acordo com a autora, pelo acréscimo ao mundo de bens que o tornem mais fácil: os instrumentos de trabalho.

Porém nem mesmo a esfera do trabalho é suficiente para a emancipação do homem: no pensamento da autora a emancipação do homem se dá pelo discurso e pela ação na vida política, em torno dos quais giram os negócios humanos.

1.3.4 A esfera da vida biológica satisfatória e a fruição dos artificialismos

Hannah Arendt reconhece, como vimos supra, a existência de duas dimensões específicas da “vita activa” e da condição humana, a saber, a do “animal laborans” e do “homo faber”.

A atividade referente à manutenção da vida biológica do corpo é a mais privada do ser humano pois cada homem é dono de seu próprio corpo, e, conseqüentemente, os produtos dela resultantes, ou seja, resultantes do labor, são suscetíveis de apropriação por cada indivíduo⁸⁰.

Por outro lado, a atividade de manutenção da vida biológica é um processo vital que se caracteriza, numa extremidade, pela fertilidade, ou seja, por sua capacidade de produzir excedente para além do necessário à sobrevivência (ou seja, a riqueza) e, na outra, pelo consumo necessário à manutenção da vida.⁸¹

A existência biológica e suas idiosincrasias são elementos que se impõe por si só ao homem e integram a sua condição humana - e neste

⁷⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 150.

⁸⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 119/120.

⁸¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 110/111.

sentido, o direito a uma existência biológica satisfatória é um elemento que compõe a dignidade da pessoa humana.

Já no trabalho, o homem, na sua qualidade de *homo faber*, ou seja, de fabricante, acresce as coisas ao mundo, cria condições objetivas de vida em contraponto à fragilidade subjetiva da trajetória humana⁸².

O modo ou os valores associados à fruição destas coisas acrescentadas ao mundo nos dá uma outra dimensão da dignidade da pessoa humana, a saber, a dimensão de acesso a estes bens.

Embora a autora não examine efetivamente a questão da igualdade sobre o seu aspecto material, a autora combate a idéia de um mundo estritamente utilitário, onde os fins tendem a ser de curta duração a transformar-se em meios para outros fins,

Embora não se possa olvidar o direito do homem ao trabalho de suas mãos, a autora vislumbra, tanto na esfera do labor quanto da fabricação, caso ocorram sem a dimensão da ação, do discurso e da vida política a possibilidade real do homem sucumbir a um quadro de irracionalidade.

Daí porque a fruição dos artificialismos do mundo é uma preocupação da autora.

1.3.5 A participação no discurso e na ação

Para Hannah Arendt, a dimensão de libertação do ser humano é a dimensão do discurso e da ação na vida política⁸³.

A autora procura, com esta idéia, resgatar a importância da dimensão do espaço público, relegado a segundo plano numa Sociedade que oscila entre o utilitarismo e o consumismo.

⁸² ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 150.

⁸³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 335.

O discurso está diretamente relacionado à ação: se o nascimento corresponde ao início da ação de cada ser humano, o discurso é a sua revelação para o mundo, é a distinção, “é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto, é, do viver como ser distinto e singular entre iguais.”⁸⁴

O discurso é o que dá significado à ação e responde à pergunta que se faz ao novo: quem és? e, ainda que se refira a objetos, o faz em face das pessoas⁸⁵.

Por outro lado, a ação não é possível no isolamento: a ação se dá com e em relação a outros seres atuantes, assim como a fabricação se dá com a coisa⁸⁶.

A partir da relação dos homens por meio do discurso e da ação se constrói a teia das relações humanas, a partir desta relação é que se gera o poder, que tem uma natureza de imprevisibilidade – como bem ressalta a autora – porque imprevisíveis são os homens.

A imprevisibilidade decorre da própria natureza do discurso e da ação, que somente se realiza, se desdobra e propaga no conjunto plural de pessoas.

A autora aponta como meios de se controlar esta imprevisibilidade o perdão e a capacidade de promessa.

O perdão é elemento essencial da dignidade da pessoa humana: apenas os homens podem perdoar, uns aos outros, tanto em relação ao passado como ao presente.

O perdão é, em última instância, o amor pelo outro e este perdão inicia uma nova trajetória na teia das relações humanas, distanciando-se da vingança.

⁸⁴ARENDT, HANNAH. **A condição humana**, p. 191

⁸⁵ARENDT, HANNAH. **A condição humana**, p. 191

⁸⁶ARENDT, HANNAH. **A condição humana.**, p. 191

Já a capacidade de promessa, o compromisso político, é a construção realizada pelos homens para o futuro.

A capacidade de fazer promessas e a obrigação moral de mantê-las são, por fim, requisitos da própria liberdade humana: porquê cada novo nascimento representa o imprevisível, e é, portanto, neste aspecto, essencialmente livre e igual, torna necessária a existência de ilhas de certeza que dêem a oportunidade de o mundo se manter um pouco menos tempestuoso e, por seu turno, oportunizar o desenvolvimento de cada um e da Sociedade.⁸⁷

1.3.6 A categoria filosófica proposta

A partir das reflexões de Hannah Arendt é possível alinhar o entendimento de uma noção de dignidade da pessoa humana para a lógica do presente estudo.

A vida biológica e a sua fertilidade, a busca pelo processo vital satisfatório, o trabalho de fabricação de cada homem são expressões da humanidade de cada um e aspectos da relação do homem com o mundo.

Porém a dimensão do labor e do trabalho somente são realmente dignas quando se faz do homem mais do que um mero utilitarista, ou um mero consumidor, mais do que um mero usuário da natureza e da cultura sem consciência.

Será no discurso e na ação, ou seja, na relação que é estabelecida entre os homens com relação a sua condição humana, que será dada a exata dimensão da dignidade da pessoa humana.

Nesta relação está um duplo reconhecimento.

De um lado, a singularidade e identidade de cada um (que torna cada homem único e conseqüentemente livre).

⁸⁷ ARENDT, HANNAH. **A condição humana**, p. 249

De outro, a certeza de que um homem é igual aos demais na medida em que partilha uma realidade biológica e física.

Partilha, também, de uma pretensão à uma vida satisfatória e à fruição consciente dos bens que fabrica.

Enfim, partilha da mesma condição humana e dos mesmos riscos que lhe podem advir da indignidade.

Esta certeza de liberdade e igualdade se desenvolve num mundo que se estabelece para além das trajetórias individuais, um mundo plural, em que cada homem recebe como herança do passado, onde cada homem vive um presente e onde se constrói, através da ação e do discurso, e a conjugação das ações entre os homens, um futuro para as próximas gerações.

Neste sentido a fraternidade se constitui um dos elementos essenciais à dignidade da pessoa humana.

A fraternidade se expressa no perdão (e na condição do amor à essência humana que lhe é subjacente) e na capacidade que temos de fazer promessas um para os outros, ou seja, de estabelecermos ilhas de certeza no mundo tempestuoso, que é o compromisso político que temos para com a nossa própria espécie.

No caso da dignidade da pessoa humana, o compromisso em respeitar em cada homem a dignidade resultante da fragilidade de nossa própria condição humana: a liberdade, a igualdade, a fé e a esperança no mundo e no devir.

A partir das premissas supra expostas é possível elaborar-se um conceito operacional sobre a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é, pois, a intangibilidade ligada ao nascimento e a morte de cada ser humano e às relações que, nesta trajetória de vida, estabelece com os demais seres humanos no mundo físico partilhado por todos, que compreende: a) o reconhecimento de que cada ser

humano é singular, imprevisível, e livre e neste sentido, paradoxalmente, diferente e simultaneamente igual aos demais homens com que convive no ambiente plural; b) o reconhecimento da fragilidade humana e da necessidade de proteção da integridade física e psíquica de cada ser humano; c) o reconhecimento de que cada homem faz jus à vida biológica satisfatória, e à fruição consciente dos artificialismos do mundo, ou seja, à criação dos objetos e riquezas e ao gozo dos bens colocados no mundo pelas suas próprias mãos e pela dos que lhe antecederam, o que está ligado à idéia de igualdade; d) a admissão de cada ser humano, como sujeito no discurso e na ação no meio de seus pares e e) a capacidade de cada um de perdoar e de estabelecer promessas, gerando um compromisso político que considera o passado, se estabelece com relação ao presente e se impõe em direção ao futuro.

Partindo dessa compreensão é possível estabelecer dimensões da dignidade da pessoa humana e examinar a tutela jurídica dada a estas dimensões de dignidade no âmbito da Constituição da República Federal do Brasil, que se realizará no capítulo infra.

CAPÍTULO 2

A NOÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Neste segundo capítulo, analisar-se-á a tutela jurídica dada à dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro.

Para isto, é necessária uma compreensão sobre o conceito de Constituição, sua função e sua estrutura (qual seja, regras, princípios e valores), e aspectos sobre teoria da interpretação.

Também se impõe que sejam localizados alguns aspectos da dignidade da pessoa humana, a partir da matriz identificada no primeiro capítulo, nos dispositivos do texto constitucional brasileiro.

Com isso se visa estabelecer a dimensão jurídica da dignidade da pessoa humana para posterior análise de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, este capítulo se compõe de três itens.

No primeiro, apresenta-se os conceitos de Constituição delineados durante a história do constitucionalismo para, em seguida, apresentar o que é a interpretação constitucional.

A seguir se disserta sobre a composição e competência do Supremo Tribunal Federal.

O último item versa sobre o alcance da tutela da dignidade da pessoa humana no nosso texto constitucional, visando, com isso, estabelecer a dimensão jurídica do conceito de dignidade de pessoa humana para a posterior análise de sua concretização pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1 A CONSTITUIÇÃO

A compreensão da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana requer, como etapa prévia, a análise do próprio conceito de Constituição como fruto de um movimento histórico denominado Constitucionalismo⁸⁸.

A partir desse conceito, que nasceu para cumprir um tipo de função, será analisada a estrutura da Constituição, especialmente a partir do momento atual, que concebe a norma como gênero do qual fazem parte duas espécies: as regras e os princípios.

Delineados os contornos do objeto “Constituição”, será investigada a forma pela qual ela exerce influência no mundo dos fatos, seja pela sua interpretação, seja como critério de controle de conduta.

2.1.1 O conceito de Constituição e sua formação histórica

O Constitucionalismo surgiu no séc. XVIII, inicialmente contra o absolutismo⁸⁹ e pregava a possibilidade do Direito limitar o poder estatal.

Neste contexto, a liberdade individual em contraponto ao poder do Estado⁹⁰ foi o fundamento do constitucionalismo em sua fase inicial .

⁸⁸ Vale lembrar, como faz Canotilho, que “Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais [...]. **Constitucionalismo** é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] [o] constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. É, no fundo, uma teoria normativa da política[...]” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 51).

⁸⁹ Canotilho identifica em Locke, Rousseau, Montesquieu e Tocqueville como precursores da “filosofia do constitucionalismo”, por apresentarem um conjunto de conhecimentos articulados sobre as formas jurídicas do político. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1287).

⁹⁰ Para Pierangelo Schiera, o Estado Moderno é uma forma de ordenamento político histórico específico, surgido na Europa a partir do século XII até os fins do século XVIII e início do século XIX, que se caracteriza pela centralização do poder (o que Weber classifica como monopólio da violência legítima), pela afirmação do princípio da territorialidade da obrigação política, e pela

Daí porque os traços marcantes do constitucionalismo na época foram a organização do Estado e a limitação do poder deste.

Com o surgimento do capitalismo, a ascensão da burguesia e a formação do Estado liberal⁹¹ primitivo, as Constituições exerceram o papel restrito de disciplinar apenas o poder estatal, prevendo somente direitos de liberdade⁹².

O Estado liberal contribuiu para o surgimento de uma teoria formal sobre a Constituição, que restou esvaziada de conteúdo axiológico, limitando-se a ser uma “norma a partir da qual podem ser produzidas outras normas”, cujo ponto culminante foi a teoria de Hans Kelsen.⁹³

A distância entre Sociedade e Estado Liberal aliada à passagem de um capitalismo incipiente para um capitalismo selvagem fez surgir a chamada “questão social”, tornada explícita pelo manifesto comunista e pela encíclica “Rerum Novarum”.

Da crise do Estado Liberal emerge o Estado Social e, como consequência, as Constituições paradigmáticas de 1917 do México e a 1919 de Weimar⁹⁴.

Elas previam, além dos direitos individuais, os chamados direitos sociais, exigindo um Estado Intervencionista que assumia a regulamentação das relações de trabalho.

progressiva impessoalidade do comando político. BOBBIO, Norberto et alli. **Dicionário de política**, p. 425-426

⁹¹ Conforme Pierangelo Schiera, o conceito de Estado liberal coincide com o de ordenamento jurídico que respeita o indivíduo e seus direitos naturais e também a Sociedade e suas leis naturais, sobretudo no campo da economia. A ele se contrapõe o posterior Estado Social, que significou a retomada da função de gestão direta da ordem social, sobretudo na ordem econômica, cujo andamento natural foi posto em dúvida. BOBBIO, Norberto et alli. **Dicionário de política**, p. 429-431.

⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 64-65/76-78/200-204.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 64-65/76-78/200-204.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 204-210.

Destes movimentos, surge a necessidade de se compreender a Constituição como uma realização de valores, a saber, liberdade, igualdade e fraternidade.

Impõe, assim, tarefas ao Estado.

Nesta concepção, o Poder não é só político, mas também social e cultural, e todo ele passa a ser regulado pela Constituição.

Sob este enfoque, é possível afirmar-se a existência de diversos conceitos de Constituição.

Um conceito ideal, neste contexto, é um documento escrito e prevê um sistema de garantias e uma divisão de poderes⁹⁵.

Porém o conceito de Constituição também está ligado a diversos enfoques, a saber o sociológico, o político e o jurídico.

O conceito sociológico vem de Lassale, para quem a Constituição era o acordo entre os grupos no poder, o rei/exército, a aristocracia (industriais e banqueiros), alto clero, líderes políticos, burguesia.

Em Lassale os fatores reais de poder estabelecem a Constituição real. Por este motivo, o autor defendia que os operários deveriam estabelecer sua luta pela organização e pelo direito ao voto, formando uma cultura nacional e uma consciência popular⁹⁶.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 157.

⁹⁶ Após indagar o quê é a Constituição, LASSALE afirma que os conceitos fundados na idéia de que ela seria um pacto ou uma lei fundamental não explicam a sua essência, mas apenas o quê ela faz (LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**, p. 4-5). Segundo ele “Qual a diferença entre uma Constituição e uma simples lei ? [...] é uma lei fundamental da nação. [...] A idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo. [...] Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada Sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. [...] todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença, nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muita importância -, não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel. [...] Quando podemos dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura ? A resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: quando esta Constituição escrita

Em síntese, como lembra José Afonso da Silva, para Lassale, “Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país e esses fatores reais do poder constituem a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da Sociedade em questão”⁹⁷

De outra parte, o conceito político tem sua expressão máxima em Schmitt, para quem, nos termos de José Afonso da Silva, a Constituição é “decisão política fundamental”⁹⁸.

Este conceito é, contudo, subdividido em quatro sentidos, quais sejam:

- sentido absoluto, pelo qual Estado e Constituição formam um todo unitário, uma unidade política caracterizadora de uma dominação social⁹⁹;

- sentido relativo, “a Constituição aparece como uma pluralidade de leis particulares; o conceito de Constituição fixa-se, aqui, segundo características externas e acessórias, formais, correspondendo ao conceito de lei constitucional concreta”¹⁰⁰;

- sentido ideal, pelo qual “a Constituição identifica-se com certo conteúdo político e social, tido como ideal; [...] só existirá Constituição

corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores de poder que regem o país. [...] Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar“(LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**, p. 8-11/27/33/40)

⁹⁷ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 23.

⁹⁸ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 26.

⁹⁹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 27.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 27.

quando um documento escrito corresponder a certo ideal de organização política”¹⁰¹; e, por fim,

- sentido positivo, pelo qual

a Constituição é considerada como decisão política fundamental, decisão concreta do conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política [...] só entram no conceito de Constituição aqueles dispositivos constitucionais de grande relevância política¹⁰².

Hesse, ao se opor ao conceito sociológico de Lassale, estabelece a visão jurídica sobre o que seja a Constituição.

Para Hesse,

caso se adotasse a idéia de que o decisivo é a Constituição real – independente da dimensão jurídica, pois - ocorreria a descaracterização da própria Ciência Jurídica como ciência normativa, que se tornaria simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política¹⁰³.

A chave para resolução desse dilema é compreender o “condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social”¹⁰⁴.

Isso significa que, se de um lado a Constituição depende das condições históricas de sua eficácia, de outro, tem uma pretensão de eficácia que é determinada e determinante da realidade social¹⁰⁵.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 27.

¹⁰² SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais** p. 28.

¹⁰³ HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**, p. 11.

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**, p. 13.

¹⁰⁵ “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização [...]. [A] pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização [...] [Ela é] determinada pela realidade social e, ao

Daí porque “somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se”¹⁰⁶.

Não é um problema de fácil solução.

Ao revés, como bem destaca Bonavides, “todo problema constitucional ainda hoje procede, contudo, da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a jurídica e a política”¹⁰⁷.

Para Canotilho, por exemplo, não há um acordo teórico dominante e duradouro¹⁰⁸, pois existem divergências profundas quanto ao diagnóstico dos problemas contemporâneos que demandam um desenvolvimento constitucional para lidar com a complexidade dinâmica, adaptabilidade e outros temas¹⁰⁹.

