

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

GUILHERME EIJI KETAYAMA DOS SANTOS

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL.
ESTRUTURA, FUNÇÕES E CONTEÚDO NORMATIVO.**

CURITIBA

2021

GUILHERME EIJI KETAYAMA DOS SANTOS

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL.
ESTRUTURA, FUNÇÕES E CONTEÚDO NORMATIVO.**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Roosevelt Arraes

CURITIBA

2021

GUILHERME EIJI KETAYAMA DOS SANTOS

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL.
ESTRUTURA, FUNÇÕES E CONTEÚDO NORMATIVO.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formadas pelos
professores:

Orientador: Roosevelt Arraes

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de 2021

Aos meus pais, pelo incondicional apoio,
mesmo nas vezes que errei.

“A vida é uma festa, para a qual todos estão convidados, em igualdade de condições”.
(LUIS ROBERTO BARROSO)

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a problemática por trás da dificuldade em definir um conteúdo normativo concreto para a dignidade da pessoa humana, o que acaba por levar a uma invocação arbitrária ou meramente retórica do princípio, tornando-o, por um lado, um invólucro de uma linguagem sem significado real e, por outro, um artifício retórico que pode justificar qualquer posição jurídica. Para tanto, analisar-se-á, primeiro, a evolução conceitual apresentada pela dignidade da pessoa humana, desde a sua concepção, no pensamento da antiguidade clássica, quando ainda não era um conceito jurídico; passando também pela sua evolução na Idade Média, quando passou a ser concebida como a igualdade dos homens perante Deus; pela sua transformação influenciada pelo pensamento Iluminista, em especial pelo filósofo prussiano Emmanuel Kant, que defendia a dignidade como um resultado da autonomia individual, bem como pelo fato de que todo homem é um fim em si mesmo; até se tornar um dos princípios de maior relevância na ordem jurídica internacional, além de um consenso ético universal, em especial pelo medo de se ver repetir os horrores experimentados pela sociedade durante a Segunda Guerra Mundial. Após, será examinada a estrutura da norma da dignidade da pessoa humana, que incorpora tanto a natureza de princípio quanto de regra, levando-se em consideração, em especial, a doutrina do jurista alemão Robert Alexy. Por fim, o presente trabalho se prestará a investigar o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, com influência principalmente do pensamento de Luís Roberto Barroso, que faz uma classificação tripartite do conteúdo material do princípio, consubstanciada pelo valor intrínseco — que reconhece a dignidade como um valor incondicionado e que atinge a todas as pessoas —, autonomia — que se subdivide em autonomia privada, autonomia pública e mínimo existencial, sendo o substrato da liberdade e da capacidade de se autodeterminar de todos os indivíduos — e valor comunitário — que é o fundamento para justificar restrições ao conteúdo material da autonomia individual, sendo alicerçada pela proteção de valores sociais de grande relevância.

Palavras-chave: Princípio da dignidade da pessoa humana. Conteúdo normativo. Valor intrínseco. Autonomia. Valor comunitário.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the problem behind the difficulty in defining a concrete normative content for the human dignity, which ends up leading to an arbitrary or merely rhetorical invocation of the principle, making it, on the one hand, an envelope of a language without real meaning and, on the other hand, a rhetorical device that can justify any juridical position. To do so, will be analyzed, firstly, the conceptual evolution presented by the human dignity, since its conception, in the thought of classical antiquity, when it was not yet a juridical concept; also passing through its evolution in the Middle Ages, when it came to be conceived as the equality of men before God; by its transformation influenced by Enlightenment thought, in particular by the Prussian philosopher Emmanuel Kant, who defended dignity as a result of individual autonomy, as well as by the fact that every man is an end in himself; until become one of the most relevant principles in the international juridical order, in addition to a universal ethical consensus, especially for the fear of seeing the horrors experienced by society during World War II being repeated. Afterwards, the structure of the norm of the human dignity will be examined, which incorporates both the nature of principle and rule, taking into account, in particular, the doctrine of the German jurist Robert Alexy. Finally, this paper will investigate the normative content of the principle of human dignity, mainly influenced by the thought of Luís Roberto Barroso, who makes a tripartite classification of the principle's material content, embodied by its intrinsic value — which recognizes the dignity as an unconditioned value that affects all people — autonomy — which is subdivided into private autonomy, public autonomy and existential minimum, being the substrate of freedom and self-determination capacity of all individuals — and community value — which it is the foundation to justify restrictions on the material content of individual autonomy, being supported by the protection of highly relevant social values.

Keywords: Principle of human dignity. Normative content. Intrinsic value. Autonomy. Community value.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A GENEALOGIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	11
3 ESTRUTURA E FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	19
3.1 O PRINCÍPIO E A REGRA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	20
3.2 AS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	22
4 O CONTEÚDO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	28
4.1 PREMISSAS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO DA DIGNIDADE HUMANA E A CLASSIFICAÇÃO TRIPARTITE DO PRINCÍPIO	33
4.2 VALOR INTRÍNSECO	37
4.2.1 Direitos Correlatos ao Valor Intrínseco.....	40
4.2 AUTONOMIA.....	44
4.2.1 Autonomia Privada e Autonomia Pública	48
4.2.2 Mínimo Existencial	51
4.3 VALOR COMUNITÁRIO.....	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 fez emergir um novo paradigma na regulamentação das relações entre o Estado e os particulares e entre esses e outros particulares, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, agora alçado a posição de fundamento da República Federativa do Brasil. Por conta disso, a edição, manutenção e aplicação de todas as leis devem ser feitas com vistas a concretização desse princípio ou, ao menos, de forma a não o violar diretamente.

Conquanto essa ideia de concretizar os valores atinentes à dignidade da pessoa humana seja de fácil e quase imediata aceitação no corpo social e jurídico, uma análise mais aprofundada das consequências de sua adesão demonstra as enormes dificuldades na regulamentação e aplicação de tudo que tangencia o princípio.

Inicialmente, há a dificuldade de definir o que exatamente é a dignidade da pessoa humana, um conceito que precede o princípio jurídico e que já era objeto de estudo na filosofia pelo menos dois séculos antes da Constituição de 1988. Depois, há ainda a necessidade de delimitar o conteúdo normativo do princípio, dada a elasticidade que o conceito de “dignidade da pessoa humana” pode comportar.

A superação destes dois obstáculos é essencial para não relegar o princípio a mero status de adereço retórico, a um princípio que, exatamente pela enorme diversidade de interpretações que pode comportar, acaba servindo a sustentação de qualquer posição jurídica minimamente plausível — excluídas aqui apenas aquelas que sob nenhuma perspectiva podem se prestar à edificação de qualquer das interpretações de dignidade humana.

A densificação do princípio da dignidade da pessoa humana o habilita a contribuir de forma relevante na interpretação jurídica e na busca da justiça, deixando de ser mero ornamento retórico nas mãos dos operadores do direito.

Portanto, é de enorme relevância o estudo aprofundado do princípio da dignidade da pessoa humana e de suas consequências na esfera jurídica, sob a pena de transformar aquilo que deveria ser fundamento da existência do próprio Estado em um princípio inócuo, incapaz de densificar a interpretação de qualquer norma jurídica

ou mesmo de colaborar na resolução de casos difíceis, onde, em tese, deveria ter ainda mais importância.

2 A GENEALOGIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de se transformar em um princípio jurídico de inestimável relevância para o direito brasileiro e também de grande parte do mundo — hoje insculpida em 149 cartas constitucionais nacionais, das 194 em vigor¹ —, a dignidade humana começou a ser teorizada no mundo das ideias como um conceito desassociado do universo jurídico, através de uma concepção que muito se distingue daquela difundida atualmente. Conforme novas ideias se afiguravam no campo da filosofia e importantes eventos históricos transformavam as sociedades nas quais estavam imersas a espécie humana, este conceito começou a assumir novos contornos, numa linha do tempo que remonta, ao menos, até a antiguidade clássica.

Conquanto não se pretenda esgotar todo o estudo referente ao desenvolvimento do conceito de dignidade humana ao longo do tempo, é indispensável examinar seus principais marcos históricos, uma vez que indiscutivelmente colaboraram para a construção teórica do atual princípio da dignidade da pessoa humana, possibilitando, por conta disso, uma melhor interpretação deste princípio.

Feitas estas notas introdutórias, passa-se a analisar a primeira concepção de dignidade de que se tem notícia, com berço no pensamento político e filosófico da antiguidade clássica.

Neste momento histórico, reconhecia-se a dignidade como uma característica inerente a espécie humana e que a diferenciava dos demais seres vivos, colocando-a acima desses. Em geral, apontava-se o uso crítico da razão como essa característica especial².

Importante salientar que, diferentemente da noção atual de dignidade que alcança a todos os indivíduos de forma igualitária, a essa altura, a ideia de dignidade humana, ainda que reconhecesse a superioridade da espécie humana como um todo, não reconhecia uma igual dignidade a cada humano que integra a espécie. A essa

¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 13-14.

² Ibid., p. 28-29

dignidade seletiva e desigual, dava-se o nome de *dignitas*, uma espécie de privilégio àqueles que se destacavam pela sua posição social e prestígio em meio a sua sociedade, o que denota a possibilidade de mensurar a dignidade de cada indivíduo³. Conforme ensina o Ministro Barroso⁴,

Como um status pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral. [...] Em cada caso, da dignidade decorria um dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições merecedores de tais distinções, uma obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado com medidas civis e penais.

Trata-se, portanto, de uma noção vertical de dignidade, que reconhece a superioridade humana em relação aos demais seres vivos, mas não atribui igual dignidade e importância a cada humano que integra a espécie⁵. Quanto a isso, basta recordar que o poder político na antiguidade clássica era monopolizado por uma pequena elite social e a escravidão era prática comum e aceita à época.