O conceito jurídico, por sua vez, tem duas acepções: uma formal e outra material.

Embora ambas partam da idéia de que a Constituição é uma norma suprema elaborada por um poder constituinte originário, elas diferem quanto ao que é considerado constitucional.

mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas [...] [portanto] ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra” (HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**, p. 14-15).

¹⁰⁶ HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**, p. 16.

¹⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 77.

¹⁰⁸ É o que ele chama de “situação clássica”, ou seja, “aquela em que se verifica um acordo duradouro em termos de categorias teóricas, aparelhos conceituais e métodos de conhecimento” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p.1285)

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1285.

Para a concepção formal, a norma constitucional é aquela cujo procedimento de alteração é realizado de “forma difícil”, o que a distingue de uma norma ordinária em sentido formal¹¹⁰.

De outra banda, o conceito jurídico material define a Constituição como o conjunto de normas

pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. [...] enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política¹¹¹.

O conceito jurídico formal define, ainda, a Constituição como a norma suprema que, elaborada por um poder constituinte originário, regula a atuação estatal, podendo, ou não, conter um sistema de garantia individual, relativo às liberdades individuais. Neste prisma, a Constituição pode ter qualquer conteúdo e serve a qualquer Estado.

Para Canotilho, porém, a moderna teoria material da Constituição pretende conciliar a idéia de Constituição com dois fundamentos do Estado Democrático, a saber:

- a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do Estado e da Sociedade;

- abertura constitucional, pois a Constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadoras de projetos alternativos para a concretização dos fins constitucionais¹¹².

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 64.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 63.

¹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1290.

A Constituição tem, portanto, uma força normativa vinculante, que exerce influência na Sociedade¹¹³.

Para que isso aconteça, ela tem de atender a certos pressupostos, ou seja, ela deve guardar certa correspondência com os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes e também com o conjunto de valores - estado espiritual (Geistige Situation) - de seu tempo, abrigando, porém, elementos que incorporem parte da estrutura contrária¹¹⁴.

Além disso, para Hesse, de “todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”¹¹⁵.

Nesse contexto, a interpretação constitucional assume papel fundamental, porque uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com supressão do próprio direito¹¹⁶.

2.1.2 A interpretação da Constituição

Há diversos conceitos para a atividade de interpretar.

Em sentido amplíssimo, constitui o ato de

¹¹³ “A força vinculante e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes [...] [, mas] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa” (HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**, p. 18-19).

¹¹⁴ HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**, p. 20-21.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**, p. 21.

¹¹⁶ HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**, p. 23.

[...] atribuir um sentido, um valor a um objeto enquanto fenômeno cultural resultado de uma atividade humana [...] [Em sentido amplo] é compreender um signo lingüístico, ou seja, atribuir um significado a um determinado signo de linguagem de acordo com as regras de sentido dessa mesma linguagem [...] compreender, entender os atos de comunicação. [...] [Em sentido estrito], determinação do significado de uma expressão quando existam dúvidas em um caso concreto de comunicação” e “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”¹¹⁷.

Muito embora se compreenda que a interpretação está inserida num plano hermenêutico impregnado pela filosofia da linguagem¹¹⁸, não se pode fugir de uma compreensão que parta do texto constitucional, sob pena de se aderir a um relativismo impróprio ao Estado de Direito.

Em outras palavras, interpretar é a compreensão que produz o sentido feito por um intérprete inserido num mundo lingüisticamente constituído e que não há uma essência do qual decorra um sentido escondido no texto da norma que possa ser “descoberto”; porém, condiciona-se esta interpretação a uma razão emancipatória do direito fundada nas premissas de que a Constituição é um espaço garantidor de relações democráticas entre Estado e Sociedade e que ela é o “topos” hermenêutico que conforma toda interpretação, como materialização jurídica do contrato social que coloca instrumentos para concretização dos objetivos traçados pela Sociedade¹¹⁹.

Para Konrad Hesse, a tarefa da interpretação constitucional

é encontrar o resultado constitucionalmente exato em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar a certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.¹²⁰

¹¹⁷ SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**, p. 22.

¹¹⁸ Para o tema, conferir STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**.

¹¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, p. 229-231/246-247.

¹²⁰ HESSE, Konrad.. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 55.

Nos casos que se apresentam, por exemplo, incumbe ao operador jurídico brasileiro que lida com as questões judiciais cotidianas onde a dignidade da pessoa humana se apresenta ao debate, assumir o verdadeiro papel de Hércules ou seja, deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente às disposições legais e legislativas¹²¹.

Essa interpretação, contudo, não é exclusiva dos órgãos jurisdicionais, como o STF, mas sim de toda a Sociedade. Os tribunais tem, somente, a atribuição de proferir a última palavra num determinado contexto¹²².

Os métodos clássicos de interpretação¹²³ são os gramatical, sistemático, histórico e teleológico. Estes métodos não são absolutos e, portanto, usados conjuntamente, podem convergir ou divergir entre si.

A interpretação gramatical reconhece a necessidade de busca do sentido dos vocábulos do texto positivado para que se determine a norma a partir da análise de seus sentidos de seus vocábulos. No caso específico da Constituição, que possui enunciados abertos como conseqüência do processo dialético de sua construção, deve-se atentar a dois postulados: de que a Constituição deve ser interpretada como um todo e de que ela não possui palavras contraditórias, inúteis ou supérfluas¹²⁴.

A interpretação histórica busca o sentido da norma no processo de sua criação. Seu uso tem sido minimizado pela doutrina e

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**, p.182.

¹²² “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição “[...] cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] são intérpretes constitucionais em sentido lato [...]. Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**, p. 13-14).

¹²³ Em outras palavras, os métodos que a doutrina tradicional identifica como espécies de processos de interpretação das normas. Eles serão apresentados apenas a título ilustrativo, pois, consoante doutrina mais atualizada (confira-se a seguir), a interpretação constitucional opera-se por princípios especificamente constitucionais, vale dizer, por métodos orientados a partir das características inerentes a uma teoria material da Constituição que se utilize da idéia de normas como regras ou princípios (confira-se retro).

jurisprudência, citando-se o caso extremado de decisão da corte suprema norte-americana que considerou, como argumento, o fato de não existir telefones na época da edição do texto fundamental ¹²⁵.

A interpretação sistemática parte da premissa de que o direito não é um todo aleatório, mas sim com conjunto lógico e estruturado, vale dizer, do princípio da unidade do ordenamento, ou seja, busca-se a conexão da norma com o ordenamento ¹²⁶.

A interpretação teleológica busca o fim da norma a partir da distinção entre ratio legis (fundamento racional) e occasio legis (circunstância histórica) ¹²⁷.

Apesar destes métodos tradicionalmente identificados, como bem lembra Streck, não há sentido em pensar na interpretação jurídica como um resultado da aplicação de métodos, pois isso insere o Direito no paradigma metafísico-objetificante, já que o que existe é a nossa relação com o mundo. Para ele, não há métodos gramatical, lógico etc., mas sim elementos que concorrem para o ato interpretativo ¹²⁸.

Este ato de interpretação constitucional está sujeito a certos pressupostos. Ela deve observar características próprias da norma constitucional ¹²⁹. A primeira, a idéia de supremacia da Constituição. Pela segunda, a natureza de sua linguagem, que abraça uma “liberdade de conformação” pelo uso de cláusulas gerais. Além dessas, a especificidade técnica, pois a Constituição, além de possuir normas de comando, tem, também, normas de organização e competência e normas programáticas, que refletem fins e valores a serem alcançados. Por fim, a natureza política da Constituição, que materializa uma tentativa de conversão de poder político pré-jurídico em poder

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 126-131.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 131-134.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 134-136.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 137-139.

¹²⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, p. 308-310/318-319.

¹²⁹ Estas características são decorrentes do próprio conceito de Constituição, apresentado infra.

jurídico, fato que implica o reconhecimento da dimensão política da interpretação constitucional que, não obstante, é jurídica e deve buscar uma racionalidade possível¹³⁰.

Como bem lembra Barroso, “o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”¹³¹.

A violação do princípio da supremacia da Constituição que, por sua vez, fruto da percepção da hierarquia do poder constituinte sobre os constituídos, permite o “judicial review”, ou seja, o controle de constitucionalidade, que encontra seu fundamento histórico na célebre decisão do Juiz Marshall, ao decidir o caso Marbury vs. Madison, em 1803¹³².

A idéia de presunção de validade da lei decorre do desdobramento do Poder Estatal em três esferas; assim, “embora se haja reservado ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis, os Poderes se situam em plano de recíproca igualdade e os atos de cada um deles nascem com presunção de validade”¹³³.

Pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis surgem duas conseqüências práticas:

a) na dúvida, a norma deve ser declarada constitucional (a inconstitucionalidade não se presume);

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 107-112.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 147. Aliás, STRECK confirma que “*Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica [...] [e] todos os dispositivos constitucionais são vinculativos e têm eficácia*” (**Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, p. 247-248).

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 159-167.

¹³³ Neste caso foi estabelecido o princípio da supremacia da Constituição em face das normas infraconstitucionais. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p.167.

b) se houver mais de uma interpretação da norma, deve ser acolhida a que seja constitucional¹³⁴. Enquanto a primeira tem sua matriz no constitucionalismo norte-americano, a segunda consequência é uma construção da jurisprudência constitucional alemã, que criou a interpretação conforme a Constituição, mecanismo que não é apenas hermenêutico, mas também, e principalmente, de controle de constitucionalidade, ainda que parcial sem redução de texto¹³⁵. Este princípio só pode ser utilizado quando há um espaço de decisão, mas deve-se utilizá-lo com parcimônia, para evitar a extensão indevida do escopo da norma, o que implicaria papel de “legislador positivo”¹³⁶.

No Brasil, segundo Barroso, a prática jurisprudencial brasileira consolidou-se no sentido de que

[...] a dúvida milita em favor da lei, que a violação da Constituição há de ser manifesta e que a inconstitucionalidade nunca se presume. É igualmente vetusta a convicção de que, entre exegeses possíveis, prefere-se a que não infirme o ato de autoridade¹³⁷.

Há, ainda, o princípio da unidade da Constituição, pelo qual a Constituição, sendo conformadora de todo o ordenamento estatal, também é una, ligando os diversos elementos do sistema jurídico. Porém, por retratar um pacto político realizado entre diversas forças, a Constituição tem, em si, tensões normativas, cuja solução exige uma ponderação dos princípios. Essa unidade implica, também, na ausência de hierarquia entre os dispositivos constitucionais, se admita que as cláusulas pétreas e os princípios fundamentais (Democracia, República e Federação) possuam uma ascendência axiológica, mas não normativa¹³⁸.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 167-180.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 180-184.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 184-187.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 176.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 188-194.

O princípio da razoabilidade decorre da interpretação da cláusula “due process of law”. Este comando passou de uma natureza processual, garantindo a regularidade procedimental, para uma natureza material, visando controlar a adequação dos motivos do legislador aos fins e legitimidade. Este controle é feito pela verificação da racionalidade e proporcionalidade dos motivos (fato) e meios (usados) aos fins visados, tanto interna (em relação à própria medida), quanto externa (adequação à Constituição)¹³⁹. As linhas alemã e norte-americana diferem quanto ao fundamento do princípio da razoabilidade, a alemã entende que ele é um princípio constitucional implícito e não escrito, a norte-americana defende que ele decorre do sentido substancial da cláusula do devido processo legal¹⁴⁰.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, é de origem alemã, e consiste na análise de três pontos: a) adequação (se o meio alcança os fins); b) necessidade ou exigibilidade (inexistência de outro meio); e c) proporcionalidade em sentido estrito (relação custo vs. benefício)¹⁴¹.

Segundo Barroso, o princípio da efetividade deve ser analisado a partir da distinção dos planos do mundo jurídico: existência (presença dos elementos constitutivos), validade (preenchimento de atributos legalmente exigidos) e eficácia (aptidão para produzir efeitos jurídicos). A efetividade é a concretização, no mundo físico, do comando normativo, ou seja, se os efeitos jurídicos ocorrem ou não¹⁴². As normas constitucionais, por sua vez, conforme a classificação de José Afonso da Silva podem ser de eficácia plena¹⁴³, eficácia contida¹⁴⁴ e eficácia limitada¹⁴⁵. No entanto, mudando o foco da eficácia jurídica para a efetividade, Loewenstein faz uma classificação ontológica, qual seja, prevê dois extremos entre Constituição normativa (vivamente integrada na Sociedade) e

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 209-217.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 228.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 218-219.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 235-236.

¹⁴³ Incide imediatamente, não precisando de norma infraconstitucional.

¹⁴⁴ Incidem incidir imediatamente, mas a norma infraconstitucional pode limitá-la.

¹⁴⁵ Dependem de norma infraconstitucional para incidirem.

semântica (serve apenas ao detentor do poder), que são intermediados pela Constituição nominal (o processo político não se ajusta por completo à Constituição, embora esta seja prospectiva e a discrepância quanto aos seus pressupostos econômicos e sociais tende a ser vencida com o tempo)¹⁴⁶.

Pelos fins da Constituição, ela possui normas de organização (do Estado), normas definidoras de direitos (geram direitos subjetivos, isto é, direitos que além de implicarem um dever jurídico a outrem, são protegidos pelo direito de ação genérico) e normas programáticas (definem fins e objetivos a serem alcançados, mas não geram direitos subjetivos); estas últimas possuem, para sua defesa, mecanismos do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão¹⁴⁷.

Diante disso tudo, especialmente considerando o papel dos intérpretes da Constituição¹⁴⁸ e da sua função política diretiva e prospectiva, surge a importância da interpretação evolutiva como processo de atualização normativa do texto constitucional, refletindo as modificações históricas ou de fatores políticos e sociais¹⁴⁹. Este processo teria limites no próprio sentido dos vocábulos e nos princípios fundamentais do sistema¹⁵⁰, mas permite a manutenção da força normativa da Constituição e da sua pretensão de eficácia.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 239-241.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 242-245.

¹⁴⁸ BARROSO, citando HABÈRLE, aponta que a interpretação constitucional é um processo aberto, já que diversas pessoas, no cotidiano, interpretam-na, e, a partir daí, demarcam seus direitos, resolvendo, informalmente, conflitos interpessoais (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 115-120). Com efeito, HÄBERLE diz “O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la. [...] Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete desta norma” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**, p. 13/15).

¹⁴⁹ “A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 144).

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 146.

2.1.3 O Papel do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário nacional.

O STF é composto de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos brasileiros natos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada sua escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, nos termos do artigo 101, *caput* e parágrafo único da Constituição.

O cargo de Ministro do STF é vitalício, com aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade

Segundo o artigo 102, *caput* da Constituição Federal, a principal competência do Supremo Tribunal Federal é a guarda da Constituição.

Ao Supremo Tribunal Federal, pois, cabe estabelecer a interpretação válida do texto constitucional, o que se dá pelas vias do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Além da guarda da Constituição por meio das vias do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal também possui competência conforme a dicção do artigo 102, I da CF: a) penal originária com relação às pessoas elencadas no artigo 102, I, alíneas b e c; b) para processar e julgar originariamente o habeas corpus em que figure como paciente as pessoas indicadas anteriormente, bem como mandado de segurança e habeas data em face de atos das pessoas indicadas no artigo 102, I, alínea d; c) para dirimir o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, Estado, o Distrito Federal ou Território; d) para dirimir as causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal e uns e outros, inclusive quanto à administração indireta; e) para deferir a extradição solicitada por Estado estrangeiro; f) para processar e julgar originariamente o habeas corpus quando o coator for Tribunal Superior ou o coator ou paciente for autoridade ou funcionários com atos sujeitos ao STF ou se trata de crime sujeito à jurisdição do STF; g) a

revisão criminal de seus julgados, bem como a execução de suas sentenças; h) a reclamação para preservação de suas competências e garantia da autoridade de suas decisões; i) dirimir as ações de interesse da magistratura; j) processar e julgar os conflitos de competência entre os Tribunais Superiores; k) processar e julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for de competência das pessoas nominadas no artigo 102, I, alínea q; l) processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Consoante o artigo 102, alínea II, o STF tem competência para julgar em recurso ordinário o habeas corpus, o habeas data o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais superiores se denegatória a decisão, bem como o crime político.

Isto posto, considerando que já analisados os conceitos de Constituição, interpretação constitucional, controle de constitucionalidade e a competência do STF, passo a analisar a inserção do postulado da dignidade da pessoa humana na Constituição Brasileira.

2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO: REGRA, PRINCÍPIO E VALOR.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (artigo 1º. III) ¹⁵¹.

Como bem salienta Oscar Villhena Vieira, a expressão não volta mais a aparecer no texto constitucional, o que, nos dizeres do autor, talvez tenha sido

¹⁵¹ Com a seguinte redação: Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- A soberania; II -A cidadania; III- A dignidade da pessoa humana; IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V-O pluralismo político Parágrafo

uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdades, condições materiais e de bem estar, etc.¹⁵².

Porém, tanto Oscar Vilhena Vieira como Ingo Wolfgang Sarlet reconhecem que a dignidade da pessoa humana está vinculada à realização dos direitos fundamentais¹⁵³.

Sem embargo da força vinculante como regra de direito, a dignidade da pessoa humana também desfruta da qualidade de princípio e valor¹⁵⁴. Ou seja, ela é padrão deontológico e axiológico de moralidade dentro da comunidade, servindo como fundamento para o desenvolvimento do direito dentro de um padrão moral de justiça, equidade e devido processo legal.

Neste contexto é relevante a lição de José Afonso da Silva quando afirma que a dignidade da pessoa humana foi consagrada como o valor supremo que atrai todos direitos fundamentais, obrigando 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

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

¹⁵²VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**, p. 63.

¹⁵³Conforme o autor, “direitos fundamentais é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**, p. 63).

¹⁵⁴Para Robert Alexy, tanto as regras quanto os princípios são normas, pois podem ser formulados com o auxílio das expressões deonticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. A diferença entre regras e princípios é que os princípios são mandatos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, o que depende das condições reais e jurídicas para sua aplicação, enquanto as regras só podem ser cumpridas ou não (ou seja, são válidas ou não). Em outras palavras, o conflito de regras é antinômico enquanto os princípios são suscetíveis de ponderação e harmonização, sem perder a validade. Os valores, por seu turno, se consubstanciam em noções sobre o que é o bom. Possuem dimensão axiológica, embora também sujeitos à ponderação em sede de direitos fundamentais. (ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 85-86 e 147).

peçoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade individual', ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana¹⁵⁵

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, dentre as funções exercidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana “destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional”¹⁵⁶.

Para ele, o princípio da dignidade da pessoa humana implica os direitos fundamentais de todas as gerações e limite e meta para a atuação estatal¹⁵⁷.

Em outras palavras, norteando objetivamente as instituições públicas e privadas dentro da Sociedade brasileira e, com isso, auxiliando no estabelecimento de um conteúdo fundamental digno na ordem coletiva.

2.3 DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Partindo do nosso conceito operacional, é possível se estabelecer a dimensão da tutela jurídica da dignidade da pessoa humana na

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 105

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 81.

¹⁵⁷ Ele afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana reflete três diretrizes: “a) a dignidade da pessoa humana exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as gerações; b) a dignidade da pessoa humana se constitui um critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional, que possa servir para o reconhecimento de existência de direitos fundamentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da Lei Fundamental; c) a dignidade da pessoa humana se impõe como limite à atuação estatal (no sentido de impedir que o estado viole a dignidade da pessoa humana) mas também como tarefa que o Estado, a comunidade e os particulares devem erigir como meta permanente para concretização, o que advém da consciência de que “há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão sócio econômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 89-113).

Constituição brasileira que compreende: a) o direito à intangibilidade ligada ao nascimento, à trajetória e à morte de cada ser humano¹⁵⁸ nas suas dimensões biológica e cultural; b) o reconhecimento de que cada ser humano é um ser singular e, nesta qualidade, é livre e igual perante os demais seres humanos; c) o reconhecimento da fragilidade humana e o direito à proteção da integridade física e psíquica de cada ser humano; d) direito à esfera da vida ativa referente à vida biológica satisfatória, e à fruição dos artificialismos do mundo, ou seja, à criação dos objetos e riquezas e ao gozo dos bens colocados no mundo pelas suas próprias mãos e pela dos que lhe antecederam, em face da igualdade material; e) o direito à admissão como sujeito no discurso e na ação no meio de seus pares.

É importante ressaltar que esta reflexão sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana não significa que a idéia de dignidade da pessoa humana se exaure nos dispositivos constitucionais indicados, ou se limite a eles.

Como vimos retro, a dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, regra, princípio e valor e, numa compreensão pós-positiva do direito, em face de suas características, se apresenta como uma noção em aberto, que serve à interpretação, ou seja, ao reconhecimento de novos direitos.

Inclusive, como veremos infra, as dimensões da dignidade da pessoa humana examinadas no âmbito constitucional servirão para delinear um perfil valorativo do que seja dignidade da pessoa humana, direcionado à atuação do Estado e dos particulares, do que propriamente fornecer respostas rápidas e fáceis às questões envolvendo a dignidade da pessoa humana que, eventualmente, podem surgir no panorama jurídico.

¹⁵⁸ Neste passo, e como já ressaltava Ronald Dworkin, cumpre ressaltar que existe efetivamente um consenso social mínimo no sentido de que o direito ao nascimento, à vida e à morte são essenciais à dignidade da pessoa humana. As divergências no seio da Sociedade se iniciam quando se discute o alcance e as concepções de cada um sobre o que seja efetivamente o direito à natalidade, à vida e à morte, quando então se põe um debate que tem contornos tanto religiosos quanto seculares. (Cf. DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**). A bioética é o campo onde o debate secular sobre o nascimento, a vida e a morte se faz mais presente na Sociedade laica. Considerando, porém o objetivo da presente dissertação, nosso estudo realizará apenas um exame infra dos contornos destes direitos na forma em que delineados no direito brasileiro no seu estágio atual e a sua implementação jurisidicional realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Aliás, o perfil delineado pela Constituição da dignidade da pessoa humana, ao contrário, foge das respostas rápidas e fáceis: a questão da dignidade é complexa demais para comportar uma resposta simples e envolve, sem sombra de dúvida, opções políticas fundamentais referentes à realidade presente do país e ao seu programa para as futuras gerações.

Por outro lado, embora se estude em separado as dimensões da dignidade da pessoa humana nos próximos itens, é de bom alvitre sublinhar que estas dimensões são, necessariamente, correlatas e que se interpenetram.

Por exemplo, quando se estuda a dignidade da pessoa humana em face da condição do nascimento, e posteriormente, a dignidade da pessoa humana enquanto igualdade muitas vezes aspectos jurídicos de um e de outro serão comuns, como, por exemplo, o direito à assistência e ao amparo social em face da condição humana de cada ser.

Realizadas estas ressalvas, examinaremos, a seguir, alguns contornos sobre o alcance desta tutela no âmbito da Constituição de 1988.

2.3.1 A dignidade da pessoa humana e a natalidade, a trajetória de vida e a mortalidade

O nascimento enquanto admissão individualizante comporá o conceito de pessoa na legislação infraconstitucional conforme o artigo 2º do Código Civil que dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Ou seja: a proteção jurídica ao nascimento no Brasil inclui o nascimento com vida e os direitos do nascituro, contados a partir da concepção¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Conforme Reinaldo Pereira e Silva, a teoria concepcionista - ou seja, que considera os nascituros como pessoa desde a concepção - remonta à Consolidação das Leis Cíveis de 1858, da lavra do jurista Augusto Teixeira de Freitas. O Código Civil de Clóvis Beviláqua dispunha que a personalidade civil começava com o nascimento com vida, porém punha a salvo os direitos do

Daí porque, como assinala Heloísa Helena Barboza¹⁶⁰, o direito ao nascimento, ou seja, a este ingresso na pluralidade social, possui dentro outros fatos correlatos por ela narrados, a saber: a) questões envolvendo a vida pré-pessoal como aquelas ligadas à reprodução humana assistida¹⁶¹ (fertilização in vitro¹⁶² e complexidade referente à investigação e determinação dos laços familiares); b) ainda questões envolvendo a vida pré-pessoal, como o aborto¹⁶³, o descarte de embriões¹⁶⁴ e a personalização (ou não) do embrião humano; c) a clonagem humana¹⁶⁵; d) o direito ao meio ambiente não manipulado

nascituro desde a concepção. A mesma tradição foi mantida pelo Código Civil de 2002. (cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 236 e seguintes

¹⁶⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. **Bioética versus Biodireito**, p. 10.

¹⁶¹ A expressão reprodução assistida é utilizada pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 1358/92) e compreende, conforme salienta Reinaldo Pereira e Silva, “um conjunto de procedimentos em reprodução humana na qual o aparato biométrico interfere de alguma forma, ora manuseando gametas, ora manipulando pré-embriões” (SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Bio direito**, p. 53.

¹⁶² Conforme o site da Rede Latino Americana de Reprodução assistida, a fertilização in vitro se constitui numa técnica de reprodução assistida, na qual são obtidos e preparados óvulos e espermatozoides e reunidos em uma cultura, em laboratório, onde se espera que os espermatozoides fecundem os óvulos. Os óvulos fecundados continuam na cultura durante dois ou três dias até atingirem o estágio de embrião. Após, transfere-se alguns embriões fecundados para o corpo da mulher para que ocorra a sua implantação no útero. Consultado no site www.redlara.com em dezembro de 2006.

¹⁶³ Conforme Maria Helena Diniz, “o termo aborto, originário do latim abortus, advindo de aboriri (morrer, perecer) vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha ou não expulsão do feto destruído. A autora também ressalta que os obstetras costumam distinguir entre o aborto – que seria a interrupção nos seis primeiros meses de gravidez em face da inviabilidade do feto – e o parto prematuro – que seria após o sexto mês de gravidez, com a possibilidade do feto permanecer vivo, porém assinala que, para fins jurídicos, a distinção é irrelevante, pois bastará a aniquilação do feto em qualquer momento antes do término da gestação para que se considere o aborto, sem que se leve em conta a questão da viabilidade ou não do feto. (DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 31).

¹⁶⁴ Para Reinaldo Pereira e Silva, a utilização da fertilização in vitro pode causar as seguintes questões correlatas com relação aos embriões: a) o descarte de embriões pré-implantatários em razão do desinteresse dos genitores; b) o descarte de embriões pré-implantatários ao argumento de probabilidade de doenças genéticas; c) a eliminação de embriões pós-implantatários quando exames pré-natais sinalizam a ocorrência de anomalias congênitas; d) a morte de embriões decorrente da transferência plúrima e e) a redução embrionária realizada para impedir as gestações múltiplas. (SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Bio direito**, p. 256).

¹⁶⁵ Consoante Luis Rey, a clonagem consiste na “produção de descendentes, assexuadamente a partir de uma única célula e organismo, de forma a obterem-se populações cujos membros tenham todos as mesmas características genéticas.” (REY, Luis. **Dicionários de Termos Técnicos de Medicina e Saúde**, p. 179).

geneticamente; f) o estabelecimento da identidade do indivíduo passando pela indisponibilidade do genoma e a possibilidade de mudança de sexo¹⁶⁶.

Tais temas são estudados no campo da bioética¹⁶⁷ e do biodireito¹⁶⁸ e o seu esmiuçamento não se compreende nos objetivos desta dissertação.

Não obstante, a tutela constitucional do nascimento é específica com relação aos seguintes temas jurídicos: o direito à diversidade e a integridade do patrimônio genético (artigo 225, II da Constituição); o direito à vida (artigo 5º, caput da Constituição Federal); a proteção à maternidade e à infância (artigo 6º da Constituição Federal); a proteção à família (artigo 226 e 227 da Constituição Federal) e o direito da criança e do adolescente, com absoluta prioridade, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

¹⁶⁶ Para Raul Choeri, “o tema transexualismo e identidade pessoal está intimamente ligado ao estudo sobre os direitos da personalidade, porquanto através dele se pode refletir sobre a disponibilidade do corpo humano para efeitos de cirurgia de redesignação sexual e sobre a disponibilidade do nome e do gênero sexual, como elementos principais da identificação pessoal, para efeitos de alteração de registros civis.” Ressalta o autor que, no Brasil, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1492/97 regulamentou as condições para intervenções cirúrgicas de mudança de sexo. (CHOERI, Raul. **Transexualismo e identidade pessoal**, p. 225 e seguintes).

¹⁶⁷ Consoante Maria Helena Diniz, o termo bioética foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter da Universidade de Wisconsin, em Madison, na obra *Bioethics: bridge to the Future* em 1971, num sentido ecológico, significando “a ciência da sobrevivência”. Atualmente, conforme e autora, é compreendida como “um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política, etc. para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia, etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações.” (DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 10-12). São princípios básicos da bioética: o princípio da autonomia (o profissional da saúde deve respeitar a vontade do paciente ou de seu representante); o princípio da beneficência e da não maleficência (deve ser observado os mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas para atingir seu bem estar, evitando, na medida do possível, danos); e o princípio da justiça (que requer imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde) (DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 16).

¹⁶⁸ O biodireito se dedica ao estudo das questões envolvendo a bioética.

familiar e comunitária, além da proteção contra a negligência, a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227 da Constituição Federal).

Quanto à vida pré-pessoal, como antes salientado, a Constituição Federal protege especificamente através do artigo 225, II, a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético brasileiro.

Sob este aspecto a Constituição consubstancia um valor futuro em prol do nascimento enquanto ingresso individualizante de um ser humano moralmente insubstituível, e, portanto, insuscetível de ter seu patrimônio genético manipulado¹⁶⁹.

Esta disposição se transforma num vetor valorativo específico.

O direito à vida - como salienta José Afonso da Silva - compreende tanto os fenômenos físicos referentes ao processo vital quanto a sua dimensão psicológica¹⁷⁰.

O direito à vida, nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade engloba “o direito de todo ser humano de não ser privado de sua vida (direito à vida) e o direito de todo ser humano de dispor dos meios apropriados de

¹⁶⁹ O assunto está regulado no Brasil pela Lei n.º 11.105 de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). A referida lei permite a utilização de técnicas que permitem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que obtida por processo natural, como a fertilização in vitro (artigo 3.º, parágrafo primeiro e 4.º da Lei de Biossegurança). Proíbe a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano e a clonagem humana (artigo 6.º, III e IV da Lei de Biossegurança). Porém permite no seu artigo 5.º, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos em fertilização in vitro para fins de pesquisa e tratamento, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, desde que com consentimento dos genitores. Este dispositivo legal tem sua constitucionalidade questionada junto ao STF. Embora a lei não seja expressa quanto a este tópico, no meu sentir o direito à singularidade e à vida como tutelados em nossa Constituição não permite a eugenia com fins cosméticos, mesmo na reprodução assistida fertilização in vitro. Sobre o assunto ver: LEWICKI, Bruno. **O homem Construtível**, p. 99-154.

¹⁷⁰ Para José Afonso da Silva, a vida “não será considerada apenas no sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. (...) É mais um processo (processo vital) que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal) transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então de ser vida para ser morte (...) A vida humana, que é objeto do direito assegurado no artigo 5.º, caput integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)” (cf. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 198)

subsistência e de um padrão de vida decente (preservação da vida, direito de viver)”, ou seja, e por conseqüência, se estende tanto no âmbito dos direitos civis e políticos quanto no dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁷¹.

A proteção à maternidade, à criança e ao adolescente, no Brasil se faz por um conjunto de medidas jurídicas que compreendem desde direitos sociais compreendidos no artigo 7º até a própria tutela do artigo 227 da Constituição, que se preocupa com a saúde da mãe, da criança e do adolescente; com a proteção ao deficiente; com o acesso da criança e do adolescente à escola, ao trabalho e a previdência.

Outra preocupação constitucional se estabelece expressamente com relação ao planejamento familiar (artigo 226 da Constituição Federal).

Como regra geral, o aborto¹⁷² é proibido no Brasil, à exceção do aborto necessário (se não há outro meio para salvar a gestante – artigo 128, I do Código Penal) e se a gravidez é resultante de estupro (artigo 128, II do Código Penal).

No outro vértice do nascimento está a morte.

A Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que regula a remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de Transplante e Tratamento, estabelece como morte a encefálica (artigo 3º da Lei 9434/1997)

¹⁷³.

¹⁷¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**, p. 73.

¹⁷² Consoante Maria Helena Diniz, “há quem entenda que o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988 permite a prática do aborto desde que a decisão seja do casal e tenha por objetivo o planejamento familiar. Todavia, paternidade responsável e planejamento familiar não é, convém ressaltar, praticar aborto, mas adotar medidas preventivas de gravidez. Deveras, a adoção de medidas políticas relativas ao direito reprodutivo, dentre elas o planejamento familiar, será instrumento eficaz para a redução do número de abortamentos, por ser preventiva.” (DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 138.

¹⁷³ Como ressalta Maurício Govea, citando, dentre outros, Genival Veloso de França, a morte não é um fato instantâneo, mas um processo, uma seqüência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida. Já se considerou morte sob o ponto de vista clínico a cessação da respiração (nos primórdios da medicina) ou a parada cardio-respiratória. Atualmente, o critério para o diagnóstico da morte é a morte encefálica, ou

O artigo 6º do Código Civil dispõe que a existência da pessoa natural termina com a morte.

No âmbito constitucional, a morte integra o processo biológico vital e, portanto, está tutelada pelo direito à vida previsto no artigo 5º. caput da Constituição Federal.

No Brasil não há pena de morte, exceto no caso de guerra declarada (artigo 5º., XLVII, “a” da Constituição Federal).

Embora o suicídio por si só seja um indiferente penal, são criminalizadas diversas condutas como o aborto, o infanticídio, o induzimento ou assistência ao suicídio e o homicídio (ver o título I, do capítulo I, do Código Penal).

A eutanásia¹⁷⁴ ativa, ou a passiva (ortotanásia) não se constituem exceções descriminalizadas no Brasil¹⁷⁵.

No quadro que se descortina, claro está que as questões legais e jurídicas envolvendo o nascimento e a morte são extensas e complexas.

seja, a morte é diagnosticada quando da morte encefálica, que se caracteriza, dentre outros elementos, pela ausência da atividade elétrica-cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral ou de atividade metabólica. (Cf. GOVEA, Maurício. **A Morte Encefálica e sua Repercussão no Direito**, p. 155-192.

¹⁷⁴ Consoante Luis Rey, a eutanásia consiste na “prática pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável e que, de outra forma, teria que passar por longos e inúteis padecimentos, quando não um coma artificialmente prolongado em UTI. A eutanásia pode ser um desejo manifesto do paciente, ou assim admitido pelos seus responsáveis, se o grau de sofrimento ou outra condição o impede de manifestar-se. Ela é praticada na Holanda, sob o controle do poder judiciário, onde corresponde a 3,5% dos óbitos anuais.” (REY, Luis. **Dicionários de Termos Técnicos de Medicina e Saúde**, p. 179.