Ressalta-se que, naturalmente, nem todos os pensadores da antiguidade clássica convergiam para esta mesma concepção de dignidade que a limita à posição social do indivíduo na sociedade. Sarlet destaca os pensamentos do romano Marco Túlio Cícero, que prescreve, em síntese, que todos merecem respeito e consideração pelo simples fato de serem humanos e estarem sujeitos às mesmas leis naturais, uma ideia de dignidade que transcende a anterior, conquanto possa com ela coexistir⁶. Apesar disso, a noção de dignidade associada à posição social ocupada pelo indivíduo é de extrema relevância, pois mesmo que abandonada no plano teórico, continua a produzir efeitos práticos até os dias de hoje.

Salta-se então até a idade média, onde o cristianismo começa a assumir papel fundamental na definição da dignidade humana. Aqui, o novo paradigma da dignidade e superioridade da espécie humana em relação às demais vidas é a sua criação à

³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 32.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13.

⁵ SARMENTO, 2016, p. 27-28.

⁶ SARLET, op. cit., p. 33.

imagem e semelhança de Deus. Contudo, não se desprezava a racionalidade humana em razão disso. Em realidade, a filosofia tomista concebe a racionalidade e o livre-arbítrio como qualidades que decorrem da criação humana à imagem de Deus⁷.

Ademais, neste momento começa-se a se ilustrar os primeiros sinais de uma concepção de dignidade igualitária, que nivela todos os seres humanos independente de atributos subjetivos. Neste aspecto, é comum a citação da uma passagem contida na carta do apóstolo Paulo aos Gálatas⁸, que declara: “Nisto, não há judeu nem grego; não há servo nem livre, não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus”⁹.

Contudo, conforme bem lembra Samento, “não era a igualdade mundana, perante César, que o cristianismo pré-moderno postulava, mas tão somente aquela perante Deus”¹⁰. Ou seja, tal igualdade restringia-se ao plano espiritual, e por mais que a Bíblia prega-se também a máxima de amar o próximo como a si mesmo¹¹, as sociedades que viviam sob a enorme influência da Igreja Católica medieval estiveram sempre submersas em uma profunda desigualdade social e política, ancoradas também em práticas que muito divergem de uma visão que atribua a todos, sem exceção, respeito e dignidade.

Independentemente dessas contradições, é inegável a importância da escolástica na edificação do conteúdo da dignidade humana, seja no arcabouço moral de profunda orientação cristã que serve de base para interpretar o princípio atualmente, seja nos pensadores que vieram a advogar a faceta igualitária da dignidade humana. Quanto a este último aspecto, Samento e Sarlet ressaltam dois pontos essenciais.

O primeiro deles repousa nas ideias propagadas por Giovanni Pico Della Mirandola. O renascentista italiano defendeu que a dignidade humana está assentada em sua autonomia individual, sua capacidade de determinar seus próprios caminhos, servindo de árbitro, soberano e artífice a si mesmo. Com isso, advoga-se ainda a

⁷ SARMENTO, 2016, p. 30-31

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 123; BARROSO, op. cit., p. 15; SARMENTO, op. cit., p. 32.

⁹ Carta aos Gálatas, capítulo 3, versículo 28.

¹⁰ SARMENTO, op. cit., p. 32.

¹¹ Evangelho segundo São Mateus, capítulo 22, versículo 39.

superioridade humana sobre as demais formas de vida, mas sem fazer distinção entre os próprios humanos, uma vez que a todos é possível, pelo menos em tese, determinar sua própria sorte¹².

O segundo ponto diz respeito à controvérsia que ocorreu durante a expansão colonial espanhola, centrando-se o conflito na questão de terem os índios sul-americanos alma e humanidade. Dois frades dominicanos com posições diametralmente opostas encabeçaram o debate, Juan Ginés de Sepúlveda de um lado e Bartolomeu de Las Casas do outro. Suas razões foram discutidas no Conselho de Valladolid, em 1550-1551, sendo estas, segundo Sarmiento, as seguintes:

Sepúlveda, de um lado, afirmava que os índios não tinham racionalidade, nem alma, sendo “homúnculos inferiores”, e não pessoas. Daí porque seria legítimo e natural escravizá-los. Las Casas, no outro bordo, defendia a humanidade e racionalidade dos índios, que lhes conferia o direito natural à liberdade. Afirmava, contudo, que os indígenas deveriam ser convertidos ao cristianismo, embora de forma pacífica¹³.

Quanto a isso, é importante anotar que, por mais que hoje ninguém negaria, e com razão, que todos os povos são e eram dotados de racionalidade, a formulação cristã de superioridade da raça humana pela sua criação à imagem e semelhança de Deus e uso da sua própria razão e livre-arbítrio se estendia apenas aos cristãos, o que justificava, na época, a subjugação de povos inteiros e a escravidão de negros e índios. Apesar disso, Las Casas foi o vencedor da controvérsia, e tal feito é de suma importância porque se dá mais um passo em direção ao reconhecimento universal da dignidade humana, uma vez que o que prevaleceu foi a natureza humana dos indígenas, e não a sua religião.

Apenas com o advento do Iluminismo a dignidade humana se despiu de sua fundamentação religiosa, em especial com a formulação dada pelo filósofo prussiano Immanuel Kant. Segundo o autor, a dignidade humana se fundamenta na autonomia, vez que essa capacita os indivíduos a agir conforme a moral¹⁴, e da qual todos os seres humanos são dotados, independentemente de qualquer atributo subjetivo, como o prestígio social na antiguidade clássica ou a religião na Idade Média. Dessa

¹² SARMENTO, 2016, p. 32-33; SARLET, 2010, p. 34-35.

¹³ SARLET, loc. cit.

¹⁴ Sarmiento, op. cit. p. 35.

autonomia decorre o dever do agir moral, consagrado pela famosa enunciação do imperativo categórico Kantiano — “aja como se a máxima da sua ação devesse tornar-se, pela sua vontade, uma lei universal da natureza”¹⁵.

Trata-se, portanto, de um dever de respeito que alcança a todos de nossa espécie, concretizando a ideia de que o ser humano é um fim em si mesmo. Sobre isso, Barcellos pondera que

[...] para Kant, o homem é um fim em si mesmo — e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação — dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos. Assim é que Kant sustenta a necessidade de separação dos poderes e da generalização do princípio da legalidade como forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais.¹⁶

No campo jurídico e político, os ideais iluministas tiveram enorme influência nas revoluções francesa e norte-americana. A igualdade era um dos lemas da revolução francesa, e a luta contra os privilégios do clero e da nobreza foi uma das principais pautas que moveram os revolucionários. Conforme lembra Sarmiento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1798, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, documentos culminantes, respectivamente, das revoluções francesa e norte-americana, faziam expressa referência a igualdade formal entre os homens¹⁷.

Assim como na Idade Média, eram gritantes as contradições entre estes preceitos e a realidade, seja pela existência da escravidão, seja pelas diferenças sociais que ainda reinavam neste período — sem se olvidar que a igualdade, neste contexto, era apenas formal, e mesmo assim a lei prescrevia medidas de respeito diferentes entre as pessoas. Contudo, a ideia de igualdade começou a criar suas raízes no plano da lei, não mais se limitando ao mundo das ideias, o que foi essencial para que a dignidade viesse a ser paulatinamente mais valorizada pelas legislações posteriores.

¹⁵ Kant, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2018. p. 63.

¹⁶ BARCELLOS, 2008, p. 124.

¹⁷ SARMENTO, 2016, p. 34.

Por fim, o último marco cronológico a ser analisado nesta enorme história que acompanha a dignidade humana foram os horrores que resultaram da Segunda Guerra Mundial. A violência dos conflitos armados em uma era no qual as pessoas habitavam um “mundo civilizado”¹⁸ e principalmente o holocausto que exterminou brutalmente milhares de judeus levou o mundo a repensar suas concepções políticas, bem como a orientar a atuação estatal através da noção de dignidade humana. Ficou evidente a necessidade da criação de instituições que fossem capazes de garantir a paz duradoura, o respeito ao outro, a tolerância religiosa e direitos fundamentais de forma universal, na tentativa de evitar que semelhantes catástrofes viessem a tomar lugar em nosso mundo novamente.

Em função disso, vários foram os tratados internacionais editados no pós-guerra que conclamavam a dignidade da pessoa humana. Sarmiento cita

a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos (1966), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007).¹⁹

Além destes tratados internacionais, várias Constituições passaram a prever a dignidade da pessoa humana como princípio de especial relevância, Rivabem lembra das constituições Italiana (1947), Alemã (1947), Portuguesa (1976) e Espanhola (1978)²⁰.

Neste cenário de reconstrução de nossas bases morais, Barroso especifica dois pontos essenciais para a transposição da dignidade humana do plano moral para o discurso jurídico. Em primeiro lugar, a já referida inscrição da dignidade da pessoa humana como princípio da mais alta relevância em tratados internacionais e

¹⁸ BARCELLOS, 2008, p. 125.

¹⁹ SARMENTO, 2016, p. 54-55.