¹⁷⁵ O Anteprojeto de Código Penal brasileiro em estudo pela Comissão encarregada de introduzir mudanças na Parte Especial do Código em vigor, ao tratar do homicídio no art. 121, dispõe no § 3.º: “Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados: Pena - reclusão, de dois a cinco anos”. Já no § 4.º estabelece: “Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão”. Regula, assim, a eutanásia e descriminaliza a ortotanásia nas condições que especifica.

A análise dos dispositivos constitucionais e seus reflexos na legislação infraconstitucional mostra uma valorização do direito ao nascimento, protegido juridicamente desde a concepção, inclusive no que concerne ao direito ao patrimônio genético não manipulado, e o direito à vida em seus múltiplos aspectos.

Quanto à morte, a Sociedade brasileira – até em face da valorização do direito à vida – ainda não se mostra preparada para discutir sobre um direito à morte e em que dimensão se pode falar sobre um direito à morte¹⁷⁶.

Daí porque não há na nossa legislação qualquer descriminalização quanto à eutanásia em qualquer de suas formas.

2.3.2 A dignidade da pessoa humana e a liberdade

O exercício da liberdade é outra dimensão da dignidade da pessoa humana proposta a partir da obra de Hannah Arendt.

No campo jurídico, a liberdade de cada indivíduo e sua limitação advém do próprio princípio da legalidade, de tal sorte que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (artigo 5º.II da Constituição Federal).

Se, por um lado, é reconhecido, pois, a cada ser humano, o direito de agir (a sua autonomia), conforme a vocação individual de cada um, a limitação desta atuação está no que os homens se impõem uns aos outros a título de regulação.

¹⁷⁶ Para DWORKIN as decisões sobre a morte implicam em três questões morais e políticas específicas, quais sejam: a) as relativas à autonomia, ou seja, o direito de cidadãos adultos dotados de competência normal de tomar decisões importantes para a definição de suas próprias vidas; b) às referentes aos interesses críticos de cada um, assim entendidos os que expressam a concepção da pessoa sobre o que é realmente uma vida boa e c) às questões relativas à santidade, ou seja, do valor intrínseco da vida em cotejo com o valor pessoal para o paciente. Na tradição norte-americana, discute-se tanto o direito à reprodução quanto à morte como tema relacionado às liberdades individuais, de tal sorte que as decisões se situam no âmbito da intimidade das pessoas e famílias. (DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**, p. 268/271 e p. 315).

No mais, a tutela da liberdade, na Constituição Federal, é extensa, compreendendo as liberdades do artigo 5º e diversos dispositivos constitucionais correlatos, inclusive a liberdade econômica e social.

José Afonso da Silva, após esclarecer que o direito tutela a liberdade externa ou objetiva (ou seja, a liberdade que permite ao homem atuar, concretizar a escolha realizada no mundo exterior) classifica as liberdades em cinco tipos, a saber: a liberdade da pessoa física; a liberdade de pensamento e suas correlatas; a liberdade de expressão coletiva em suas várias formas; a liberdade de ação profissional; a liberdade de conteúdo econômico e social¹⁷⁷.

O cerne da liberdade da pessoa física é o direito de ir e vir, a liberdade de locomoção prevista no artigo 5º., XV da Constituição Federal, a qual se liga uma garantia específica, que é o habeas corpus (artigo 5º., LXIX da Constituição).

A liberdade de pensamento compreende – ainda conforme José Afonso da Silva - a liberdade de consciência e crença (artigo 5º., VI) e a liberdade de crença religiosa e de convicção religiosa (artigo 5º., VIII) - a última, contudo, que não pode ser invocada para que a pessoa se exima de obrigação legal a todos imposta ou se recuse à prestação alternativa fixada em lei¹⁷⁸.

Inclui também, segundo o autor, a liberdade de comunicação, que consiste “num conjunto de direitos, formas processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”¹⁷⁹ e que se extrai da conjugação dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do artigo 5º e artigos 220 a 224 da Constituição Federal.

O autor disserta, ainda, sobre as liberdades de expressão coletiva (ou seja, aquelas que são exercitadas no meio dos demais indivíduos), especialmente a liberdade de reunião (artigo 5º., XVI da Constituição Federal) e

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 235

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 242.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 243.

de associação (artigo 5º., XVIII da Constituição Federal) e, também, um catálogo de direitos correlatos, a saber: o direito à informação, o direito à representação coletiva (artigo 5º., XXI e artigo 8º., VIII) , o direito à participação direta dos cidadãos no processo político e decisório (artigos 14, I e II, 29 XIII e 61, parágrafo 2º da Constituição Federal e o de participação em geral (artigo 10 e 11 e 194, VIII e 198, III da Constituição) e o direito dos consumidores (artigo 5º., XXXII da Constituição) ¹⁸⁰.

A liberdade de exercício de ofício e profissão é consagrada no artigo 5º., XIII da Constituição Federal, que condiciona o exercício desta liberdade à observância das qualificações profissionais previstas em lei.

Por fim, José Afonso da Silva considera a existência de liberdades de conteúdo econômico e social, a saber, a liberdade econômica, a livre iniciativa, a liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e trabalho que são tuteladas pelos direitos econômicos e sociais ¹⁸¹.

As liberdades são asseguradas por um complexo de garantias, que são os instrumentos por meio dos quais é possível assegurar o exercício e o gozo de todos os direitos e prerrogativas ¹⁸², a saber, o direito de petição (artigo 5º., XXXIV da Constituição Federal) ¹⁸³, o habeas corpus (artigo 5º., LXVIII) ¹⁸⁴, o habeas data artigo 5º., LXXII) ¹⁸⁵, o mandado de injunção (artigo 5º.,

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 258-269.

¹⁸¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 258-269.

¹⁸² BESTER, Maria Gisela. **Direito Constitucional**, p. 591.

¹⁸³ José Afonso da Silva, citando Claude Albert Colliard, define o direito de petição como “o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação, seja para denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável a liberdade” (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 443).

¹⁸⁴ É o remédio constitucional cabível sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder

¹⁸⁵ É o remédio constitucional cabível para assegurar o conhecimento de informações relativos à pessoa do impetrante constantes em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para retificá-los.

LXXI)¹⁸⁶ e o mandado de segurança, individual e coletivo (artigo 5º., LXIX e LXX)¹⁸⁷.

2.3.3 A dignidade da pessoa humana e a proteção da integridade física e psíquica

Sobre a fragilidade humana e a proteção da integridade física do ser humano é possível divisar no direito constitucional brasileiro duas grandes vertentes de preocupação.

A primeira, com relação à proteção à maternidade, a infância e à adolescência; o direito ao amparo pelo sistema de seguridade social; e a proteção à terceira idade.

A segunda, com relação ao exercício do poder coercitivo do Estado sobre a pessoa física dos presos.

Quanto à proteção à maternidade, e ao direito das crianças e adolescentes, já tratamos retro no tópico sobre a dignidade da pessoa humana enquanto direito ao nascimento e, em última instância, à própria vida.

A seguridade social no Brasil compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade destinados a assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social (artigo 194 da Constituição Federal).

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença

¹⁸⁶ É o remédio constitucional cabível quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

¹⁸⁷ É o remédio constitucional para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, e será coletivo quando impetrado por partido político com representação no Congresso nacional ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano na defesa dos interesses de seus membros e associados.

e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196 da Constituição Federal)¹⁸⁸.

A previdência social objetiva a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; a proteção à gestante; a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; o salário família e o auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda e a pensão por morte do segurado ao cônjuge ou companheiro e dependente (artigo 201 e incisos)¹⁸⁹.

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição e seu fomento advém do princípio da solidariedade, pois custeada pelo orçamento geral da seguridade social – e não pela contribuição individual (artigos 203 e 204 da Constituição Federal).

Quanto aos idosos, o artigo 230 da Constituição estabelece que a família, a Sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Conclui-se, pois, que existe intensa preocupação constitucional no sentido de um amparo mínimo à fragilidade humana, que envolve a participação da Sociedade e do Estado num sistema triplo de prevenção, qual seja, de saúde, previdência social e assistência.

¹⁸⁸ Para Marga Bath Tessler, o direito à saúde se constitui tanto direito humano social quanto dever do Estado que está comprometido com a adoção de políticas de saúde, ações e diretrizes. Constitui-se, neste quadro, direito público subjetivo e é plenamente exigível, inclusive em ação contra o próprio Estado (embora a autora ressalte que boa parte da jurisprudência se inclina pela necessidade da intermediação legislativa para a implementação deste direito). De qualquer sorte, a autora sublinha que deve ser observado, quanto às pretensões requeridas pelas pessoas, a reserva do possível, ou seja, a compatibilidade das prestações requeridas com as possibilidades da realidade. (TESSLER, Marga Barth. **O Direito à saúde**, p. 75-108).

¹⁸⁹ Conforme José Afonso da Silva, “A Constituição deu contornos mais precisos aos direitos de previdência social (artigos 201 e 202) mas seus princípios e objetivos continuam mais ou menos idênticos ao regime geral de previdência social consolidado na legislação anterior, ou seja, funda-se no princípio do seguro social, de sorte que os benefícios e serviços se destinam a cobrir eventos de doença, invalidez, morte, velhice e reclusão, apenas do segurado e seus dependentes. Isto quer dizer que a base da cobertura assenta no fator contribuição e em favor do contribuinte e dos seus”. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 310).

A segunda vertente referente à dignidade está ligada a aspectos penais.

O artigo 5º., III da Constituição estabelece que ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante.

A Constituição também assegura o respeito à integridade física e moral dos presos (artigo 5º., XLIX) e proíbe as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e os banimentos (artigo 5º., XLVII).

Também dispõe que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, adequados à natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (artigo 5º., XLVIII) , e será permitido às presidiárias as condições para permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (artigo 5º., L).

Como salienta Maria Helena Diniz,

não se pode impor pena privativa de liberdade sem garantir os direitos inalienáveis do ser humano, sem protegê-lo de um ambiente que não preserve a sua qualidade de vida (...) Urge acabar com o sofrimento imposto pela rotina na prisão e adotar medidas que punam o delito, e, concomitantemente, reeduem o criminoso.¹⁹⁰

De fato, no Estado Democrático de Direito, mesmo que se imponha restrições à liberdade em face dos interesses e da preservação da Sociedade, ainda assim a dignidade da pessoa humana tem que ser preservada: o regime carcerário não importa em derrogação desta intangibilidade que faz de cada um de nós ser moralmente insubstituível e nossa civilidade decorre de nossa capacidade de reconhecer esta qualidade mesmo com relação àquele que se mostra um infrator das regras estabelecidas no seio da comunidade moral.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 178.

2.3.4 A dignidade da pessoa humana e a esfera da vida biológica satisfatória e a fruição dos artificialismos: a igualdade

Nessa dimensão, a dignidade da pessoa humana se refere ao direito à igualdade.

A noção de igualdade abrange a de igualdade formal e de igualdade material.

A igualdade jurídica formal é a igualdade perante a lei.

Nas palavras de Konrad Hesse, a igualdade diante da lei

pede a realização, sem exceção do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do Estado de Direito.

¹⁹¹

A igualdade jurídico-formal se localiza no artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.

O postulado geral possui reflexos em diversas áreas jurídicas, na medida em que preconiza o princípio da não discriminação, aí entendida a proibição de discriminação em função de sexo, idade, raça e credo religioso.

Já a igualdade material é, segundo Celso Ribeiro Bastos, “aquela que postula um tratamento uniforme de todos os homens perante os bens da vida” .¹⁹²

¹⁹¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 330.

¹⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**, p. 161.

No direito constitucional brasileiro há um vetor valorativo no sentido da igualdade material está expressamente indicada no artigo 3º, III da Constituição Federal

Mesmo o direito à propriedade no Brasil está limitado pela função social (artigo 5º, XXII e XXIII).

Para Paulo Bonavides, os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os coletivos nasceram abraçados ao princípio da igualdade.¹⁹³

Na Constituição brasileira, o artigo 6º da Constituição da República elenca como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados na forma da Constituição.

Também os artigos 7º e 8º da Constituição brasileira discriminam os direitos sociais e coletivos dos trabalhadores urbanos e rurais no país.

Como ressalta Paulo Bonavides, de uma forma geral os direitos sociais tiveram um período de baixa normatividade, em virtude da sua própria natureza, que exige do Estado prestações positivas nem sempre possíveis de execução¹⁹⁴.

Em face da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, contudo, atualmente não se nega mais justiciabilidade e eficácia aos direitos sociais, culturais e coletivos¹⁹⁵.

Porém a sua efetiva concretização gira em torno de dois critérios jurídicos: a idéia da reserva do possível versus mínimo existencial.

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 518.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 518.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p.310.

De fato, para Paulo Márcio Cruz os direitos sociais tem sua existência condicionada à disponibilidade dos efetivos recursos econômicos para a materialização das prestações¹⁹⁶.

Neste contexto, consoante Ingo Wolfgang Sarlet a reserva do possível corresponde à noção de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da Sociedade e compreende uma tríplice dimensão, a saber: a) a efetiva disponibilidade fática; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas; e c) na perspectiva (também) do eventual titular a proporcionalidade da prestação, em especial, no tocante à sua exigibilidade¹⁹⁷

A teoria do mínimo existencial, por seu turno, possui suas origens na doutrina alemã pós-guerra, a qual, para superar a falta de menção a direito fundamental social na Constituição Alemã de Bonn, extraiu do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física, conjugado com o princípio do Estado social, o direito a um “mínimo de existência”¹⁹⁸

Ana Paula Barcellos propõe como mínimo existencial os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência em caso de necessidade e o acesso à justiça, atribuindo a todos eles a faculdade de serem imediatamente exigíveis¹⁹⁹.

Ao ponderar sobre a relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, Ana Paulo de Barcelos salienta que a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar.

Porém, segundo a autora, a finalidade do Estado é a de obter recursos para gastá-los em forma de obras, prestação de serviços, ou

¹⁹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**, p. 143.

¹⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 518.

¹⁹⁸ IPPÓLITO, Rita Marasco. **Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 71-88

¹⁹⁹ BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 305.

qualquer outra política pública, realizando com isso os objetivos constitucionais.
200

Para a autora, a meta central das Constituições modernas, inclusive a brasileira, é a promoção do bem-estar do homem e o ponto de partida para isto é assegurar as condições de sua própria dignidade - o que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência²⁰¹.

Ao apurar os elementos fundamentais da dignidade humana, ou seja, o mínimo existencial, estar-se-á estabelecendo os alvos prioritários dos gastos públicos e, apenas após atingi-los é que se deve discutir outros projetos se deverá investir, isto quanto ao remanescente²⁰².

Sob este enfoque, a autora concilia a idéia do mínimo existencial com a reserva do possível: o mínimo existencial está associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias.²⁰³

A discussão sobre a reserva do possível versus o mínimo existencial é extremamente relevante no Brasil, onde, ao lado da igualdade formal, existe uma busca pelo estabelecimento de um patamar mínimo de igualdade material que se inicia pela erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º., III da Constituição da República).

Os limites da concretização de tais direitos e o papel do Poder Judiciário nesta concretização, é, como vimos, um assunto que define o perfil do que seja um direito à vida digno no país e de que maneira efetivamente se realiza o acesso das pessoas aos recursos e aos artificialismos no Brasil.

²⁰⁰ BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 245-246.

²⁰¹ BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p.245-246.

²⁰² BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 245-246.

²⁰³ BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 245-246.

2.3.5 A Dignidade da pessoa humana e a participação discursiva e na ação

Na dimensão da participação política decorrente da dignidade da pessoa humana, surge o direito à participação no discurso e na ação e na formação de uma razão consensual no meio da pluralidade humana. Este direito, por sua vez, está relacionado juridicamente com o princípio democrático.

Conforme Canotilho, o princípio democrático²⁰⁴ acolhe, de um lado, os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – a saber, órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo político partidário e separação de poderes – e de outro lado, implica na democracia participativa, isto é, “a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetiva possibilidade de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos”²⁰⁵.

Neste contexto, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático pois: a) estabelecem a contribuição de todos os cidadãos para o exercício democrático, através do princípio direto da igualdade e da participação política; b) implicam no estabelecimento de importantes liberdades para o exercício democrático, saber, o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, etc., que são, por sua vez, direitos constitutivos do próprio princípio democrático) e c) co-envolvem a abertura do processo político para a criação de direitos sociais, econômicos e culturais, o que se dá num ambiente de dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático²⁰⁶.

No âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio democrático está insculpido no artigo 1º parágrafo único da Constituição Federal.

A partir deste postulado o Estado brasileiro se organizou em torno da forma federativa de Estado; do voto direito, secreto e universal; da

²⁰⁴ Canotilho se reporta à fórmula de Lincoln “governo do povo, pelo povo e para o povo” como a essência do princípio democrático. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 286).

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 286.

²⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 288.

separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais, que são cláusulas pétreas, ou seja, insuscetíveis de deliberação por via de emenda constitucional (artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal).

Quanto à democracia participativa, além das liberdades individuais já supra examinadas, especialmente as liberdades de expressão coletiva, a Constituição da República regulamenta de forma minudente os direitos políticos²⁰⁷ nos artigos 14 à 17 da Constituição Federal, bem como participação direta através seja de referendo e plebiscito (artigos 18 parágrafos 3º e 4º e artigo 49, XV da Constituição Federal) ou através da iniciativa popular no processo legislativo (artigo 27, parágrafo 4º; artigo 29 XII e artigo 61 parágrafo 2º da Constituição Federal).

Por outro lado, também o controle do ato lesivo causado contra o patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural é assegurado como garantia constitucional a qualquer cidadão, que, para tanto, pode manejar gratuitamente a ação popular (artigo 5º., LXXIII da Constituição Federal).

Conclui-se, pois, no quadro que se descortina, a vocação da Constituição Brasileira para a legitimação de seu Estado seja pela via do voto (em face da ampliação do direito ao sufrágio até aos menores de 18 (dezoito anos)), seja pela previsão extensa da participação direta dos cidadãos na política.

Sobre a questão do perdão e da capacidade de promessa, a Constituição Federal, entendida sobre o enfoque sociológico a que se refere Lassale, aponta em direção a existência de um compromisso principalmente com a dignidade da pessoa humana como seu fundamento principal (artigo 1º ,III da Constituição Federal).

Isto se reflete na eleição de alguns itens constitucionais como cláusulas pétreas conforme o artigo 60, parágrafo 4º da Constituição e na

²⁰⁷ Conforme José Afonso da Silva, os direitos políticos são as normas que asseguram, de forma geral, a participação das pessoas no processo político e nos órgãos governamentais. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 348).

opção pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição (artigo 102 da Constituição Federal): ou seja, mostra o compromisso político para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja efetivamente implementado pelo respeito à dignidade da pessoa, ao Estado Democrático de Direito e à convivência harmônica entre os Poderes.

CAPÍTULO 3

A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O objetivo deste capítulo é investigar acórdãos e decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal nos quais o postulado da dignidade da pessoa humana foi invocado e utilizado como fundamento para decidir.

A coleta dos dados sobre os quais foi feita a pesquisa fundou-se na seleção de decisões a partir do banco de dados da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acessado no site www.stf.gov.br, ao longo do mês de novembro de 2006.

As expressões utilizadas para a busca no banco de dados referentes aos acórdãos publicados foram: “dignidade”, “dignidade humana” e “dignidade da pessoa humana”. O resultado da busca pela palavra dignidade gerou um total de 99 respostas. A busca pelas palavras “dignidade humana” selecionou 40 respostas. Por fim, a expressão “dignidade da pessoa humana” resultou em 30 respostas.

Com relação ao conjunto de decisões monocráticas, seguiu-se o mesmo método. Utilizando-se, para a busca no banco de dados, a expressão “dignidade da pessoa humana”, chegou-se em 194 respostas positivas.

Para a análise foram selecionadas as decisões em que a dignidade da pessoa humana foi expressa e efetivamente utilizada como um dos fundamentos basilares para a conclusão judicial. Em seguida, elas foram classificadas e agrupadas conforme as dimensões apontadas nos capítulos anteriores.

Outro critério de seleção foi a opção pelos acórdãos e decisões monocráticas que, pela repetição, ou reiteração da tese em casos

semelhantes, apontam para a consolidação de um padrão argumentativo do Supremo Tribunal Federal em torno do significado atribuído à dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, para fins deste estudo, procedeu-se a classificação dos acórdãos considerando o teor de nosso conceito operacional e a tutela jurídica da dignidade da pessoa humana que observada na Constituição Federal de 1988.

3.1 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA AO NASCIMENTO, À TRAJETÓRIA E À MORTE DO SER HUMANO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Como vimos, a tutela jurídica referente ao nascimento e à trajetória de vida é específica com relação ao direito à vida em suas múltiplas acepções, à proteção à maternidade, à entidade familiar (o que inclui o direito ao planejamento familiar) e, por fim, a tutela à criança e ao adolescente.

Com relação à dignidade da pessoa humana associada à tutela do nascimento e da trajetória de vida, foram selecionados três acórdãos e duas decisões monocráticas, cujo resultado consta infra.

3.1.1 Direito à filiação versus intimidade

No ano de 1994, José Antonio Gomes Machado ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus n.º 71.373/RS²⁰⁸, contra a

²⁰⁸ HC 71373/RS. Relator para o Acórdão Ministro Marco Aurélio. Paciente: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antonio Gomes Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Publicado no DJ de 22-11-1996 PP 45686. Assim ementado: "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial

8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, confirmando a ordem do juiz de primeiro grau, obrigava o impetrante a se submeter a exame de DNA para comprovar (ou descartar) a paternidade argüida em sede de investigação de paternidade.

Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal, em votação apertada (6x5), decidiu que o direito da pessoa em saber a verdade de sua filiação não permitia o exercício da violência coativa contra o corpo físico do suposto pai investigado, mormente quando a própria lei estabelecia uma outra solução para o impasse suficiente para atender aos interesses do filho (ou seja, a presunção de veracidade das alegações do filho).

Na hipótese, o relator para o acórdão identificou a dignidade humana com o corpo do ser humano e seu direito à integridade física, que no seu entender deveria prevalecer quando há outras formas para dirimir a controvérsia cível entre as partes e ainda considerando que o direito era disponível.

Porém, parece-nos que esta posição do Supremo Tribunal Federal está se alterando.

De fato, já no ano de 2003, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 248869-SP o Supremo Tribunal Federal decidiu que o direito à filiação é indisponível e que o interesse da entidade familiar prevalece sobre o direito à intimidade do indivíduo²⁰⁹.

que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos".

²⁰⁹ RE 248869/SP. Relator Ministro Maurício Correa. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Romeu Luiz Franchini. Publicado no DJ 13-03-2004 PP 00038. Assim ementado: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da Sociedade e a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3o, 4o, 5o e 7o; 227, § 6o). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições

Neste julgado mais recente (7/8/2003), o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação de investigação de paternidade como assistente de menor impúbere e de sua representante, no caso, a mãe. Fundamentaram o pleito com base na Lei n.º 8560/92 (que regula a investigação dos filhos havidos fora do casamento).

O voto vencedor sustentou a legitimidade ativa do Ministério Público, sob o fundamento de que o direito ao reconhecimento da paternidade é direito individual indisponível – portanto, em sentido oposto ao antes reconhecido pelo STF, no sentido de que o direito ao reconhecimento da paternidade se inseria na esfera dos direitos disponíveis.

O relator sustenta que assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e a convivência familiar como menciona a Constituição Federal pressupõe reconhecer o seu direito de saber a verdade sobre a sua paternidade, que é decorrência lógica de sua filiação.

Conforme o Ministro Relator, “o direito ao nome se insere no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alcançado a fundamento da

prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o jus postulandi a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, III). O nome, por sua vez, traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim é o reconhecimento da família, que é a base de nossa Sociedade. Por isso mesmo, o patronímico não pertence apenas ao pai, mas à entidade familiar como um todo”.

Reconhece, a partir desta premissa, o direito do filho à identidade biológica e pessoal. O direito à intimidade do suposto pai não poderia, portanto, inviabilizar a geração de vínculos familiares e frustrar a atribuição da responsabilidade alimentar conseqüente.

É possível, pois, divisar nesta decisão do STF o reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto:

a) direito conectado ao esclarecimento sobre a origem biológica e genética de cada Ser Humano, à sua raiz familiar;

b) direito ao nome enquanto elemento essencial para a formação da identidade biológica e pessoal de cada Ser Humano;

c) busca pela plena efetividade deste direito à filiação, considerado direito individual indisponível, suscetível de ser abraçado também pelo Ministério Público e d) na ponderação de princípios, prevalece o direito do Ser Humano ao reconhecimento de sua filiação sobre o direito à intimidade do suposto pai.

3.1.2 Direito do nascituro versus dignidade da mulher

Nos autos do Habeas Corpus n.º 84025/RJ²¹⁰, a impetrante apontou como autoridade coatora a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que havia concedido anteriormente o Habeas Corpus n.º 32. 159 em favor do feto.

²¹⁰ HC 84025/RJ. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Impetrante: Fabiana Paranhos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Publicado no DJ de 25-06-2004 PP 00004 e RTJ VOL 00191-02 PP 00624. Assim ementado: “HABEAS CORPUS PREVENTIVO. REALIZAÇÃO DE ABORTO EUGÊNICO. SUPERVENIÊNCIA DO PARTO. IMPETRAÇÃO PREJUDICADA. 1. Em se tratando de hábeas corpus preventivo, que vise a

A paciente gestionava, então, um feto que padecia de grave anomalia, qual seja, anencefalia (ausência de cérebro).

O referido Habeas Corpus foi julgado em 4/3/2004, quando o Supremo Tribunal Federal entendeu prejudicada a impetração em face da ocorrência do parto durante o julgamento.

Mas o Ministro relator, no corpo deste habeas corpus, chegou a proferir um voto sobre o mérito da questão.

Neste voto, afirma que o debate se dava entre a tutela penal do direito à vida em seus diversos níveis de um lado, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia da vida da mulher em outro.

Para o relator, a tutela penal do direito à vida não é uniforme, experimentando graus diferenciados. Por isso existem três tipos penais distintos, a saber, o aborto, o infanticídio e o homicídio.

Conforme o Ministro relator a tutela penal da vida intra uterina se refere à potencialidade de vida do feto - vida esta que, no caso do feto anencefálico, não existe. Portanto, para ele, não se trata de fato típico punível penalmente.

Por outro lado, o relator sustentou que o pressuposto do aborto é a subtração da vida de um feto viável. Mesmo assim, prossegue, a legislação brasileira deixa a critério da mulher a decisão sobre a realização ou não do aborto em dois casos: quando a vida da gestante corre perigo e quando a gestação decorre de estupro.

Partindo desse pressuposto, e considerando os avanços da medicina, o relator entendeu que é desproporcional obrigar uma mulher a levar a termo uma gestação cujo resultado é sabidamente a morte do feto se a própria lei autoriza em algumas hipóteses o abortamento de fetos viáveis.

autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do writ implica a perda do objeto. 2. Impetração prejudicada. “

Ele entendeu que há um malferimento grave do direito à liberdade, à intimidade e à autonomia da vida da mulher integrantes da dignidade humana, mormente se autoriza, de um lado, o aborto sentimental (ou, seja, o decorrente de estupro) e se veda o acesso deste direito no caso de malformação fetal que impeça a existência extra-uterina do feto.

O Ministro assinalou que esta espécie de limitação à liberdade da mulher, em contrapartida ao outro valor tutelado, se aproxima muito facilmente da violação do postulado universal da liberdade.

Salientou, outrossim, a gravidade da restrição na medida em que a própria saúde física e mental da mulher corre risco no caso de gestação do feto anencéfalo.

Conseqüentemente, opinou pelo deferimento do hábeas corpus para que se deixasse a critério da gestante a decisão de prosseguir ou não com a gravidez, segundo suas convicções.

Conclui-se, pelo teor do voto do relator que:

- a) é inegável o direito à vida e ao nascimento do nascituro; e
- b) a restrição, contudo, ao direito à liberdade, à vida e à autonomia da mulher sobre o seu próprio corpo em prol do direito à vida e ao nascimento somente é aceitável no caso de conflito real entre o interesse pessoal da mulher e o interesse do nascituro, o que não ocorre no caso de feto anencefálico, cuja possibilidade de vida extra uterina é inexistente.

Na mesma linha, porém sob outro fundamento, em decisão monocrática em sede de medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54-8²¹¹ proferida em 1º/7/2004, o Ministro relator acolheu o pedido cautelar formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para determinar o sobrestamento dos processos e

²¹¹ ADPF 54/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Publicada no DJ 2/8/2004 PP 000064.

decisões não transitados em julgado e reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica dos fetos anencefálicos a partir do laudo médico que detectou a grave anomalia.

Para o Ministro,

em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.

Também ressalta o Ministro que

O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.

Salientou, ainda, que a medicina aponta para a impossibilidade de vida extra uterina do feto anencefálico em 100% dos casos.

No sentir do Ministro Marco Aurélio, pois, não é possível se obrigar uma mulher a levar a cabo a gestação de um feto cuja vida extra uterina é

inviável, num contexto em que os avanços tecnológicos permitem este diagnóstico, sob pena de se estar coisificando a pessoa da mulher e seus sentimentos.

A despeito da posição do Ministro relator, o Supremo Tribunal Federal em 20/10/2004, por maioria, referendou apenas a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, e, ainda por maioria, revogou a liminar deferida em relação à segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos – estando pendente até hoje de julgamento final a referida ação.

Não foi elaborado ainda acórdão sobre esta última decisão para que se possa examinar o teor dos argumentos à luz do postulado da dignidade da pessoa humana.

3.1.3 Dignidade das uniões homoafetivas

A Associação Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo ajuizaram Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300/DF²¹². Buscavam a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.278/96 (referente à união estável) que, ao regulamentar o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, limitou a entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher estabelecida com objetivo de Constituição de família.

Segundo o Ministro relator, as partes autoras sustentam, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual e

²¹² ADI 3300 MC /DF. Relator Ministro Celso de Mello. Requerente: Associação de Incentivo à Educação e à Saúde de São Paulo e outro (02). Requerido: Congresso Nacional. Publicado no DJ 9/2/2006 PP 00006 e RDDP n. 37, 2006, p. 174-176.

que defendem, de outro, a qualificação jurídica como entidade familiar das uniões homoafetivas.

Em decisão monocrática, ele decretou a extinção do processo, sob o fundamento de que a norma legal impugnada restou derogada pela superveniência do artigo 1.723 do Código Civil (2002). Porém entendeu pela necessidade de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar.

No caso, o Ministro apresentou diversos argumentos doutrinários e jurisprudenciais, especialmente precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Saliou que a Constituição Federal protege a família, o que não se define somente em face do vínculo do homem com a mulher ou de ascendentes com descendentes, ou da existência ou não de filhos.

Por outro lado, argumentou que os preconceitos contra a realidade das uniões homoafetivas ferem os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, que não podem deixar de se considerados.

Por fim, assinalou que a discriminação por orientação sexual não é compatível com a noção de dignidade da pessoa humana: não se pode desprezar condição pessoal do indivíduo, constitutiva de sua identidade pessoal.

Ao contrário: a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e dos demais princípios gerais do direito, aliada à idéia de que o conceito de entidade familiar é um sistema aberto orientado por regras de inclusão, resulta no reconhecimento da união homoafetiva como abarcada pelo conceito de entidade familiar – com todas as proteções e inserções dela decorrentes.

Conclui-se, pois, do teor desta decisão, o indicativo de que ínsitos à condição humana – e, conseqüentemente, dignos – os elementos que conformam a pessoa humana, especialmente sua identidade, aí incluída a orientação sexual.

Este julgado, por também prever uma hipótese de discriminação ilegal, se conecta diretamente com a noção de dignidade da pessoa humana enquanto igualdade perante os demais seres humanos.

3.2 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA À LIBERDADE

Na associação entre dignidade da pessoa humana e aspectos da liberdade, duas decisões do Supremo Tribunal Federal se destacaram.

A primeira foi proferida nos autos do Habeas Corpus 82424/RS que tratou do direito liberdade de expressão versus racismo.

A segunda foi proferida nos autos do Agravo de Instrumento n.º 496406/SP, referente ao caso “Escola Base”, no qual se verificou o conflito entre a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana e da integridade da honra e da imagem.

A análise de ambos os casos é desenvolvida infra.

3.2.1 Liberdade de expressão versus racismo

Contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Werner Cantalicio João Becker e Rejane Maria Davi Becker ajuizaram Habeas Corpus 82424/RS²¹³, em favor do paciente Siegfried Ellwanger que foi condenado pelo

²¹³ HC 82424/RS. Relator para o Acórdão Ministro Maurício Correia. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalicio João Becker Coator: Superior Tribunal de Justiça. Publicado no DJ 19/3/2004 PP 00017. Assim ementado: “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritebilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4.

delito de discriminação contra os judeus. Segundo os impetrantes, este delito não tem conotação racial para lhe atribuir imprescritibilidade que, pelo artigo 5º, XLII da Constituição, ficou restrito ao crime de racismo. Citando autores judeus, os impetrantes afirmam que os judeus não são raça (mais sim comunidade religiosa), requerendo a concessão da ordem para afastar a imprescritibilidade e declarar a prescrição da pretensão punitiva.

Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a Sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da Sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexa estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

O paciente fora condenado por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda” editado, distribuído e vendido obras anti-semitas de sua autoria e de terceiros. Nelas, segundo os termos da denúncia, são abordadas e sustentadas mensagens anti-semitas, discriminatórias e racistas que, com isso, incitam e induzem à discriminação racial.

O relator para o acórdão, em suas razões de decidir, invocou o mapeamento do genoma humano. Deste foi concluído que o ser humano não é uma espécie antiga o suficiente para possuir raças: os seres humanos são geneticamente iguais.

Neste contexto, como interpretar o artigo 5º, XLII da Constituição que considera o crime de racismo como inafiançável e imprescritível ?

Para o relator, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político, social e histórico de intolerância dos homens. Dessa divisão socialmente construída resultaria a discriminação.

Para ele, é sob esta ótica (o racismo é um processo político, social e histórico de intolerância) é que deve ser interpretado o artigo 5º, XLII da Constituição. Não deve, portanto, ser interpretado sob a ótica do que seja uma raça, já que, cientificamente, não existem raças.

O racismo, pois, para o relator, é uma valoração negativa de um determinado grupo humano que tem por substrato características semelhantes distintas do grupo dominante. Por esta valoração negativa, deve-se dispensar tratamento desigual ao grupo assim valorado negativamente, com relação ao grupo dominante.