²⁰ RIVABEM, Fernanda Schaefer. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 43, n. 0, dec. 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7004>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

constituições nacionais ao redor do mundo. O segundo fator foi o gradual abandono do positivismo jurídico que orientava a interpretação do direito em grande parte do mundo, desconstituindo-se aquela noção de que o direito deve estar fechado em si mesmo e abrindo o caminho para que a moral o permeie. Sobre este aspecto, Sarmiento é preciso,

O reconhecimento da força normativa de princípios impregnados de conteúdo moral, como a dignidade da pessoa humana, não tem o condão de abolir a diferenciação entre direito e moral, que é essencial para o funcionamento das sociedades complexas. Porém, ele torna muito mais porosas as respectivas fronteiras. Aquele que interpreta um princípio jurídico como a dignidade da pessoa humana inevitavelmente projeta nesta atividade juízos morais. Neste contexto, debilita-se a distinção tradicional da teoria jurídica entre a descrição do Direito como ele é e a prescrição sobre como ele deveria ser.²¹

Estes quatro tópicos — primeiras concepções de dignidade humana na antiguidade clássica; seu desenvolvimento religioso na Idade Média; a secularização e nova abrangência da dignidade humana no Iluminismo e; a transposição da dignidade humana do plano moral para o direito no 2º período pós-guerra — resumem o desenvolvimento da ideia de dignidade humana na história mundial. Portanto, antes de se adentrar o estudo do conteúdo normativo do princípio da dignidade humana, é necessário, ainda, fazer algumas breves notas sobre a dignidade humana especificamente no contexto brasileiro.

O Brasil acompanhou o movimento mundial de adoção da dignidade humana como princípio estruturante do Estado, ainda que tardiamente, passando esta a figurar no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, além de menções à dignidade em outros artigos específicos²². Antes disso, as Constituições de 1934²³, 1946²⁴ e 1967²⁵ também faziam referência a dignidade, mas se limitavam a fazê-lo no

²¹ SARMENTO, 2016, p. 57.

²² Artigos 170; 226, §6º; 227; 230.

²³ Constituição Federal de 1934: “Art. 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

²⁴ Constituição Federal de 1937: “Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”.

²⁵ Constituição Federal de 1946: “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...]II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana”.

contexto da ordem econômica, prescrevendo que esta seja orientada a possibilitar a todos existência digna, nas Constituições de 1934 e 1946, e prevendo, na de 1967, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana. Trata-se de uma noção de dignidade humana com um conteúdo bastante restrito quando comparado com o princípio da dignidade humana insculpido na Constituição de 1988, uma vez que atua apenas no reduzido contexto da ordem econômica, enquanto que o princípio atual da dignidade da pessoa humana é fundamento da própria República, lançando suas raízes sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro.

3 ESTRUTURA E FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Examinado o caminho percorrido pela dignidade da pessoa humana até se tornar um princípio constitucional da mais alta relevância, talvez o mais importante entre todos eles, resta ainda avaliar, antes de se adentrar na análise de seu conteúdo normativo, a estrutura do qual se reveste esta norma e as funções desempenhadas por ela.

Para o primeiro objetivo, utilizar-se-á a já consagrada diferenciação entre princípios e regras desenvolvida por Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como a forma de solução entre a colisão de princípios e o conflito entre regras.

Já em relação às funções desempenhadas pela(s) norma(s) da dignidade da pessoa humana, utilizar-se-á a doutrina de Daniel Sarmento, que afirma que o princípio, dentre outras funções, atua como:

[...] fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados.²⁶

Assim como afirmado pelo próprio jurista, estas não são as únicas funções desempenhadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, porém são as mais relevantes, pelo qual o presente trabalho irá se limitar somente a elas.

²⁶ SARMENTO, 2016, p. 77.

3.1 O PRINCÍPIO E A REGRA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo o ilustre jurista alemão, princípios podem ser caracterizados como mandamentos de otimização, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁷. Por conta desta natureza, princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus. Quanto às possibilidades fáticas, pode-se citar o fato de que a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (em especial no que diz respeito à garantia do mínimo existencial), por exemplo, é diretamente dependente de reservas financeiras inevitavelmente limitadas, sendo certo que Estados com menor reserva financeira terão, a princípio, menor possibilidade — ou, ao menos, mais dificuldade — de executar os deveres atinentes à concretização do conteúdo normativo do princípio da dignidade humana — ou de qualquer outro direito que requeira uma prestação financeira por parte do Estado. As possibilidades jurídicas dizem respeito à colisão de um princípio com outro ou outros princípios.

As regras, por sua vez, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”²⁸. Ou seja, quando se está diante de uma regra, não há que se falar em satisfação de seu conteúdo em diferentes graus, ela impõe o cumprimento irrestrito daquilo que prevê.

Na colisão entre princípios, a solução decorre do sopesamento entre os princípios em disputa, analisando-se sob as determinadas condições do caso concreto qual deverá prevalecer. Neste caso, não se discute que ambos os princípios são válidos, e a procedência de um não significa a exclusão do outro do ordenamento jurídico²⁹.

Para o conflito entre regras, a solução se dará através de uma cláusula de exceção ou da declaração de invalidade de uma delas. Alexy cita o exemplo do conflito gerado entre uma regra que proíbe a saída da sala de aula antes do toque do sinal e uma regra que obrigue as pessoas a saírem dela se o alarme de incêndio soar. Veja-

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

²⁸ *Ibid.*, p. 91.

²⁹ *Ibid.*, p. 93-99.

se que, neste caso, os deveres atribuídos pelas regras são contraditórios na medida que obriga os alunos, mesmo que o sinal ainda não tenha tocado, a saírem da sala de aula se o alarme de incêndio soar. Portanto, a solução para este conflito será a introdução de uma cláusula de exceção à primeira regra, permitindo que os alunos saiam da sala de aula, mesmo sem o toque do sinal, caso soe o alarme de incêndio. Não sendo possível a solução do conflito através de uma cláusula de exceção, uma das regras deverá ser extirpada do ordenamento jurídico, pois não é possível que duas normas que conduzem a juízos do dever-ser contraditórios entre si sejam válidas.³⁰

Portanto, dois princípios jurídicos podem apontar para direções opostas e continuarem a serem válidos e coexistindo no mesmo ordenamento jurídico, mas duas regras com comandos contraditórios entre si não.

Em geral, não se discute a natureza de princípio incorporada pela dignidade da pessoa humana, entretanto, a dignidade humana é uma norma que também alberga a natureza de regra. Em conclusão à forma de solução de colisões entre princípios, Alexy aponta que o sopesamento entre dois princípios, sob determinadas condições, deverá apontar a precedência de um sobre o outro, daí decorrendo uma regra que, presente o suporte fático que ensejou a colisão, prescreverá a consequência jurídica do princípio prevalente. Neste sentido, o autor prescreve a seguinte fórmula: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”³¹

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Ordinária 1.390³² — no qual se discutia as acusações de participação em esquema para fraudar as eleições, bem como demais ofensas proferidas pelo Senador José Targino Maranhão contra o então Presidente do TRE, José Martinho Lisboa —, chegou à conclusão de que o Senador, apesar de direcionar suas ofensas a pessoa pública sujeita à críticas, não o poderia fazer infundada e levianamente, pois atingia diretamente a honra (reputação) do

³⁰ ALEXY, 2011, p. 92-93.

³¹ Ibid., p. 99.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Originária 1.390/PB. Autores: José Martinho Lisboa e José Targino Maranhão. Réus: Os mesmos. Relator: Min. Dias Toffoli. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626839>. Acesso em: 14 jun. 2010.

Magistrado. Além disso, a imunidade parlamentar não se aplicava ao caso, posto que ainda não ocupava o cargo de Senador. Neste caso, duas normas de direitos fundamentais estão em conflito, a liberdade de expressão do Senador e a inviolabilidade da honra do Magistrado. Sopesados os princípios em colisão, o STF chegou à conclusão de que a inviolabilidade da honra é prevalente à liberdade de expressão na ocorrência do suporte fático: acusação pública e infundada que atinge a honra da vítima e na ausência de imunidade parlamentar. Trata-se, então, de uma regra extraída do sopesamento entre princípios — inclusive com expressa menção à dignidade da pessoa humana como fim para a proteção da honra — e que será aplicada na presença das condições expostas acima.

Portanto, percebe-se, desde logo, uma dupla natureza da norma da dignidade da pessoa humana, tratando-se de um princípio quando se está diante da verificação da dignidade humana como um mandamento de otimização, e de uma regra quando, diante do sopesamento com outro princípio, extrai-se um comando que deve ser satisfeito. Neste sentido, Alexy afirma que a “relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana”³³.

3.2 AS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme já enunciado nas notas introdutórias deste capítulo, o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha uma série de funções na ordem jurídica brasileira. Para os fins deste trabalho, a função hermenêutica do princípio acaba por ser a mais relevante, todavia, analisar-se-á, sinteticamente, todas as principais funções exercidas por ele.

Em primeiro lugar, e consoante já enunciado pelo próprio art. 1º, III, da Constituição Federal³⁴, a dignidade da pessoa humana atua como um dos

³³ ALEXY, 2011, p. 113.

³⁴ Constituição Federal. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

fundamentos da ordem jurídica e da comunidade política³⁵. A legitimidade da autoridade do Estado sempre foi um enorme problema para os teóricos da teoria do direito, e evidentemente a dignidade da pessoa humana não encerra esse debate. Todavia, o princípio fornece uma base moral de legitimidade do Estado e da ordem jurídica, pois enuncia que eles existem em razão da pessoa humana, e não o contrário.³⁶

Ademais, por ser fundamento da ordem jurídica, o princípio da dignidade da pessoa humana deve “guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito”³⁷. Este papel é bastante claro em relação aos direitos fundamentais, pois todos eles, ou quase todos, têm o fim de densificar o conteúdo do princípio, tornando-o, de fato, efetivo, não mero preceito constitucional sem reflexo real em sociedade, razão pelo qual o constituinte previu um sistema de direitos e garantias fundamentais amplo e aberto³⁸. Além do seu papel nos direitos fundamentais, esta função hermenêutica se estende também às demais áreas do direito, razão pela qual se tornou lugar comum na doutrina a defesa da leitura dos demais ramos do direito sob a lente da Constituição, e, neste caso, em especial, sob a lente da dignidade da pessoa humana.