Neste sentido, o relator aponta que o nazismo se constitui uma prática racista com relação ao povo judeu porque propugna a eliminação dos direitos dos judeus à cidadania, daí evoluindo para barbáries que eliminam a dignidade do ser humano.

O relator ressalta que o racismo é prática inaceitável: o respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito e sua desconsideração permite o surgimento de Sociedades totalitárias.

Neste contexto, nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem que ser discriminado e inferiorizado no seu próprio meio social.

Nas palavras do relator, a Constituição Federal impôs aos agentes de delitos desta natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula da imprescritibilidade, para que fique permanentemente verberado o repúdio e a abjeção da Sociedade nacional à sua prática.

Por outro lado, a previsão de liberdade de expressão não assegura o direito à incitação ao racismo até porque um direito individual não pode se opor aos Direitos da Humanidade.

O voto do Ministro Gilmar Mendes chama a atenção para a teoria do “hate speech” (ou seja, discurso de ódio), salientando que “a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade”. A seguir, invocando o princípio da proporcionalidade, acompanhou o voto do relator para o acórdão.

É oportuno notar que houve um extenso debate ao longo do julgamento, no sentido de que se a publicação realizada pelo paciente seria suscetível de efetivamente incitar a prática de racismo, ou se, por absoluta insuficiência dos meios para a incitação ao racismo, não seria o caso de se preservar a liberdade de expressão. Esta tese, contudo, não foi acolhida pela maioria, que votou no sentido de que efetivamente a liberdade de expressão não sobrepuja o direito à não discriminação racial.

3.2.2 Liberdade de informação versus dignidade humana

No caso do Agravo de instrumento n.º 496406²¹⁴, a TV Globo de São Paulo Ltda interpôs agravo de instrumento contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que não conheceu de recurso extraordinário.

No âmbito do recurso, restou esclarecido que o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão de primeiro grau que condenou a agravante ao pagamento de indenização por danos morais, por considerar que a divulgação de fatos não devidamente checados configurava irresponsabilidade e abuso do exercício da liberdade de informar.

Na sua insurgência, a agravante sustentou que o teor da condenação importa em restrição à liberdade de informação e a seu corolário que é a liberdade de imprensa.

Ao analisar o recurso, o Ministro relator assinalou que o Supremo Tribunal Federal, ao superar os antagonismos existentes entre princípios constitucionais, deve utilizar critérios que lhe permitam, sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deve ser o direito a preponderar, sem, com isso, esvaziar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

²¹⁴ AI 496406/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: TV Globo de São Paulo Ltda. Agravado: Saulo da Costa Nunes e outros. Publicado no DJ 10/8/206 PP 00041. Assim ementado: “Caso Escola Base. Liberdade de informação. Prerrogativa constitucional que não se reveste de caráter absoluto. Situação de antagonismo entre o direito de informar e os postulados da dignidade da pessoa humana e da integridade da honra e da imagem. A liberdade de imprensa em face dos direitos da personalidade. Colisão entre direitos fundamentais, que se resolve, em cada caso, pelo método da ponderação concreta de valores. Magistério da doutrina. O exercício abusivo da liberdade de informar, de que resulte injusto gravame ao patrimônio moral/material e à dignidade da pessoa lesada, assegura, ao ofendido, o direito à reparação civil, por efeito do que determina a própria Constituição da República (CF artigo 5º, inciso V e X). Inocorrência em tal hipótese de indevida restrição judicial à liberdade de imprensa. Não percepção do artigo 52 e do artigo 56, ambos da Lei de Imprensa, por incompatibilidade com a Constituição de 1988. Dano Moral. Ampla reparabilidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Exame soberano dos fatos e provas efetuados pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Matéria insuscetível de revisão em sede recursal extraordinária. Agravo de Instrumento improvido.”

A partir desta terceira premissa o relator reconheceu que os direitos à personalidade, como os pertinentes à incolumidade da honra e à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos, “representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, verdadeiros contrapesos à liberdade de informação”.

Neste contexto, a liberdade de informação não esvazia o conteúdo de outras garantias constitucionais, muito menos o direito à indenização por danos materiais, morais e à imagem.

O relator – citando o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo - assinalou que ninguém nega o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica, e de comunicação independente de censura ou licença (artigo 5º, IX e 220, parágrafos 1º e 2º). Porém, a mesma Constituição assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, prevendo indenização em caso de violado (artigo 5º. X). Concluiu, assim, que se faz necessário encontrar o ponto de equilíbrio entre estas previsões constitucionais, considerando o princípio de unidade da Constituição e, ainda, a inexistência de direitos absolutos.

Para ele, o equilíbrio consiste justamente no entendimento de que os direitos da personalidade se constituem numa limitação à liberdade de expressão e informação.

Considerando, pois, o significado especial dado pela Constituição à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, concluiu o STF que estes se traduzem em limitações à liberdade de expressão e de informação.

3.3 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA AO RECONHECIMENTO DA FRAGILIDADE HUMANA E O DIREITO À PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DE CADA SER HUMANO E AS DECISÕES DO STF

Na dimensão sobre a fragilidade humana e a proteção da integridade física do ser humano é possível vislumbrar, a partir das decisões selecionadas, duas grandes vertentes de preocupação, a saber:

- a primeira, com relação à proteção à maternidade, a infância e à adolescência; o direito ao amparo pelo sistema de seguridade social; e a proteção à terceira idade; e

- a segunda com relação às garantias penais.

Com relação à primeira vertente, o Supremo Tribunal Federal vem concretizando o princípio da dignidade da pessoa sob dois aspectos, a saber:

a) de um lado, mostrando uma preocupação com o direito à saúde, estabelecido no acórdão proferido nos autos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 271286/RS²¹⁵ que determina a distribuição gratuita de medicamentos a pessoa destituída de recursos financeiros e portadora do vírus HIV²¹⁶; bem como no aresto proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2435-3 RJ²¹⁷, no qual se considera constitucional a lei do

²¹⁵ RE-AgR 271286/RS. Relator Ministro Celso de Mello Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Publicado no DJ 24/11/2000 PP 00101 e Ementário vol 02013-07 PP 01409.

²¹⁶ Foram coletadas outras 67 decisões no mesmo sentido para doenças graves e dispendiosas, dentre as quais menciono: AI n.º 507072/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa para pessoa com de esclerose lateral amiotrófica; o AI n.º 570455/RS Relator Celso de Mello, referente a pessoa portadora de glaucoma crônico; e o RE n.º 431150/ES Relator Ministro Sepúlveda Pertence, ligado ao caso de uma pessoa com esclerose múltipla.

²¹⁷ ADI 2435-3 MC /RJ. Relatora Ministra Ellen Gracie. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Publicada no DJ 31-10-2003 PP 00014 Ementário vol 02130 PP 0215. Assim ementada: " Ação Direta de Inconstitucionalidade.. Lei 3542/01 do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos. Ausência de periculum in mora tendo em vista que a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não da lei se dá de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da própria vida. Periculum in mora inverso.

Estado do Rio de Janeiro que obriga as farmácias a dar descontos a idosos na compra de medicamentos;

b) de outro lado, a posição recente do Supremo Tribunal Federal no sentido de permitir ao juiz de primeiro grau a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, V²¹⁸ da Constituição Federal nos casos em que a renda familiar é superior a ¼ do salário mínimo, apesar do próprio Supremo anteriormente ter declarado a constitucionalidade do artigo 20 e seu parágrafo 3º da Lei n.º 8.742/93 nos autos da ADI 1231, publicada no ano de 2001.

Esta última posição do STF se externa por meio de diversas decisões, dentre as quais analiso a proferida na Reclamação n.º 3805/SP²¹⁹.

No que tange à segunda vertente, a pesquisa localizou um acórdão sobre tortura, a saber, o proferido no Habeas corpus, o qual é detidamente analisado infra.

Sobre dignidade da pessoa humana associada às garantias penais, a pesquisa obteve 22 acórdãos proferidos em sede de habeas corpus (aí incluídos 2 acórdãos sobre a prisão civil).

Foram coletadas também 25 decisões em habeas corpus versando sobre a proibição de auto-incriminação das pessoas convocadas para prestar depoimento no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI.

Relevância ademais do disposto no art. 230, caput da CF, que atribui à família, à Sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Precedentes: ADI n.º 2.163/RJ e ADI n.º 107-8/AM. Ausência de plausibilidade jurídica na alegação de ofensa ao § 7º do art. 150 da Constituição Federal, tendo em vista que esse dispositivo estabelece mecanismo de restituição do tributo eventualmente pago a maior, em decorrência da concessão do desconto ao consumidor final. Precedente: ADI n.º 1.851/AL. Matéria relativa à intervenção de Estado-membro no domínio econômico relegada ao exame do mérito da ação. Medida liminar indeferida.”

²¹⁸ “Artigo 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

²¹⁹ Rcl 3805/SP. Relatora Ministra Carmen Lucia. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social, Reclamado: Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Jaboticabal. Publicada no DJ 18/10/2006 P 00041.

Por fim, obteve-se, em resposta à dignidade da pessoa humana no âmbito penal, duas decisões em pedidos de extradição.

Em face do número extenso de respostas obtidas sobre a associação entre dignidade da pessoa humana e garantias penais, optou-se pela análise de três decisões mais representativas do perfil da dignidade.

3.3.1 Dignidade e direito à saúde

O Município de Porto Alegre interpôs agravo regimental da decisão proferida em Recurso Extraordinário. Neste, por conta do Município e do Estado do Rio Grande do Sul, foi assegurada a distribuição gratuita de medicamentos à agravada. Tratava-se de pessoa portadora do vírus HIV sem recursos financeiros para arcar com a compra dos remédios vitais ao controle da doença.

Em suas razões de recorrer, o Município alegou falta de previsão orçamentária específica e inobservância da repartição de responsabilidades quanto ao custeio da saúde, que se estende também ao governo federal.

Ao decidir, o Ministro relator apontou que a questão era ou proteger o direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição da República (artigo 5º caput e artigo 196), ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado. Ele entendeu, frente a este dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só opção: a que privilegia o respeito à vida e à saúde humana.

Com esta decisão, o Ministro vislumbrou a concretização de preceito fundamental da Constituição da República (artigo 5º e artigo 196), “traduzindo-se num gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente aquelas que nada têm e nada possuem além da consciência de sua própria humanidade e da sua essencial dignidade”.

Já na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2435/RJ, a Confederação Nacional do Comércio

impugnou a Lei n.º 3542/01 do Estado do Rio de Janeiro que obrigava as farmácias e drogarias situadas no referido estado a conceder descontos para consumidores maiores de 60 anos, nos percentuais de 15% a 30% de acordo com a idade do idoso.

Como argumento, a Confederação Nacional do Comércio aduziu que a referida lei feria o princípio da livre iniciativa e concorrência inseridos no art. 170, caput, da Constituição, constituindo-se intervenção indevida do Estado na economia.

Aduziu, ainda, que houve violação do art. 3º, IV da Constituição Federal, bem como do princípio da igualdade inserido no artigo 5º daquela norma, pois a lei discriminaria as pessoas de acordo com o critério de idade.

Em sua defesa, o Estado do Rio de Janeiro aduziu que a referida lei se insere em sua política em defesa das pessoas de terceira idade, e amparou sua ação nos artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana); 3º, I (ser fundamento do Estado a construção de uma Sociedade livre, justa e solidária) e 203 (que confere à família, à Sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando-lhes uma vida digna), todos da Constituição.

A Ministra relatora entendeu que era caso de indeferimento da medida liminar por ausência de “periculum in mora”. Para ela, a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não da lei se daria de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da própria vida, que se vêem beneficiados pela política de descontos.

Considerou, ainda, a relatora, que o perigo na demora no julgamento do processo era reversa. Ponderou que o comando do art. 230, caput da CF, que atribui à família, à Sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Ambas as decisões apontam pela existência de vetores no sentido de que é necessário se preservar a dignidade da pessoa humana em face

da fragilidade de sua existência – doença e velhice. Concluíram que essa preservação é responsabilidade tanto do Estado, em qualquer de suas esferas, quanto da Sociedade.

Na última decisão, ainda que por maioria, é possível dizer que ela foi inovadora ao apontar para uma possível atribuição de responsabilidade ativa aos particulares para implementação dos direitos e garantias individuais consubstanciadas na Constituição.

3.3.2 Dignidade e amparo ao portador de deficiência e idoso

O Instituto Nacional do Seguro Social interpôs a Reclamação n.º 3805/SP contra ato do juiz de direito da 3ª Vara da Comarca de Jaboticabal, que deferiu o benefício previsto no artigo 203, V da Constituição Federal, para entidade familiar, composta por duas pessoas, que recebia um salário mínimo mensal. Segundo a Autarquia previdenciária, o valor era superior ao limite de ¼ do salário mínimo per capita previsto no artigo 20 da Lei 8.742/1993 (que dispõe sobre a assistência social). Afirmou que esta norma restritiva foi declarada constitucional pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1232/2001.

A Ministra relatora negou seguimento à reclamação, aduzindo que o juiz “a quo” não descumpriu o teor do decidido pelo STF na ADI 1232/2001.

Isto porque, para a Ministra, a pobreza extrema é a marca de uma inferioridade com relação ao que é considerado como normal e uma dependência com relação aos outros. É um estado de exclusão que implica na ajuda permanente de outro. É, acima de tudo, feita de humilhação e de privação.

Para ela, este estado de miséria é incompatível com a dignidade da pessoa humana garantido pelo artigo 1º, III, da Constituição da República, e a política definida para ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no artigo 3º e seu incisos.

Neste quadro, concluiu a ministra, a sentença “a quo” apenas teria dado cumprimento a Constituição da República, sendo, por isso, mantida pelo STF, que é o seu guardião.

3.3.3 Dignidade da pessoa, especialmente criança e do adolescente e o combate a tortura

No que toca à proteção contra as fragilidades do ser humano, destaca-se o combate à tortura.

Com relação à expressão “tortura”, a pesquisa localizou 106 acórdãos e 211 decisões monocráticas. Porém, seguindo a metodologia declinada no início deste capítulo, a associação específica entre tortura e dignidade da pessoa humana localizou apenas 5 acórdãos. Destes, selecionou-se o Habeas corpus nº 70389/SP.

A advogada Tânia Lis Tizzoni Nogueira impetrou o Habeas Corpus nº 70389/SP²²⁰, a favor de dois menores adolescentes, apontando como

²²⁰ HC 70389/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Paciente: Herbert Fernando de Carvalho e outro. Impetrante: Tânia Lis Tizzoni Nogueira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Publicado no DJ 10/08/2001 PP 00003 e Ementário vol 02038 PP 00186. Assim ementado: “TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - EXISTÊNCIA JURÍDICA DESSE CRIME NO DIREITO PENAL POSITIVO BRASILEIRO - NECESSIDADE DE SUA REPRESSÃO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SUBSCRITAS PELO BRASIL - PREVISÃO TÍPICA CONSTANTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90, ART. 233) - CONFIRMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA DE TIPIFICAÇÃO PENAL - DELITO IMPUTADO A POLICIAIS MILITARES - INFRAÇÃO PENAL QUE NÃO SE QUALIFICA COMO CRIME MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA TIPICIDADE. - O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia

coator a 3ª Câmara do Superior Tribunal de Justiça. Este, ao examinar um de conflito de competência, cindiu a competência para exame da conduta perpetrada por policiais militares contra os menores, declarando ser de competência da Justiça Militar o julgamento quanto às lesões corporais (artigo 129, do Código Penal) e da Justiça Comum o julgamento no que concerne ao crime de tortura contra criança e adolescente (artigo 233, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Os policiais, ao investigar o furto de uma bicicleta, detiveram e conduziram os menores à delegacia, onde passaram a agredi-los com pontapés, socos e golpes de cassetetes para que confessassem o crime.

Abrindo a votação, o Ministro relator se posicionou pelo trancamento da ação penal e a absolvição *in limine litis* dos policiais. Argumentou que não havia um conceito de tortura específico. Para ele, faltava, no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma discriminação dos atos em espécie que comporiam o conceito de tortura.

Porém restou vencido em sua tese.

e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. NECESSIDADE DE REPRESSÃO À TORTURA - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, in fine). TORTURA CONTRA MENOR PRATICADA POR POLICIAL MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO. - O policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, danos físicos a menor eventualmente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a todas as conseqüências jurídicas que decorrem da Lei nº 8.072/90 (art. 2º), editada com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição. - O crime de tortura contra criança ou adolescente, cuja prática absorve o delito de lesões corporais leves, submete-se à competência da Justiça comum do Estado-membro, eis que esse ilícito penal, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos previstos pelo Código Penal Militar, refoge à esfera de atribuições da Justiça Militar estadual.

Para o Ministro designado para o acórdão, o fato do tipo penal do artigo 233, da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), não identificar os meios de execução do crime de tortura não importa em violação do princípio da legalidade ou da anterioridade, pois a lei penal admite tipos abertos suscetível de integração pelo magistrado.

Conforme o Ministro, a simples referência à tortura, constante naquele dispositivo legal, exterioriza um universo conceitual que o sentimento de decência das pessoas identifica como condutas aviltantes e cujo núcleo principal é a profunda insensibilidade moral daquele que se presta a ofender a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, nos dizeres do Ministro relator para o acórdão, o comportamento brutal e inaceitável dos policiais, além do juízo de reprovabilidade ético-penal, revelou, no gesto primário e brutal, uma intolerável afronta aos direitos da pessoa humana e desprezo pela ordem jurídica – ordem jurídica esta que inclui o comprometimento internacional do Brasil no combate à tortura (conforme a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e do Pacto de São José da Costa Rica).