Ainda no campo da hermenêutica, a dignidade da pessoa humana atua como um “*critério para a ponderação* entre interesses constitucionais conflitantes”³⁹. Neste caso, aqueles interesses que estiverem mais próximos do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana terão um peso superior *prima facie*. Isso, porque, em geral, a dignidade humana deve prevalecer quando em conflito com outros valores⁴⁰, todavia não se trata de um valor absoluto. No caso da eutanásia, por exemplo, sua proibição parece prescrever a prevalência da vida sob a dignidade da pessoa humana, uma vez que a manutenção de uma vida, quando já não mais se quer viver, parece atender não apenas contra o senso comum de vida digna mas também contra à autonomia daquele ao qual é imposto a sobrevivência.

³⁵ SARMENTO, 2016, p. 77-78.

³⁶ SARMENTO, 2016, p. 78

³⁷ Ibid., p. 79

³⁸ RIVABEM, 2011, p. 7-8

³⁹ SARMENTO, op. cit, p. 81

⁴⁰ BARROSO, 2014, p. 64

A dignidade da pessoa humana também poderá servir para limitar direitos fundamentais, bem como para controlar a atividade estatal. Em ambos os casos, estar-se-á diante da eficácia negativa da dignidade da pessoa humana, que, conforme ensina Barcellos, “autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas (em sentido amplo) ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pelo enunciado”⁴¹.

Como limitador de direitos fundamentais, há duas situações típicas em que a dignidade da pessoa humana será essencial, a proteção da dignidade humana de terceiros e da dignidade humana do próprio indivíduo. No primeiro caso, limita-se o exercício de direitos fundamentais de um indivíduo para a proteção da dignidade de outro; no segundo, limita-se o exercício de direitos fundamentais para proteger o indivíduo de si próprio, situação no qual se reconhece a indisponibilidade da dignidade humana. Ambas as situações serão aprofundadas no capítulo 3.4.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero falam ainda da dignidade humana como limite e limite dos limites no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, podendo tanto ser fundamento para restrição de outros direitos fundamentais como também de parâmetro para observação do limite desta restrição, argumentando que

[...] em virtude da necessidade de sua proteção, não só é possível como poderá ser necessário impor restrições a outros direitos fundamentais, como ocorreu, em caráter ilustrativo, no caso da interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal, quando o STF privilegiou a dignidade (e autonomia) dos pais em detrimento da salvaguarda, ainda que por pouco tempo, da vida do feto. Por outro lado – e aqui a função de limite dos limites – uma restrição de direito fundamental, ainda que justificada pela proteção da dignidade – não poderá implicar a completa desconsideração da dignidade de quem tem o seu direito restringido, de tal sorte que o conteúdo em dignidade dos direitos estará subtraído, de regra, a alguma intervenção restritiva.⁴²

Ademais, ao afirmar que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado e da ordem jurídica, também parece inevitável a conclusão de que também poderá ser usado como parâmetro de controle da atividade estatal. Ora, se é a própria dignidade humana que dá fundamento à existência do Estado, não parece fazer

⁴¹ BARCELLOS, 2008, p. 82

⁴² SARLET, Ingo. W.; MITIDIERO, Daniel.; MARINONI, Luiz. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. p. 120.

sentido que ele possa, através da sua atividade, atentar contra a própria dignidade humana, pelo menos não injustificadamente.

Por fim, a dignidade humana também desempenha importante papel na identificação de direitos fundamentais. Neste ponto, Sarmiento identifica a possibilidade da identificação tanto de direitos fundamentais constitucionais não consagrados no rol dos arts. 5º ao 17 da Constituição Federal, quanto de direitos fundamentais não enumerados no texto constitucional.

Ambas as possibilidades são possíveis em função do caráter não exaustivo do catálogo de direitos constitucionais, consoante prevê expressamente o art. 5, §2º da Constituição Federal ⁴³. Conforme explica Sarmiento, o reconhecimento da fundamentabilidade de um direito, do ponto de vista prático, é de especial relevância,

porque os direitos fundamentais desfrutam de um regime constitucional próprio e fortalecido, que envolve, por exemplo, a sua proteção como cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV, CF), bem como o reconhecimento da sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF).⁴⁴

Em razão do tratamento diferenciado que recebem os direitos fundamentais, Sarmiento alerta para a necessidade de cautela na identificação de novos direitos a partir da dignidade da pessoa humana, posto que

[...] no pano de fundo da questão da afirmação de direitos não enumerados, faz-se presente, mais uma vez, a conhecida tensão entre constitucionalismo e democracia. Vários riscos devem ser evitados nessa atividade, especialmente o decisionismo na “invenção” de novos direitos, a banalização da dignidade e o recurso ao princípio para fundamentar privilégios não universalizáveis ou promover agendas morais autoritárias e conservadoras.⁴⁵

Pois bem, para identificar estes direitos fundamentais não contemplados pelo rol de direitos e garantias dos arts. 5º ao 17 da Constituição Federal, utiliza-se a dignidade da pessoa humana como principal critério. Ou seja, se o conteúdo de um

⁴³ Constituição Federal: art. 5º, §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁴ SARMENTO, 2016, p. 84-85.

⁴⁵ Ibid., p. 89.

determinado direito se identificar com o âmbito de proteção do princípio da dignidade humana, a ele se estenderá a proteção despendida pela Constituição aos direitos fundamentais.

No âmbito dos direitos constitucionais não fundamentais, Sarmento identifica a possibilidade de que se concebiam como direitos fundamentais a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF) e o meio ambiente (art. 225, CF)⁴⁶. Em relação aos direitos não previstos pela Constituição, é possível a identificação da fundamentabilidade dos direitos à integridade física e psíquica e ao livre desenvolvimento da personalidade⁴⁷.

Neste mesmo sentido, Sarlet defende que a proteção de dados pessoais deve ser alçada à posição de direito fundamental⁴⁸. Segundo o autor, conquanto seja possível encontrar parcial defesa à proteção de dados pessoais no direito fundamental ao sigilo das comunicações de dados e através da ação de habeas data, a Constituição Federal não faz expressa menção a um direito fundamental à proteção e livre disposição de dados pessoais. Para chegar a conclusão de que a livre disposição de dados pessoais devem ser tidos como direitos fundamentais, Sarlet o relaciona com a dignidade da pessoa humana, argumentando que

A relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana [...] é, em certo sentido, dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima são indispensáveis.⁴⁹

Em conclusão a este raciocínio, oportuno lembrar a lição de Gilmar Mendes e Paulo Branco, que prescrevem que os “direitos e garantias fundamentais, em sentido

⁴⁶ Ibid., p.85.

⁴⁷ SARMENTO, 2016, p. 88.

⁴⁸SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais: para além da privacidade e autodeterminação informacional. **Conjur**, jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-16/direitos-fundamentais-protacao-dados-alem-privacidade-autodeterminacao-informacional>. Acesso em: 14 out. 2021

⁴⁹ SARLET, loc. cit.

material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”⁵⁰.

Portanto, percebe-se que a dignidade da pessoa humana, para além da sua função típica e mais comumente lembrada, qual seja a de critério hermenêutico em decisões judiciais, desempenha outras funções essenciais para a ordem jurídica brasileira, desde o fornecimento de uma base moral e legítima para a existência do Estado até a identificação de novos direitos fundamentais não enumerados no rol de direitos e garantias fundamentais.

⁵⁰ MENDES, Gilmar. F.; BRANCO, Paulo. G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva. p. 63.

4 O CONTEÚDO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de se adentrar especificamente ao desenvolvimento do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, é preciso fazer algumas notas introdutórias sobre o quão nocivo pode ser a convivência com um princípio tão determinante como o da dignidade da humana — com toda a elasticidade conceitual que lhe é própria — sem lhe definir um conteúdo material e relativamente concreto.

Em primeiro lugar, a definição de um conteúdo normativo concreto para a dignidade da pessoa humana é condição para o exercício das funções desempenhadas pelo princípio. Veja-se, por exemplo, no caso da dignidade como critério para identificação de direitos fundamentais; como será possível identificar novos direitos fundamentais com base no princípio da dignidade da pessoa humana se não se souber qual é o conteúdo material do princípio?

Além disso, não densificar o conteúdo da dignidade da pessoa humana pode acabar por relegá-la a um ornamento retórico que comporta quase qualquer posição jurídica, a depender tão somente da capacidade argumentativa e retórica do interlocutor. E assim o é pelo fato de que dignidade é um conceito extremamente elástico, que pode, a depender do caso, albergar posições diametralmente opostas, como no célebre julgamento pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹ sobre o aborto de fétos anencéfalos, em que ambos os lados invocaram a dignidade da pessoa humana.

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra Martins Filho aponta a exploração da baixa densidade do princípio da dignidade humana por juízes para prolatar decisões aos seus próprios gostos, o que acaba por causar efeitos deletérios no direito trabalhista. Segundo o jurista,

[...] no momento de se **criar direito novo por decisão judicial**, o que acaba imperando são os argumentos de natureza sentimental, especialmente calcados **no princípio da dignidade da pessoa humana**, princípio esse de

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 14 out. 2010.

baixa densidade normativa, vez que apenas enunciado nominalmente na Carta Política (art. 1º, III), sem qualquer especificação maior. [...]

Com efeito, **milhares de decisões prolatadas pelo TST** (numa pesquisa em setembro de 2020 no site do TST, foram quase 150.000 decisões elencadas, sabendo-se que o Tribunal julga cerca de 300.000 processos por ano) têm como **um de seus fundamentos** o de que o direito deve ser reconhecido ao trabalhador com base na **dignidade da pessoa humana**. Daí se compreenda a **perplexidade do empresariado nacional** ao ver ampliado substancial e paulatinamente o rol de encargos trabalhistas que devem assumir, pela concessão de vantagens adicionais pela via jurisprudencial.⁵² (grifos do autor)

Evidentemente essa característica não se restringe apenas ao direito do trabalho. Sarmiento, em eloquente demonstração das contradições e arbitrariedades na utilização do princípio, cita o exemplo de um julgamento ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

[...] em decisão que invocou a dignidade do magistrado para obrigar os empregados do condomínio em que vive um juiz a chamarem-no apenas de “doutor” ou “senhor”. Em outro caso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região valeu-se da dignidade humana para afirmar que o valor do dano moral devido por ofensas praticadas contra magistrados deveria ser maior.

Do outro lado, é emblemático o tratamento dado aos presos, na questão da responsabilidade por danos morais, decorrente de encarceramento em condições degradantes. O STF, no momento de finalização desta obra, aprecia um recurso interposto contra decisão do STJ que denegou o pagamento de danos morais a um preso que permanecera por cerca de 5 anos em cela superlotada, nas condições mais precárias. O STJ, que admite, sem hesitação, o dano moral pela devolução indevida de cheque sem fundos e por outros aborrecimentos banais, considerou que um preso, que teve a sua dignidade ultrajada pela prisão nas condições mais desumanas durante vários anos, não fazia jus a qualquer indenização!⁵³

Ainda em relação às questionáveis aplicações da dignidade da pessoa humana em decisões judiciais, desta vez no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Barroso lembra do julgamento da ADI 1856/RJ, no qual

[...] discutiu-se a constitucionalidade da lei do Estado do Rio de Janeiro que permite a exposição e competição entre aves combatentes, notoriamente a briga de galo. A ADIn foi julgada procedente e a lei foi declarada inconstitucional sob o fundamento de que o texto legal caracteriza prática

⁵² MARTINS FILHO, Ives Gandra. Confronto entre TST e STF – Uma Análise Psicológica do Direito. **Conjur**, out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-ives-gandra-filho1.pdf>. Acesso em: 13 de out. de 2021.

⁵³ SARMENTO, 2016, p. 64-65

criminosa, tipificada em legislação ambiental, além de atentar contra a Constituição, que proíbe a submissão de animais a atos de crueldade, em seu artigo 225, caput e §1º, VII, e prega o direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente. Em discussão no plenário, no entanto, o Ministro Cezar Peluso, com a aprovação de dois outros Ministros, defendeu que o caso em questão relaciona-se também com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a lei estadual estimularia a prática de atos degradantes, por sua irracionalidade, à figura humana. Com o respeito devido e merecido, proibir a briga de galo com base no princípio da dignidade da pessoa humana afigura-se um uso alargado em demasia do princípio.⁵⁴

Nesta oportunidade, o Ministro Celar Peluso argumentou o seguinte:

[...] acho que a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano. [...] Mais primitivas e irracionais do ser humano. Noutras palavras, a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuem o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República.⁵⁵

Apesar de acertada a decisão pela inconstitucionalidade da norma, é evidente a desnecessidade de invocação da dignidade humana. Além de não guardar relação com o princípio, a argumentação exposta pelo Ministro demonstra elevadíssimo grau de paternalismo estatal, situação que, conforme será visto mais à frente, pode inclusive ir na contramão da dignidade da pessoa humana, uma vez que retira do indivíduo sua capacidade fazer seus próprios julgamentos morais. Apesar de não ter sido o que ocorreu nesta situação, posto que a proibição foi justificada por outros motivos, esta mesma argumentação — de proteção do indivíduo contra “às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano” — pode eventualmente ser usada para proibir condutas que, do ponto de vista constitucional, não deveriam o ser.

Por fim, e agora não mais no âmbito judicial, cita-se a interessante análise feita por Michael Sandel em relação à venda de rins (ou qualquer outro órgão). Segundo o eminente filósofo, para além do fato de que um mercado de órgãos humanos possa vir a ser profundamente desigual — uma vez que os indivíduos que se submeterão a

⁵⁴ BARROSO, 2014, p. 117-118

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856-6/RJ. Relator: Min. Carlos Velloso. 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347302>. Acesso em: 12 out. 2021

venda de seus órgãos poderão vir a fazê-lo por necessidade financeira, e não por mera voluntariedade —, ele pode também promover uma visão degradante do ser humano, trata-se da objeção da corrupção. Segundo o autor, um mercado de órgãos coisifica a pessoa humana, “como se fosse uma coleção de partes avulsas”.⁵⁶ Nesta situação, ainda que não se recorra ao conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, o senso comum parece indicar que há algo de errado com a venda de órgãos humanos.

No Brasil, a Lei 9.434/97 proíbe esta prática, entretanto, ainda que não houvesse qualquer disposição jurídica neste sentido, um julgador, imbuído pela intenção de proteger a dignidade da pessoa humana, poderia, em um caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de um contrato de compra e venda de um rim humano.

Entretanto, e aqui dando especial ênfase à necessidade de identificação do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, apesar do termo dignidade humana invocar sentimentos subjetivos de justiça, boa vida e moralidade, sua aplicação deve ser feita a partir de critérios lógicos e em linguagem comum a todos os intérpretes do direito. Não basta que o julgador se sinta incomodado com o mercado de venda de órgãos e então coíba qualquer conduta neste sentido, pela mera invocação da dignidade humana, é preciso identificar argumentativamente qual esfera do princípio está sendo violada e porquê. Caso contrário, decisões como as expostas acima, bem como a edição de leis inconstitucionais, todas pautadas na proteção da dignidade da pessoa humana, continuarão a se repetir indefinidamente.

Ademais, a utilização irrefreada e sem critérios da dignidade da pessoa humana pode acabar por banalizar o princípio, eliminando progressivamente sua capacidade de determinar uma resolução adequada nos casos ao qual o princípio é imprescindível. Neste sentido, Sarmiento argumenta que se

[...] a dignidade é invocada de maneira inflacionada, em hipóteses banais, o princípio tende a se desvalorizar. Ocorre uma “fadiga” da dignidade: apela-se tanto ao princípio que ele perde a sua força. De trunfo poderoso na argumentação jurídica, política e moral, a dignidade humana torna-se um adereço retórico de gosto duvidoso; um bacharelismo *kitsch*, ao qual se deixa

⁵⁶ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado**. Tradução de Clóvis Marques. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 110.

de prestar muita atenção. Aí, nos casos de lesão real e grave à dignidade humana, o recurso ao elevado princípio pode não impressionar ninguém.⁵⁷

Finalmente, também é digno de nota o fato de que, se o princípio carece de densificação normativa, a ponto de poder ser usado em qualquer tese, o resultado natural desta equação é o de que o princípio jamais servirá para determinar a prevalência de nenhuma posição jurídica. Ora, se em todas as situações as duas partes em disputa podem simplesmente invocar a dignidade da pessoa humana sempre que quiserem, então o princípio será incapaz de contrabalancear a lide, uma vez que sempre apontará para os dois lados.

Portanto, diante destes abusos e arbitrariedades, mesmo que algumas vezes bem intencionadas, é imprescindível a tentativa de densificar o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, impedindo que ele acabe por ser um “cômodo recipiente para um conteúdo amorfo”⁵⁸. Em outras palavras, e como bem sugeriu o Ministro Dias Toffoli, “é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma”⁵⁹.

Dos vários autores que se dedicaram a esta tarefa, a atenção deste trabalho se voltará, em especial, aos esforços empreendidos pelo Ministro Barroso, que, conforme se verá a seguir, encontra diversos pontos de contato com a teorização de outros importantes juristas, como Ingo Wolfgang Sarlet, Ana Paula de Barcellos, Daniel Sarmento e Jorge Reis Novais, servindo todos para eventuais aportes teóricos em complemento à doutrina do Ministro da Corte Suprema.

⁵⁷ SARMENTO, 2016, p. 302

⁵⁸ BARROSO, 2014, p. 12

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 363.889/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. 2011. Disponível em: <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 12 out. 2021.

4.1 PREMISSAS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO DA DIGNIDADE HUMANA E A CLASSIFICAÇÃO TRIPARTITE DO PRINCÍPIO

Como a concretização do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana tem relevantíssimos impactos na ordem jurídica, é essencial que se estabeleçam, desde logo, algumas premissas para este fim, evitando que este conteúdo seja captado por interesses individuais ou de grupos específicos.

É necessário, portanto, que se parta de uma noção de conteúdo mínimo que seja, consoante sugere Barroso, aberta, plástica e plural, fundando-se numa perspectiva filosófica laica, neutra e universalista⁶⁰.

Apesar do preâmbulo da Constituição de 1988 anunciar que ela foi promulgada sob a proteção de Deus, é certo que o Estado brasileiro é, para todos os fins, laico⁶¹, assim como a maioria das democracias liberais atuais. Portanto, para a definição de um conteúdo normativo adequado a este valor, qualquer que seja a concepção que se venha a adotar de dignidade humana, ela não poderá privilegiar qualquer crença religiosa em especial.