Para o Ministro, a tortura é a negação arbitrária dos direitos humanos e, realizada no âmbito do Estado, evidencia a tendência de asfixiar e até mesmo de suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento jurídico.

Concluiu o Ministro que, considerando a tutela especial dada à criança e ao adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a competência para analisar o feito é da Justiça Comum dos Estados – e não da Justiça Militar.

Da posição do STF neste acórdão – citado em outras decisões²²¹ - é possível concluir que devem ser coibidas as condutas que tendem a asfixiar ou extirpar dignidade dos seres humanos, mediante criação de exceções ao princípio e valor da dignidade da pessoa humana.

3.3.4 Dignidade da pessoa e garantias penais

Como já salientado, em torno das garantias penais foram selecionadas três decisões:

- 1) Habeas Corpus 89176/PR²²², sobre direito de defesa;
- 2) Habeas Corpus 88553 MC/DF²²³, referente ao direito ao silêncio e a vedação à auto-incriminação
- 3) Habeas Corpus 82959/SP²²⁴, ligado à progressão do regime de cumprimento de pena em crimes hediondos.

²²¹ Citado, por exemplo, no âmbito do do HC 82424/RS analisado supra, referente à prática do racismo.

²²² HC 89176/PR. Relator Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Cleiton José Assumpção. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Publicado no DJ 22/09/2006 PP 00060 e Ementário vol 2248-03 PP 00490. Assim ementado: “Habeas Corpus. 1. Crime previsto no art. 240, caput, do Código Penal Militar (furto simples). 2. Alegação de nulidade do acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar por falta de intimação pessoal do Defensor Público, ou mesmo do dativo, para a sessão de julgamento do Recurso Criminal interposto pelo Ministério Público Militar. 3. O direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da ausência de intimação de defensor público para fins de julgamento do recurso, constata-se, no caso concreto, que o constrangimento alegado é inegável. 4. No que se refere à prerrogativa da intimação pessoal, nos termos do art. 5º, § 5º da Lei nº 1.060/1950, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que essa há de ser respeitada. Precedentes: HC nº 84.747/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, DJ de 26.08.2005; HC nº 83.847/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 1ª Turma, unânime, DJ de 20.08.2004; HC nº 82.315/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, unânime, DJ de 14.11.2002; HC nº 76.934/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, unânime, DJ de 13.11.1998; HC nº 74.260/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, unânime, DJ de 14.11.1996; HC nº 70.521/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, unânime, DJ de 01.10.1993. 5. Ordem concedida para que seja decretada a nulidade do acórdão do Superior Tribunal Militar, proferido nos autos do Recurso Criminal (FO) nº 2006.01.007321-9/PR, e determinar que outro julgamento seja realizado, com a regular intimação pessoal

²²³ HC 88553 MC/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Roberto Teixeira. Impetrante: Roberto Teixeira. Coator: Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI dos Bingos. Publicado no DJ 25/05/2006 PP 00007

Nos autos do Habeas Corpus 89176/PR, o paciente alegou a nulidade do aresto proferido pelo Tribunal Superior Militar que estabeleceu a competência daquela jurisdição especial para dirimir o feito.

O fundamento do habeas corpus era a violação do direito à defesa, pois o defensor dativo não foi intimado para a sessão de julgamento realizada perante o Superior Tribunal Militar.

O Supremo Tribunal Federal acolheu a tese do paciente.

Conforme o Ministro relator do habeas, o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos dizeres do Ministro, o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua acepção originária, proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais.

Ele salientou que o Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

Nas palavras do Ministro, “em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (“rechtliches Gehör”) e fere o princípio da dignidade humana [“Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre

²²⁴ HC 82959/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Paciente: Oseas Campos. Impetrante: Oseas Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Publicado no DJ 1/09/2006 PP 00018 e Ementário vol 2245-03 PP 00510. Assim ementado: “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÔBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90

die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.]" (MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck , 1990, 11 18)."

Conclui o Ministro que esta premissa é suficiente para fazer incidir a essência do direito à defesa. Se há justo receio de ser infringido, ele deve assumir máxima efetividade na ordem constitucional.

Extrai-se, pois, do voto do Ministro, que a persecução criminal deve observar estritamente os princípios e garantia ligados ao devido processo legal (no caso, a ampla defesa). Isso porque o homem não pode ser manipulado ou reduzido a um objeto pelo Estado, sob pena de comprometimento de sua dignidade humana.

O caso Habeas Corpus 88553 MC/DF não diverge desta linha de entendimento. Neste, o impetrante, Roberto Teixeira, apontou como autoridade coatora a Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos (CPI dos Bingos), em razão de sua convocação para prestar depoimento para fins de investigação parlamentar.

Dentre os requerimentos formulados pelo impetrante consta o pedido principal de declaração de nulidade do ato de convocação realizado pela CPI dos Bingos e suspensão de seus efeitos. Pediu, subsidiariamente, que as perguntas eventualmente efetuadas fossem relacionadas aos fatos que motivaram a instauração da CPI dos Bingos e que fosse facultado ao impetrante não responder as perguntas. Por fim, requereu que fosse assistido em todo o seu depoimento por advogados devidamente constituídos.

Ao examinar o pedido liminar, o relator ressaltou que no ofício de convocação realizado pela CPI dos Bingos não estava esclarecido se o impetrante seria ouvido a título de averiguado ou de testemunha.

Diante deste cenário, o impetrante fazia jus à proteção constitucional de se manter em silêncio, sem qualquer sanção, na hipótese de ser eventualmente acusado pela CPI.

Para o relator, o direito de permanecer em silêncio é exercício legítimo da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa e não é suscetível de caracterizar falso testemunho ou dar ensejo à prisão.

Da mesma forma, o Ministro considerou que o impetrante – advogado militante - não poderia ser constrangido a falar sobre qualquer assunto que se insira no seu dever de sigilo profissional.

O Ministro salientou que:

o direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (nemo tenetur se detegere) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. (...) (HC 79.812-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.02.2001) Essa orientação, amplamente consolidada na jurisprudência da Corte (dentre outros: HC no 83.357-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 26.03.2004; HC no 79.244-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.03.2000), tem sido objeto de críticas da Sociedade e dos meios de comunicação, no sentido de se conferir um "bill of indemnity" ao depoente para que ele se exima de fornecer informações imprescindíveis à regular instrução

Ele sublinhou que, apesar das críticas da Sociedade e dos meios de comunicação, se os direitos individuais possuem eficácia superior à das normas meramente programáticas, então é necessário identificar precisamente os contornos e limites de cada direito.

Neste contexto, prosseguiu o relator, o direito ao silêncio, que assegura a não-produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim o Ministro outorgou ao impetrante o salvo conduto, eximindo-o de assinar termo de compromisso na qualidade de testemunha ou de se manifestar sobre os assuntos que envolvam o dever de sigilo, e, ainda, assegurando ao impetrante o direito de permanecer calado, em seu depoimento perante a CPI dos Bingos, sem que, por esse motivo específico, seja preso ou ameaçado de prisão.

A última decisão que se analisa neste subitem se refere a uma mudança de orientação recente sobre a progressão de regime nos crimes hediondos realizada no âmbito do Habeas Corpus nº 82959/SP.

Neste julgamento o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que prevê o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para os apenados pela prática de crime hediondo.

Em suas razões, o Ministro relator salienta que o artigo 5º, XLIII, da Constituição, dispôs que os crimes hediondos são a) inafiançáveis; b) insuscetíveis de graça ou c) anistia – mas não vedou a progressão de regime.

Para ele, foi a Lei 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que acrescentou o cumprimento da pena em regime integralmente fechado e a necessidade de que o juiz aponte as razões para o acusado recorrer em liberdade.

Esta disposição infraconstitucional, contudo, impõe, no sentir do relator e dos que acompanharam seu voto, numa restrição inconstitucional do direito à individualização da pena.

A Constituição, no artigo 5º, incisos XLVI e XLVIII, longe de proibirem a progressão de regime - consagram o princípio da individualização da pena tanto na fase de cognição quanto na de execução penal, execução esta que deve ser individualizada em estabelecimento prisional de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Para o Ministro relator,

assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à Sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinqüir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Nesse quadro, afirmou o relator que a idéia de individualização da pena se insere na noção de dignidade da pessoa humana, sendo que um de seus corolários. É que a progressão de regime importa na ressocialização do ser humano e sua reintegração na Sociedade.

Do exame da decisão supra é possível concluir que o postulado da dignidade da pessoa manda que, mesmo quando o indivíduo cometa um crime hediondo, deve ter sua pena individualizada, assegurando-se mecanismos (como a progressão de regime) que busquem a sua reintegração no corpo social.

3.4 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA À ESFERA DA VIDA ATIVA REFERENTE À VIDA BIOLÓGICA SATISFATÓRIA, E À FRUIÇÃO DOS ARTIFICIALISMOS DO MUNDO, OU SEJA, A DIMENSÃO DA IGUALDADE

A dignidade da pessoa humana está diretamente ligada à igualdade, e a tutela da igualdade na Constituição Federal de 1988 inclui tanto a igualdade formal (artigo 5º da Constituição Federal) quanto a material (cujo vetor

valorativo se encontra expressamente indicado no artigo 3º, III da Constituição Federal).

A dimensão da dignidade ligada à igualdade jurídica formal está presente nas decisões do STF especialmente no que concerne à preservação da identidade da pessoa – o que importa em condutas comprometidas com a coibição da discriminação em função de orientação sexual ou de raça (como vimos na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300/DF e no julgamento do Habeas Corpus 82424/RS).

No campo da igualdade material, contudo, a concretização dos direitos sociais é um tema complexo, porque nele duas teorias se opõem: a da reserva do possível versus o mínimo existencial.

Porém, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de que é imprescindível a concretização dos direitos fundamentais, inclusive os direitos humanos de segunda geração, especialmente no que se refere à garantia de um mínimo existencial para as pessoas.

Vetor neste sentido está o aresto sobre a distribuição gratuita de medicamentos às pessoas carentes já examinado supra no RE-AgR 271286/RS, ou mesmo, o entendimento recente do STF no sentido de que o juiz *a quo* pode e deve conceder o benefício assistencial previsto no artigo 203, V da Constituição Federal no caso de miserabilidade extrema.

3.4.1 Discricionariedade administrativa versus dignidade da criança

A decisão cuja análise se segue compreende a noção de dignidade da pessoa humana tanto como direito à trajetória de vida quanto como direito ao mínimo existencial.

No Agravo Regimental em sede de Recurso Extraordinário RE AgR n.º 410715²²⁵, o Município de Santo André se insurgiu contra o acolhimento da pretensão formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo que assegurava o direito das crianças de 0 até 6 anos ao atendimento em creches e pré-escolas, obrigando o Município a proceder à respectiva matrícula e fornecer os meios para cumprimento da obrigação.

A insurgência do Município se baseava nos seguintes argumentos: a) a obrigação não é exclusiva do Município, mas do Poder Público Federal; b) a falta de disponibilidade orçamentária Municipal e carência de recursos para financiar a educação infantil; e c) malferimento do princípio da separação de poderes.

A referida insurgência não foi acolhida pelo STF em voto do Ministro relator, que afirmou:

a) que cabe aos Municípios atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (artigo 211, parágrafo 2º, da CR), de tal sorte

²²⁵ Re AgR n.º 410715/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Publicado no DJ 03-02-2006 PP 00076. Assim ementado: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina."

que não podem se demitir do mandato constitucional ou frustrá-lo com base em razões de oportunidade e conveniência ou pragmáticos;

b) a discricionariedade do Estado é limitada em temas de concretização de direitos fundamentais de tal sorte que “a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento, pelo Poder Público, notadamente pelo Município”; e

c) embora não seja incumbência do Poder Judiciário o estabelecimento de políticas públicas, a natureza dos direitos fundamentais autoriza a adoção de medidas judiciais visando sua concretização, especialmente num contexto em que a eventual inércia importa em violação ou aniquilação destes mesmos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

Especialmente com relação ao direito à educação, o Ministro sustenta que sua concretização está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana, na medida em que o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, é o de adotar políticas que façam cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola.

Ou seja: a dignidade da pessoa humana está ligada também a direitos sociais que oportunizem a inclusão da pessoa, especialmente o direito à educação, que remonta ao início da trajetória de vida de cada um no período da infância.

3.5 A DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA LIGADA A SUA ADMISSÃO COMO SUJEITO NO DISCURSO E NA AÇÃO NO MEIO DE SEUS PARES, OU SEJA, NO DIREITO À PARTICIPAÇÃO DISCURSIVA E À AÇÃO

No que concerne a esta esfera de atuação do Supremo Tribunal Federal, a sua concretização não se reflete em alguma decisão específica, mas decorre da análise do conjunto dos julgados acima relacionados.

A busca pela cidadania realizada pela Sociedade brasileira se expressa na multiplicidade de atores que buscam a tutela constitucional perante o Supremo.

Por outro lado, a análise dos julgados do STF mostra a existência de uma vocação da Corte Superior para concretizar o postulado da dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira.

Este compromisso se reflete na permanente política judiciária de inclusão: inclusão dos discriminados e inferiorizados, da criança, do idoso, do doente, do muito pobre, dos acusados criminalmente, enfim, de aqueles que, como bem salientou o Ministro relator na apreciação do RE-AgR 271286/RS, muitas vezes e em alguns casos, “nada tem e nada possuem além da consciência de sua própria humanidade e da sua essencial dignidade”.

Este compromisso político envolve superar muitas dificuldades e barreiras, inclusive as impostas pelo próprio Estado que, sob o fundamento da reserva do possível, quer relegar à ineficácia princípios constitucionais fundamentais, mesmo o postulado da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente Dissertação buscou analisar o postulado da dignidade da pessoa humana e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

A idéia que animou o trabalho foi a de estudar o postulado da dignidade da pessoa humana a partir da sua matriz filosófica de direito. Desse ponto de início, investigou-se sua inserção no texto constitucional brasileiro e sua concretização pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Os problemas que de início se apresentaram no desenvolver dos trabalhos se consubstanciam nas seguintes indagações:

a) É possível, em tese, encontrar uma concepção de dignidade da pessoa humana na obra de Hannah Arendt ?

b) Qual o papel de uma Constituição e de uma Corte Constitucional na implementação do princípio da dignidade da pessoa humana?

c) A partir desse papel, é possível identificar julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizem o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da sua decisão e com isso a concretizam?

Para tanto, elegeram-se as seguintes hipóteses:

a) Supõe-se, ao se indagar sobre a concepção de DPH na obra de Hannah Arendt, que ela existe e que pode ser identificada;

b) Supõe-se, ao se cogitar do papel da Constituição e da Corte Constitucional, que ele consiste na regulação da Sociedade com vista à salvaguarda da dignidade da pessoa humana;

c) Supõe-se, ao se cogitar sobre os julgados do STF, que há decisões desta Corte que se utilizam, direta ou indiretamente, do princípio da dignidade da pessoa humana como seu fundamento e com isso a concretizam na realidade prática da vida dos cidadãos brasileiros.

Por ordem de especificação das hipótese supra citadas, indica-se as seguintes respostas:

a) Quanto ao conceito de dignidade da pessoa humana foi possível concluir que existem dificuldades teóricas para o estabelecimento de seu significado.

Isto porque este significado não é previamente estabelecido pelo mundo jurídico, o que torna obrigatório o recurso à filosofia, ainda, porque a dignidade da pessoa humana é uma expressão polissêmica.

A escolha da perspectiva de Hannah Arendt para o estudo da dignidade da pessoa humana ocorreu em face da multiplicidade de ângulos e eventos em que a condição humana é analisada pela autora na obra do mesmo nome.

Hannah Arendt, na sua obra específica, reexamina e redimensiona diversas questões relacionadas à condição humana.

Ela articula as diversas esferas em que se dá a vida humana, da biológica à política, onde se vislumbra uma complexidade do ser humano em diversos aspectos.

A partir do estudo sobre a condição humana – sobre o quê, afinal, faz o ser humano tão forte e ao mesmo tempo tão frágil – se pode extrair a exata dimensão de sua dignidade.

Considerando a natalidade como início da ação humana e o conflito do homem com a mortalidade (a sua busca pela imortalidade através da história), Hannah Arendt desfila as três esferas da vida ativa: o labor, o trabalho e a ação.

O nascimento (a natalidade) e a morte (a mortalidade), são os pontos em comum entre as esferas da vida activa.

Para a autora, a intangibilidade do Ser Humano deriva: a) de cada nascimento enquanto evento, simultaneamente, biológico e de inserção de um ser único, um iniciador insubstituível, no mundo; b) da trajetória de vida de cada um e da convivência com a pluralidade; e c) da consciência da morte.

De tal sorte que, na verdade, a dignidade da pessoa humana se dá pela articulação das diversas esferas do que chama *vita activa*, a saber, a dimensão da vida biológica, do homem construtor de coisas que são acrescentadas ao mundo e da vida política.

A partir das reflexões de Hannah Arendt é possível alinhar o entendimento de uma a noção de dignidade da pessoa humana para a lógica do presente estudo.

A vida biológica e a sua fertilidade, a busca pela realização de um processo vital satisfatório, o trabalho de fabricação de cada homem são expressões da humanidade de cada um e aspectos da relação do homem com o mundo.

Porém a dimensão do labor e do trabalho somente são realmente dignas quando se faz do homem mais do que um mero consumidor, mais do que um mero usuário sem consciência.