A laicidade do Estado, por óbvio, não significa a desconsideração ou desprezo da religião professada pelos indivíduos que o compõem, sendo a liberdade religiosa, aliás, um direito fundamental⁶², digna de respeito e consideração. Apenas não é permitido que o Estado fundamente qualquer de seus atos em razões estritamente religiosas. Ainda neste ponto, Barroso faz uma importante anotação.

Nas democracias maduras, um equilíbrio implícito e justo é normalmente atingido: os dogmas religiosos — como milagres, pecado e fé na vida após a morte — são deixados de lado na esfera pública, mas isso não significa que valores de inspiração religiosa — como a santidade da vida ou o dever de respeitar os outros — não possam ser traduzidos em argumentos políticos válidos.⁶³

⁶⁰ BARROSO, 2014, p. 72-73

⁶¹ Art. 19, I, da Constituição Federal

⁶² Art. 5º, VII, CF

⁶³ BARROSO, op. cit, p. 73

Quanto à ideia de tradução de valores de inspiração religiosa em argumentos políticos válidos, é extremamente eloquente o exemplo de Jürgen Habermas no caso da engenharia genética.

Um dos argumentos comuns para se contrapor à manipulação genética de embriões humanos é o de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus⁶⁴, e sua divindade só se conserva enquanto Deus de homens livres ao passo que não seja dissolvida a “diferença absoluta entre criador e criatura”⁶⁵, pois é Deus quem capacita os homens e os obriga à liberdade⁶⁶.

Apesar de este argumento não ser, a princípio, politicamente válido, vez que só pode fazer sentido para os que congregam da religião cristã, a premissa de que não deve ser desfeita a relação causal que dá vida aos que estão por vir pode ser traduzida em um argumento válido e compreensível a todos. Habermas o faz nos seguintes termos,

[...] Ora, não é preciso acreditar nas premissas teológicas para entender que, se desaparecesse a diferença assumida no conceito de criação, e no lugar de Deus entrasse um sujeito qualquer, entraria em cena uma dependência de tipo inteiramente não causal. Seria esse o caso, por exemplo, se um homem quisesse interferir na combinação causal dos cromossomos paterno-maternos segundo suas próprias preferências, sem ao menos supor contra-faticamente um consenso com o outro concernido [...]. O primeiro homem a determinar um outro em seu ser-assim natural, a seu bel-prazer, não destruiria aquelas mesmas liberdades que existem entre iguais para, assim, assegurar a sua diferença?⁶⁷

Outros acalorados debates que cercam a vida pública e que reclamam argumentos de matriz religiosa, como aborto e eutanásia — nos quais a ideia de dignidade da pessoa humana tem vital importância —, também devem se pautar sobre esta mesma lógica. De um lado, traduzindo-se os argumentos de inspiração religiosa em argumentos politicamente válidos, e do outro, aceitando com humildade e consideração estas legítimas reivindicações.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Fé e saber**. Tradução de Fernando Costa Mattos. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2013. p. 24.

⁶⁵ Ibid., p. 25

⁶⁶ HABERMAS, loc. cit.

⁶⁷ Ibid., p. 25-26

Da mesma forma que a laicidade do Estado exige uma compreensão de dignidade que não privilegie nenhuma crença religiosa, a neutralidade exige uma compreensão que não privilegie nenhuma doutrina política em especial. Ou seja, uma conceitualização adequada do princípio deve ser capaz de ser aceita por indivíduos situados nos mais diversos espectros políticos⁶⁸.

Além do fato de que Estados que assumiram uma ideologia política como correta e inquestionável terem tomado vestes autoritárias e contrárias ao respeito à dignidade de grande parcela dos indivíduos — em especial dos dissidentes políticos — como foi o caso, por exemplo, do nazismo, do fascismo e do socialismo no século XX, o pluralismo político e o respeito aos direitos políticos — que, conforme se verá a frente, tem um núcleo essencial que integra o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana — tem importância central no desenvolvimento das democracias liberais, sendo este o motivo pelo qual “a neutralidade, nesse contexto, indica que a dignidade humana não seja entendida como exigindo qualquer visão perfeccionista, ideológica ou política particular”⁶⁹.

Por fim, a ideia de universalismo evoca um conceito de dignidade humana em que todos possam, à partida, se identificar⁷⁰, um conceito que implica o “respeito e apreço pela diversidade étnica, religiosa e cultural”⁷¹. Nesta toada, configura-se, desde logo, a impossibilidade de a maioria impor, por meio do Estado, seu modelo de vida à minoria tão somente por ser a maioria⁷².

Neste ponto, importante frisar a representação dos direitos como trunfos cunhada por Dworkin e explicada por Jorge Reis Novais da seguinte forma:

[...] as posições jurídicas individuais assentes no direito moral a igual consideração e respeito, que o Estado deve reconhecer a cada indivíduo, funcionam como trunfos contra preferências externas, designadamente contra pretensões estatais em impor ao indivíduo restrições da sua livre autodeterminação em nome de concepções de vida alheias e que, por razões

⁶⁸ BARROSO, 2014, p. 73

⁶⁹ BARROSO, loc. cit.

⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 35

⁷¹ BARROSO, op. cit., p. 74

⁷² NOVAIS, op. cit., p. 33

utilitárias ou por beneficiarem de um apoio maioritário, o Estado considere como merecedoras de superior consideração.⁷³

Esta explicação será desenvolvida mais a frente, porém, por ora, cumpre mencionar que o direito moral a igual consideração e a livre autodeterminação, conforme mencionado na citação acima, fazem parte do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, razão pelo qual não apenas os direitos fundamentais, mas também o próprio princípio da dignidade humana serve como trunfo contra a maioria.

Somados todos esses elementos, conclui-se pela necessidade da construção de um princípio dentro da ideia de um pluralismo razoável, que foi sintetizado por Novais da seguinte forma:

O círculo de um pluralismo razoável não inclui as ideias de alguém que rejeite intrinsecamente o princípio de liberdade, de igualdade entre todos os cidadãos, alguém que sustente para a esfera pública ideais de exclusividade ou de verdade religiosa imperativa ou de superioridade racial, de gênero ou de orientação sexual. Por definição, tais ideias não satisfariam o critério de reciprocidade e, enquanto tal, seriam estruturalmente incompatíveis com o princípio de igual dignidade de todas as pessoas tal como foi constitucionalmente acolhido.⁷⁴

Estas premissas, por óbvio, não encerram as dificuldades que venham a surgir em realidade, pois sempre surgirão situações que, pelo contexto no qual estão inseridas, não apresentam respostas óbvias — como é o caso do debate acerca da proibição do uso da burca em locais públicos⁷⁵ ou se se deve tolerar os intolerantes, em especial os grupos extremistas que, mesmo nos dias de hoje, reivindicam ideais, por exemplo, de supremacia branca ou neonazistas⁷⁶. Todavia, o consenso em torno

⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. 1. ed. reimp. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 43.

⁷⁴ Id., 2019, p. 37.

⁷⁵ Lei que proíbe burca e niqab em locais públicos entra em vigor na Holanda. **Deutsch Welle**. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/lei-que-pro%C3%ADbe-burca-e-niqab-em-locais-p%C3%BAblicos-entra-em-vigor-na-holanda/a-49843291>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁷⁶ FELIPE, Leandra. Levantamento mostra que há 917 grupos radicais em ação nos Estados Unidos. **Agência Brasil**. 18 set. 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-09/levantamento-mostra-que-ha-917-grupos-radicais-em-acao-nos-estados>. Acesso em: 20 jun. 2021.

destas premissas dá um direcionamento para a determinação do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta definição, por sua vez, tomando-se por base as premissas acima enunciadas, perpassa, ao menos, por três elementos que formam seu núcleo essencial, quais sejam o valor intrínseco da pessoa, a autonomia e o valor comunitário⁷⁷, e que serão exploradas a seguir.

4.2 VALOR INTRÍNSECO

A dignidade como valor intrínseco da pessoa é uma característica imanente a todo ser humano, que lhe confere um status especial e superior no mundo⁷⁸ e que demanda seu reconhecimento como um fim em si mesmo. Por mais que se possa tentar encontrar a combinação de características e traços que denotam a singularidade humana, como a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de se comunicar⁷⁹, a dignidade não advém destas características, ela alcança a todos os humanos pelo simples fato de serem humanos. Neste ínterim, Barroso aponta que

“[...] É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade da pessoa humana é [...] um valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável.”⁸⁰

Por ser um elemento que encontra abrigo em todos os seres humanos, a dignidade como princípio jurídico se afasta da concepção kantiana de dignidade, pois nela a dignidade decorre da capacidade do uso da razão. Como princípio, a dignidade também alcança os recém-nascidos e aqueles com qualquer tipo de deficiência

⁷⁷ Estes três critérios são os apresentados por Barroso em sua obra *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, e servirão de base para o desenvolvimento deste capítulo. Todavia, é natural que outros autores, inclusive os citados neste trabalho, tenham chegado a categorizações diferentes, mesmo que com um conteúdo parecido. Sarmiento, por exemplo, identifica a autonomia e o mínimo existencial como categorias diferentes do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, enquanto Barroso identifica o mínimo existencial como parte integrante da autonomia.

⁷⁸ BARROSO, 2014, p. 76.

⁷⁹ BARROSO, loc. cit.

⁸⁰ Ibid., p. 77.

mental⁸¹. Trata-se, portanto, de um valor objetivo, que não escolhe merecedores e que não pode ser perdido⁸².

O reconhecimento de um valor intrínseco do ser humano demanda, desde logo, um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário⁸³. Segundo Barroso,

O primeiro [postulado antiutilitarista] se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; o segundo [postulado antiautoritário], na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.

Em realidade, pode-se dizer que o segundo decorre do primeiro, pois se o ser humano é um fim em si mesmo e deve ser tratado como tal, então não pode ser um instrumento para a persecução dos fins do Estado, pois “se alguém é *sujeito*, não pode ser tratado como se fosse *objecto, coisa*”⁸⁴.

Neste mesmo sentido, Novais faz referência⁸⁵ a fórmula do objeto⁸⁶, que se traduz num critério de avaliação de eventuais violações do princípio da dignidade humana. Nesta formulação, a proibição da coisificação dos indivíduos leva em conta o contexto fático no qual está sendo exercida, não somente se está sendo ou não usada como meio para determinado fim. Para demonstrar a insuficiência da formulação kantiana, de proibição do uso do ser humano só como meio para algo, em termos de análise através do princípio jurídico, o doutrinador trás os seguintes exemplos:

[...] se, num dia de temporal, alguém se coloca atrás de uma fila de pessoas que aguardam na paragem de auto-carro e, assim, evita a água e a lama projectadas pelos carros que passam, está a utilizar aquelas pessoas que está à sua frente só como meio, só como guarda-lamas, isto é, não pensa

⁸¹ BARROSO, 2014, p. 77.

⁸² Ibid., p. 77.

⁸³ Ibid., p. 76-77.

⁸⁴ NOVAIS, 2019, p. 51.

⁸⁵ Conforme já mencionado em nota de rodapé anterior, a classificação dos elementos constitutivos do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana varia de autor para autor. Neste caso, o constitucionalista português insere a fórmula do objeto no subcapítulo destinado a análise da dignidade como autonomia. Entretanto, tanto a autonomia quanto o valor intrínseco do indivíduo são tidos como espécie do gênero dignidade como integridade, classificação essa que bastante se diferencia daquela adotada pelo Ministro Barroso, mas que, tomada em seu conjunto, apresenta conteúdo parecido.

⁸⁶ NOVAIS, op. cit., p. 51-55.

nelas a não ser por essa utilidade instrumental e circunstancial, mas não está a violar a dignidade da pessoa humana. Ao invés, se num dia de frio extremo, um senhor de escravos se preocupa em fornecer-lhes uma manta para se protegerem, não está, nesse aspecto particular, só a utilizá-los como meio, já que manifesta alguma preocupação com a sua condição de pessoas, mas, o facto de não os tratar só como meio não evita que viole a sua dignidade, na medida em que se relaciona com eles na condição de dono que provê e que os mantém como escravos, ou seja, uma situação estruturalmente impeditiva do florescimento de alguém como pessoa, auto-respeito e auto-estima.⁸⁷

O autor acrescenta ainda a possibilidade de instrumentalização dos indivíduos em função da convivência democrática e das imposições ordenadas pelo interesse geral⁸⁸ (como a obrigatoriedade de participar das eleições, mesmo que seja justificando a ausência de voto). Contudo, em todos os casos que houver a instrumentalização do indivíduo, sempre haverá a necessidade de uma análise casuística, verificando-se se há legítima justificativa para tanto.

Portanto, apenas ocorrerá violação da dignidade humana quando a utilização de um indivíduo como meio estiver acompanhada de “um elemento de coisificação, desvalorização, desprezo, humilhação ou degradação da pessoa”⁸⁹. Por conta disso, dificilmente se encontrarão situações típicas que independam da análise em concreto, que possam ser averiguadas em abstrato. A título de ilustração da necessidade do elemento desqualificante do indivíduo, pode-se afirmar que a profissão de lixeiro não é, em si mesma, aviltante e indigna, portanto violadora do valor intrínseco do indivíduo; todavia, se uma sociedade reserva a função de lixeiro tão somente a um grupo de pessoas em função de sua etnia ou classe social, estará configurado o elemento de desqualificação, de desprezo e humilhação desse grupo, sendo, por conta disso, aviltante contra seu valor intrínseco, pois não se reconhece nestas pessoas uma igual dignidade.

⁸⁷ NOVAIS, 2019, p. 52-53.

⁸⁸ Ibid., p. 53.

⁸⁹ Ibid., p. 54.

4.2.1 Direitos Correlatos ao Valor Intrínseco

Feitas estas notas introdutórias sobre o significado do valor intrínseco da pessoa e a proibição da coisificação desqualificante, afirma-se que a postulação de uma igual dignidade a todos os seres humanos, que reconhece a sua humanidade intrínseca e independe de qualquer mérito, reclama, desde logo, os seguintes direitos fundamentais: a) o direito à vida; b) o direito à igualdade perante a lei e; c) o direito à integridade física e psíquica.

O direito à vida, insculpido no caput do art. 5º da Carta Magna, é condição *sine qua non* para se desfrutar de qualquer direito⁹⁰, inclusive da própria dignidade. Em função disso, a dignidade da pessoa humana guarda correspondência com quase a totalidade do direito à vida, a não ser naqueles casos limites em que o direito à vida de um é confrontado com sua própria dignidade ou com a dignidade de outro, como é o caso do aborto e do suicídio assistido⁹¹. Barroso reflete também sobre a pena de morte como uma destas situações limites, porém reconhece que é difícil compatibilizar a pena de morte com o princípio da dignidade humana, haja vista que esta prática sacrifica a vida de um indivíduo em prol de um interesse público altamente questionável, objetificando-a⁹². Não à toa, é bastante incomum que Estados edificados sobre o princípio da dignidade humana permitam a pena de morte.

Neste ponto, é indubitável que a maior controvérsia, ao menos no Brasil, cinge em torno da questão do aborto. Apesar de cada vez mais países estarem o descriminalizando, como é o caso dos Estados Unidos, Canadá, França, Reino Unido, Alemanha⁹³, Portugal⁹⁴ e Uruguai⁹⁵, o debate no Brasil sobre o tema do aborto continua a gerar animosidade e reações contrárias, como no recente caso que galgou alta notoriedade, no qual manifestantes tentaram impedir uma garota de 10 anos de

⁹⁰ BARROSO, 2014, p. 77.

⁹¹ BARROSO, loc. cit.

⁹² Ibid., p. 79.

⁹³ BARROSO, loc. cit.

⁹⁴ Portugal. Lei nº 16, de 17 de abril de 2017. Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/519464/details/maximized>. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁹⁵ Uruguai. Lei nº 18987, de 22 de outubro de 2012. Lei sobre interrupção voluntária da gravidez. Lei do aborto. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/18987-2012>. Acesso em: 15 jun. 2021.

realizar o aborto, apesar da gravidez decorrer de estupro⁹⁶, hipótese em que a lei permite o procedimento. Ainda assim, o debate sobre o tema vem avançando na esfera pública, em especial com a importantíssima decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu que se realize o aborto de fetos anencefálicos.

O direito à igualdade, por sua vez, decorre da premissa de que todos, sem exceção, são dignos de respeito e consideração. O artigo 13º da Constituição Portuguesa, por exemplo, que disciplina o princípio da igualdade, enuncia em seu número 1 que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Por mais que a constituição brasileira não tenha nenhuma previsão nestes mesmos termos, a leitura do caput do art. 5º — “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” — somada a concepção de dignidade como valor intrínseco levam à mesma conclusão.

É possível identificar uma dimensão positiva e uma dimensão negativa do direito à igualdade. No primeiro caso, a prática de ações afirmativas que visam a redução de desigualdades raciais, sociais ou de gênero configuram o exemplo típico. Quanto a dimensão negativa, há a proibição de tratamento humilhante ou estigmatizante, que coloca alguém como pretensamente inferior⁹⁷. Nesta situação, não basta o mero tratamento desigual para haver uma afetação direta da dignidade, vez que poderia ser adequadamente solucionada através do princípio da igualdade⁹⁸. Para que haja violação da dignidade da pessoa humana é preciso que o tratamento conferido a alguém tenha o condão de negar-lhe a igual dignidade de todos. Segundo Novais,

[...] há violação específica e directa da dignidade de ser humano quando a pessoa é publicamente humilhada ou é discriminada de forma estigmatizante, aviltante, tratada como inferior ou como intrinsecamente digna de menor consideração e respeito, e, designadamente, quando esse tratamento se fundamenta simplesmente naquilo que a vítima é, no que pensa ou como vive.⁹⁹

⁹⁶ <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>

⁹⁷ NOVAIS, 2019, p. 59.

⁹⁸ Ibid., p. 60.

⁹⁹ NOVAIS, loc. cit.

A discriminação estigmatizante, que viola a igual dignidade de todos, pode ser motivada ainda pela intenção de desqualificar as escolhas íntimas dos indivíduos, como a religião que professam ou a ideologia que aderem, na tentativa de identificá-lo como errado, inferior ou mentalmente perturbado.¹⁰⁰ Por fim, pode-se dizer também que há violação da dignidade quando a discriminação estigmatizante é fundada em critérios arbitrários e é direcionada especificamente a pessoas que integram um conjunto, classe ou categoria social em específico, não sendo uma discriminação puramente ocasional, acidental ou indiferenciada.¹⁰¹

Finalmente, o direito à integridade física vindica a proibição da tortura, do trabalho escravo e das penas cruéis e degradantes, enquanto a integridade psíquica guarda relação com o direito à honra, à imagem e à privacidade.¹⁰²

A proibição da escravidão e das penas cruéis e degradantes, conforme já referido anteriormente, violam o valor intrínseco da dignidade humana porque deixam de reconhecer a humanidade inerente da pessoa que as suporta, não sendo diferente com a tortura. Segundo Novais,

[...] na tortura não há só uma simples, ainda que grave, intencional supressão ou redução significativa da autonomia, mas há ainda a despersonalização que decorre da privação temporária e traumatizante da “capacidade para a autonomia” e da sujeição absoluta e involuntária da pessoa ao agente que destrói sua integridade.¹⁰³

Assim como ocorre com a pena de morte, é muito difícil justificar a prática da tortura em um Estado fundado na dignidade da pessoa humana. Ao induzir o indivíduo a uma dor física ou esgotamento mental insuportáveis, nega-se sua humanidade, tratando-o como um objeto para a persecução de um suposto interesse público. E assim como foi referido pelo professor Jorge Reis Novais, a tortura também afeta a dimensão da autonomia da dignidade da pessoa humana, elemento que será tratado posteriormente, mas que merece ser citado neste momento para elucidar o quão grave é a tortura em termos de violação da dignidade humana.