Será no discurso e na ação, ou seja, na relação que é estabelecida entre os homens com relação a sua condição humana, é que será dada a exata dimensão dignidade da pessoa humana.

Nesta relação está um duplo reconhecimento.

De um lado, a singularidade e identidade de cada um (que torna cada homem único e conseqüentemente livre).

De outro, da certeza de que um homem é igual aos demais na medida em que partilha uma realidade biológica e física. Partilha, também, de uma pretensão à uma vida satisfatória e à fruição dos bens que fabrica. Enfim,

partilha da mesma condição humana e dos mesmos perigos que lhe podem advir da indignidade.

Esta noção de liberdade e igualdade se desenvolve num mundo que se estabelece para além das trajetórias individuais, um mundo que cada homem recebe como herança do passado, onde cada homem vive um presente e onde ele constrói, através da ação e do discurso, um futuro para as próximas gerações.

Neste sentido a fraternidade se constitui um dos elementos essenciais à dignidade da pessoa humana.

A fraternidade se expressa no perdão (e na condição do amor à essência humana que lhe é subjacente) e na capacidade que temos de fazer promessas um para os outros, ou seja, de estabelecermos ilhas de certeza no mundo tempestuoso, que é o compromisso político que temos para com a nossa própria espécie.

No caso da dignidade da pessoa humana, o compromisso em respeitar em cada homem a dignidade resultante da fragilidade de nossa própria condição humana: a liberdade, a igualdade, a fé e a esperança no mundo e no devir.

A partir das premissas supra expostas é possível se elaborar um conceito operacional sobre a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é, pois, a intangibilidade ligada ao nascimento e a morte de cada ser humano e às relações que, nesta trajetória de vida, estabelece com os demais seres humanos no mundo físico partilhado por todos, que compreende: a) o reconhecimento de que cada ser humano é singular, imprevisível, e livre e neste sentido, paradoxalmente, diferente e simultaneamente igual aos demais homens com que convive no ambiente plural; b) o reconhecimento da fragilidade humana e da necessidade de proteção da integridade física e psíquica de cada ser humano; c) o reconhecimento de que cada homem faz jus à vida biológica satisfatória, e à fruição consciente dos artificialismos do mundo, ou seja, à criação dos objetos e riquezas e ao gozo dos

bens colocados no mundo pelas suas próprias mãos e pela dos que lhe antecederam, o que está ligado à idéia de igualdade; d) a admissão de cada ser humano, como sujeito sujeito no discurso e na ação no meio de seus pares e e) a capacidade de cada um de perdoar e de estabelecer promessas, gerando um compromisso político que considera o passado, se estabelece com relação ao presente e se impõe em direção ao futuro.

Partindo deste conceito operacional, é possível examinar a tutela jurídica dada à dignidade da pessoa humana nas suas diversas dimensões pela Constituição Federal.

b) No moderno constitucionalismo, e nos dizeres de Konrad Hesse, a Constituição tem uma força normativa vinculante, que exerce influência na Sociedade²²⁶.

Nesse contexto, a interpretação constitucional assume papel fundamental, porque uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição.

O papel da dignidade da pessoa humana, nesta compreensão ampla de Constituição, suas normas e da interpretação na sua concretização se apresenta de suma importância.

A Constituição Brasileira estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (artigo 1º. III)²²⁷

Sem embargo da força vinculante como regra de direito, a dignidade da pessoa humana também desfruta da qualidade de princípio e valor. Ou seja, ela é padrão deontológico e axiológico de moralidade dentro da

²²⁶ “HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**, p. 18-19.

²²⁷ Com a seguinte redação: Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- A soberania; II -A cidadania; III- A dignidade da pessoa humana; IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V-O pluralismo político Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

comunidade, servindo como fundamento para o desenvolvimento do direito dentro de um padrão moral de justiça, equidade e devido processo legal.

Neste contexto é relevante a lição de José Afonso da Silva quando afirma que a dignidade da pessoa humana foi consagrada como o valor supremo que atrai todos direitos fundamentais, obrigando 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 'teoria do núcleo da personalidade individual', ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana²²⁸

Justamente em face do amplo alcance do postulado da dignidade da pessoa humana é que tanto Oscar Vilhena Vieira como Ingo Wolfgang Sarlet reconhecem que a dignidade da pessoa humana está vinculada à realização dos direitos fundamentais.

A tutela jurídica dada pela Constituição Federal é ampla e inclui:

- na dimensão da natalidade e trajetória de vida, os seguintes temas jurídicos: o direito à diversidade e a integridade do patrimônio genético (artigo 225, II da Constituição); o direito à vida (artigo 5º, caput da Constituição Federal); a proteção à maternidade e à infância (artigo 6º da Constituição Federal); a proteção à família (artigo 226 e 227 da Constituição Federal) e o direito da criança e do adolescente, com absoluta prioridade, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultural, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além da proteção contra a negligência, a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227 da Constituição Federal);

²²⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 105

- na dimensão das liberdades, inclui a liberdade da pessoa física; a liberdade de pensamento e suas correlatas; a liberdade de expressão coletiva em suas várias formas; a liberdade de ação profissional; a liberdade de conteúdo econômico e social;

- na dimensão sobre a fragilidade humana e a proteção da integridade física do ser humano é possível se divisar no direito constitucional brasileiro duas grandes vertentes de preocupação, a saber, a primeira, com relação à proteção à maternidade, a infância e à adolescência; o direito ao amparo pelo sistema de seguridade social; e a proteção à terceira idade; e a segunda com relação ao exercício do poder coercitivo do Estado sobre a pessoa física dos presos;

- na dimensão da igualdade inclui tanto a igualdade formal que se deduz do postulado geral da igualdade de todos perante a lei (artigo 5º caput da Constituição Federal) quanto a igualdade material, na medida em que neste sentido consta um vetor valorativo expresso no artigo 3º, III da Constituição Federal, o que leva necessariamente ao debate entre a reserva do possível e o mínimo existencial no âmbito do direito constitucional; e

- na dimensão da ação e do discurso e na participação política, se refere especialmente ao princípio democrático.

As dimensões da dignidade da pessoa humana examinadas no âmbito constitucional servem para delinear um perfil valorativo do que seja dignidade da pessoa humana, direcionado à atuação do Estado e dos particulares.

Aliás, o perfil delineado pela Constituição da dignidade da pessoa humana, ao contrário, foge das respostas rápidas e fáceis: a questão da dignidade é complexa demais para comportar uma resposta simples e envolve, sem sombra de dúvida, opções políticas fundamentais referentes à realidade presente do país e ao seu programa para as futuras gerações.

A concretização das dimensões da dignidade da pessoa humana e a realização efetiva das opções políticas constitucionais dependem em

grande medida da atuação do Supremo Tribunal Federal , cuja função precípua é a de guardião da Constituição conforme a dicção do artigo 102 da Constituição Federal.

A concretização deste postulado da dignidade da pessoa humana pelo Supremo Tribunal Federal e o perfil concreto da dignidade da pessoa humana que advém desta atuação do Supremo Tribunal Federal vivenciada no Brasil é o objeto da última hipótese de trabalho.

c) A última hipótese do trabalho consiste em considerar, sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal, que há decisões desta Corte que se utilizam da dignidade da pessoa humana como seu fundamento e com isso a concretizam na realidade prática da vida dos cidadãos brasileiros.

É importante salientar que em muitos acórdãos e decisões confluem mais de uma dimensão da dignidade da pessoa humana.

Após a análise realizada conclui-se pela existência dos seguintes perfis da dignidade da pessoa humana, concretizados pelo Supremo Tribunal Federal:

- na dimensão do nascimento, trajetória de vida e morte, o Supremo Tribunal Federal reconhece o direito à vida, à identidade pessoal e o direito à tutela da integridade física da criança.

Quanto à tutela da vida, o STF reconhece este direito como princípio e valor de densidade ímpar no que concerne ao estabelecimento da dignidade da pessoa humana a ponto de, mesmo no caso de grave malformação fetal (como no caso dos fetos anencefálicos, em que a morte do feto é o resultado inevitável da concepção) ainda não ter chegado a uma conclusão específica sobre a prevalência (ou não), da transitoriedade desta vida inviável sobre a dignidade pessoal da mulher.

Já no que concerne à identidade pessoal, a posição do STF é bem mais clara: a dignidade da pessoa humana inclui o direito à identidade

pessoal, que deve ser respeitada pelos demais indivíduos, a família e a Sociedade.

Este direito inclui o conhecimento sobre a origem genética da pessoa (a paternidade), o direito ao nome e a integrar uma determinada ordem familiar, o que se sobrepõe ao direito individual da intimidade.

Também inclui o direito de todo o homem de ter sua identidade respeitada pela Sociedade, que deve coibir as formas de preconceito e discriminação que importem em qualquer espécie de desvalorização desta identidade. Como exemplo, no caso analisado, o preconceito e a discriminação em função da orientação sexual de cada um.

Na mesma linha o STF também considerou odiosa a discriminação racial, em aresto que foi analisado sob o prisma das liberdades individuais (liberdade de expressão versus racismo).

A tutela da criança é uma preocupação constante do STF, que busca assegurar as condições educacionais que façam cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola (em aresto que foi analisado por ocasião da dimensão da igualdade).

- sobre a dimensão da liberdade, o STF se posiciona no sentido de que a liberdade de expressão e de informação encontra seus limites na dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, não pode servir para diminuir os direitos da personalidade do indivíduo ou para incitar outras condutas ilegais.

Neste sentido – e ainda considerando o teor do aresto que envolve análise de competência para julgamento de lide envolvendo o crime de tortura (HC 70389/SP) – nota-se a posição forte do Supremo no sentido de que devem ser coibidas as condutas e práticas, nos mais variados graus de gravidade, que tendem, via criação de exceções ao princípio e valor da dignidade da pessoa humana, a asfixiar ou extirpar dignidade dos seres humanos.

- sobre a dimensão referente às fragilidades da pessoa humana e a proteção da integridade física e psíquica, a atuação do Supremo Tribunal Federal visa concretizar o direito à saúde e o objetivo de nossa Constituição de combate à pobreza.

De fato, ao determinar que prevalece o fornecimento gratuito de remédios para pessoas gravemente doentes e carentes sobre o interesse financeiro do Estado, o STF estabeleceu que a dignidade da pessoa humana está ligada ao direito à vida e à saúde, incumbindo ao Estado tutelar, em nome desta dignidade, o doente e o mais pobre.

Igualmente relevante a decisão que, ao não conceder a liminar nos autos da ADI 2435-3 MC/RJ, obrigou também os particulares a participarem das políticas públicas de atendimento à terceira idade, no caso consubstanciado na concessão de descontos pelas drogarias e farmácias aos idosos.

Por fim, segundo o STF, a pobreza extrema, humilhante e degradante autoriza o juiz a conceder o benefício assistencial previsto no artigo 203, V da Constituição à família do deficiente e do idoso, ainda que a renda per capita desta família seja superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

As decisões apontam pela existência de vetores no sentido de que é necessário se preservar a dignidade da pessoa humana em face da fragilidade de sua existência – doença, incapacidade e velhice. Indicam, ainda, que isso é responsabilidade tanto do Estado, em qualquer de suas esferas, quanto da Sociedade.

No que concerne à proteção dos direitos do acusado, os julgados do STF denotam que se insere na noção de dignidade da pessoa humana a idéia de individualização da pena, de direito à defesa e de progressão de regime. Assim, por mais grave e hediondo que seja o crime cometido, o respeito à dignidade do acusado importa assegurar a ele um julgamento justo e, ainda, a possibilidade de sua ressocialização e reintegração na Sociedade.

- quanto à dimensão da igualdade, surge com relevo o combate à discriminação consubstanciado nos julgados do STF. Por outro lado, no que concerne à igualdade material, está assentado que a alegação da reserva do possível não pode impedir a concretização de direitos fundamentais que se consubstanciem num mínimo existencial para a pessoa humana – sob pena de aniquilação mesmo destes direitos.

- sobre a dimensão da participação de cada um na ação e no discurso, a sua concretização não se reflete em algum aresto específico, mas decorre da análise do conjunto dos julgados analisados.

A busca pela cidadania realizada pela Sociedade brasileira se expressa na multiplicidade de atores que buscam a tutela Constitucional perante o Supremo.

Por outro lado, a análise dos julgados do STF mostra a existência de uma vocação da Corte Superior para concretizar o postulado da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Brasileira, o que se traduz em julgados de inclusão.

Ao término do trabalho realizado é possível concluir pela existência de um perfil específico de dignidade da pessoa humana concretizado pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

A dignidade da pessoa humana na atuação do Supremo Tribunal Federal consiste numa permanente valorização do direito à vida; no combate à discriminação e o preconceito, e principalmente, no estabelecimento de uma política inclusão dos discriminados e inferiorizados, da criança, do idoso, do doente, do muito pobre, dos acusados criminalmente, enfim, de aqueles que, como bem salientou o Ministro relator na apreciação do RE-AgR 271286/RS, muitas vezes e em alguns casos, “nada tem e nada possuem além da consciência de sua própria humanidade e da sua essencial dignidade”.

A mestranda conclui com sua visão sobre a temática debatida pelos Membros do Supremo Tribunal Federal que existe a prevalência

da tendência filosófica, e de realização efetiva dos objetivos e valores constitucionais, sobre o enfoque estritamente legalista.

Isto indica a influência do pensamento humano em suas mais variadas matizes sobre o cotidiano prático dos julgadores, e, principalmente, revela a existência de um empenho no cumprimento de um compromisso para com Sociedade brasileira, qual seja, o compromisso de, na medida do possível, tornar eficazes os direitos inseridos no texto constitucional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

ANDORNO, Roberto. **La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique**. Revista Eletrônica Contrepoint Philosophique, Março 2005. Disponível em: www.contrepointphilosophique.ch . Acesso em novembro de 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9 ed, Rio, Forense Universitária, 1999. 352 p.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética versus Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio, Renovar, 2001.

BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio, Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3 ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 797 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 71373. UF: RS
Relator para o Acórdão Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJ de 22-11-
1996.P 45686. Disponível em:
<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/sumario.asp>. Acesso em
novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 248869.
UF: SP. Relator Ministro Maurício Correa. Publicado no DJ 13-03-2004 PP
00038. Disponível em:
<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/sumario.asp>. Acesso em
novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 84025. UF: RJ.
Relator Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 25-06-2004 PP
00004 e RTJ VOL 00191-02 PP 00624. Disponível em:
<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/sumario.asp>. Acesso em
novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito
Fundamental ADPF 54. UF: DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicada
no DJ 2/8/2004 PP 000064. Disponível em:
<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/sumario.asp>. Acesso em
novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de
Inconstitucionalidade ADI 3300 MC. UF: DF. Relator Ministro Celso de
Mello. Publicada no Publicado no DJ 9/2/2006 PP 00006 e RDDP n. 37,
2006, p. 174-176. Disponível em:
<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/sumario.asp>. Acesso em
novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 82424. UF: RS. Relator para o Acórdão Ministro Maurício Correa. Publicado no DJ 19/3/2004 PP 00017. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/sumario.asp>. Acesso em novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento AI 496406. UF: SP. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ 10/8/2006 PP 00041. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário RE-AgR 271286. UF: RS. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ 24/11/2000 PP 00101 e Ementário vol 02013-07 PP 01409. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2435-3. UF: RJ. Relatora Ministra Ellen Gracie. Publicada no DJ 31-10-2003 PP 00014 Ementário vol 02130 PP 0215. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Rcl 3805. UF: SP. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Publicada no DJ 18/10/2006 P 00041. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 70389. UF: SP. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ 10/08/2001 PP 00003 e Ementário vol 02038 PP 00186. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 89176. UF: PR. Relator Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ 22/09/2006 PP 00060 e Ementário vol 2248-03 PP 00490. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medica Cautelar em Habeas Corpus HC 88553. UF: PR. Relator Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ 25/05/2006 PP 00007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 82959. UF: SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicado no: DJ 1/09/2006 PP 00018 e Ementário vol 2245-03 PP 00510. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário HC 410715. UF: SP. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ 03-02-2006 PP 00076. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em novembro de 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1.462 p.

CHOERI, Raul. Transexualismo e identidade pessoal: Cirurgia de transgenitalização. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio, Renovar, 2001..

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Curitiba, Juruá, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando Direitos a Sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

GOVEA, Maurício. A Morte Encefálica e sua Repercussão no Direito. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio, Renovar, 2001

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, 34 p.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1998.

IPPÓLITO, Rita Marasco. Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Escola Direito**, Pelotas, 4(1), Jan./Dez., 2003, p. 71-88.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LEWICKI, Bruno. O homem Construtível: Responsabilidade e Reprodução Assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio, Renovar, 2001, p. 99-154.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 6 ed. OAB/SC Editora: Florianópolis, 2002.

PONTARA, Giuliano. In: BOBBIO, Norberto et alii. **Dicionário de Política**. 12 ed. Brasília, UNB, 1999.

REY, Luis. **Dicionários de Termos Técnicos de Medicina e Saúde**. 2 ed. Rio, Editora Guanabara Koogan, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-Modernidade**. 2 ed, São Paulo, Cortez, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHIERA, Pierangelo. In: BOBBIO, Norberto et alii. **Dicionário de Política**. 12 ed. Brasília, UNB, 1999.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, *.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Bio direito**: Investigações político-jurídicos sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo, LTR, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed., rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 343 p.

TESSLER, Marga Barth. O Direito à Saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, v. 40, p. 75-108.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo, Malheiros, 2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)