¹⁰⁰ NOVAIS, 2019, p. 61.

¹⁰¹ Ibid., p. 62.

¹⁰² BARROSO, 2014, p. 78.

¹⁰³ NOVAIS, op. cit. p. 55.

No que tange à integridade psíquica, Barroso aponta que o maior desafio para o mundo contemporâneo é a articulação entre o direito à privacidade (entendida como honra pessoal ou imagem) e a liberdade de expressão¹⁰⁴. A maior dificuldade neste caso é o fato de que a dignidade humana abarca as duas posições¹⁰⁵, como valor intrínseco em relação à privacidade e como autonomia em relação à liberdade de expressão. Para elucidar este choque, o Ministro lembra de caso paradigmático ocorrido nos Estados Unidos.

Um exemplo recente desse conflito entre culturas jurídicas se deu quando a polícia de Nova York efetuou a prisão de uma figura pública francesa, que foi então exposta algemada à imprensa e obrigada a caminhar diante das câmeras por ocasião da apresentação ao juiz. Embora essa seja uma prática policial comum nos Estados Unidos, onde é chamada de 'perp walk', o episódio foi considerado por muitos como uma violação de privacidade desnecessária e abusiva.¹⁰⁶

No Brasil, a ofensa à imagem das pessoas que são obrigadas a usar algemas desnecessariamente levou a edição da Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁷, que permite o uso de algemas tão somente nos casos de “resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia”. Nos precedentes representativos¹⁰⁸ para a edição da súmula, além de outros direitos e princípios, como o da não culpabilidade e da proporcionalidade e razoabilidade, foi também invocada a dignidade da pessoa humana como um de seus principais balizadores das decisões. No julgamento do Habeas Corpus 91.952-9/SP, o Ministro Relator Marco Aurélio argumentou que

[...] estes preceitos [princípio da não culpabilidade, integridade física e moral e as garantias e direitos fundamentais dos presos] - a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser

¹⁰⁴ BARROSO, op. cit., p. 80.

¹⁰⁵ BARROSO, 2014, p.80-81.

¹⁰⁶ Ibid., p. 81.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vincula nº 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹⁰⁸ HC 91.925; HC 89.429

preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.¹⁰⁹

Neste mesmo julgamento, o ex-Ministro Carlos Ayres Britto mencionou também a utilização do bagageiro dos camburões para a condução de presos, como se fossem objetos, e não seres humanos. Além destas situações, pode-se citar ainda o uso sensacionalista que vários noticiários fazem de operações policiais e da imagem de suspeitos e investigados, divulgando-as de forma vexatória e lhes dando a alcunha de criminosos, bandidos, entre outros, mesmo que, em muitas das vezes, não haja condenação ou sequer uma investigação policial conclusiva. Este uso indiscriminado de suas imagens causa estigma e repulsa social, o que sem dúvidas lhes afeta a dignidade.

Em síntese, o valor intrínseco, elemento ontológico da dignidade da pessoa humana¹¹⁰, significa o respeito pela humanidade imanente a todo e qualquer indivíduo, reclamando, por conta disso, o respeito aos direitos à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica.

4.2 AUTONOMIA

Foi referido em capítulo anterior que a autonomia, na visão kantiana, capacita os indivíduos a agir conforme a moral, mas aqui, como elemento integrante do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, a autonomia é valorativamente neutra, não necessariamente orientada a um agir conforme a moral, mas como uma

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus 91.952-9/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹¹⁰ BARROSO, 2014, p. 76.

condição para que os indivíduos exerçam seu livre-arbítrio, para que busquem seu próprio ideal de vida conforme seus valores, interesses e desejos.¹¹¹

Para que a autonomia individual possa florescer e ser exercida de fato, ao menos três condições precisam ser preenchidas, a capacidade de fazer juízos de valor, a ausência de fatores externos que privem o indivíduo de tomar decisões orientadas pela própria razão e a existência real de alternativas.¹¹²

A autonomia individual, nos termos apresentados acima, corresponde ao núcleo essencial da liberdade, à esfera de autodeterminação que não pode ser restringida por fatores externos em hipótese alguma, vez que representa as decisões mais íntimas do indivíduo¹¹³. Desta forma, o Estado jamais poderá, por exemplo, definir a religião de um indivíduo, ainda que possa impedir de fazer um culto no meio de uma avenida que impeça a circulação dos automóveis, ou de matar outro indivíduo em nome desta religião. E assim o é porque estas proibições, ainda que limitem sua liberdade, não violam sua dignidade humana, pois integram o conteúdo da liberdade individual que pode ceder em função de direitos alheios ou em nome de normas sociais¹¹⁴.

Inclusive, são inúmeros os exemplos de normas civis e penais que restringem a capacidade dos indivíduos de desenvolver sua própria vida sem que isso configure, a princípio, uma violação de sua dignidade humana. A lei penal restringe, a título de exemplo, a manutenção de casas de prostituição¹¹⁵, a comercialização de drogas¹¹⁶ e a exploração de jogos de azar¹¹⁷. Por mais que a escolha da própria profissão ou do empreendimento em que se pretende investir figurem como parte importante da liberdade de um indivíduo, dificilmente se poderia defender a legitimidade da exploração de atividades que afetam a dignidade e o bem-estar alheio — ainda que os jogos de azar sejam socialmente mais aceitos, sendo, por conta disso, mais controversa a sua proibição. No âmbito das relações entre particulares, o Código Civil, através do artigo 1.521 e seus incisos, impede o casamento incestuoso, o proveniente de crime e o casamento entre pessoas já casadas. Neste caso, a controvérsia está no

¹¹¹ Ibid., p. 81.

¹¹² BARROSO, 2014, p. 82.

¹¹³ BARROSO, loc. cit.

¹¹⁴ BARROSO, loc. cit.

¹¹⁵ Código Penal, art. 229.

¹¹⁶ Lei nº 11.343, art. 33.

¹¹⁷ Lei das Contravenções penais, art. 50.

fato de que estes impedimentos contêm uma séria restrição à liberdade individual, haja vista a importância do casamento no desenvolvimento da própria vida.

Em todos estes exemplos, para se configurar uma restrição violadora da dignidade da pessoa humana, será necessária a conclusão de que houve intromissão na esfera da autonomia individual, das decisões íntimas que não podem ser restringidas por forças exógenas.

Ainda que o poder público disponha da legítima capacidade de restringir liberdades individuais sem que, com isso, viole direta e imediatamente a dignidade dos indivíduos atingidos pela restrição, precisará, sempre que o faça, fundamentá-la adequadamente. Sobre este ponto, Jorge Reis Novais pontua que

[...] mesmo quando da dignidade da pessoa humana não decorre imediatamente a vedação de certas razões como justificação para a restrição a direitos fundamentais, ou seja, mesmo quando a prossecução de determinado interesse público se situa dentro da margem constitucionalmente admitida da livre conformação política do legislador ou do governo democrático, da dignidade da pessoa humana resulta também, indirectamente, a ilegitimidade de limitações à liberdade que, mesmo sem porem em causa o valor da independência moral do sujeito, constituam a imposição de restrições ou de sacrifícios gratuitos, desnecessários, desrazoáveis, na sua liberdade geral de acção autonomamente conformada.¹¹⁸

Portanto, em acréscimo a concepção de autonomia como a proibição de restrições ao âmbito de decisões íntimas dos indivíduos, pode-se afirmar também que, mesmo nas limitações da liberdade que escapem ao núcleo essencial e indivisível da autonomia individual, haverá sempre a necessidade de uma justificativa razoável da restrição, adequada ao Estado democrático de direito — que proíbe a imposição de restrições gratuitas e desnecessárias. Seria o caso na hipotética situação no qual o Estado arbitrariamente proíbe os indivíduos de tomarem sorvete de baunilha. Ainda que a possibilidade de tomar sorvete de baunilha não seja um direito fundamental ou parte do conteúdo que integra o âmbito de escolhas íntimas que não podem sofrer interferências externas, trata-se de uma restrição que ofende a dignidade por ser

¹¹⁸ NOVAIS, 2017, p. 55.

gratuita e desnecessária, uma arbitrariedade do Estado que não reconhece no indivíduo sua liberdade geral de ação¹¹⁹.

Em termos mais concretos, pode-se citar o projeto de lei¹²⁰ enviado pelo então prefeito de Curitiba, Rafael Valdomiro Greca de Macedo, à Câmara Municipal, que previa a imposição de advertência e multa a quem distribuísse alimentos em desacordo com os horários, datas e locais autorizados pelo ente público ou que simplesmente não tivesse autorização para o fazer. Ainda que a Mensagem nº 013¹²¹, enviada em conjunto com o projeto de Lei, contivesse justificativas para a adoção destas medidas, como a desproporção entre oferta e a procura de alimentos (o que levava a desperdícios), os motivos ali elencados não eram convincentes e adequados ao senso de justiça social, causando grande repercussão negativa na mídia e entre voluntários e organizações não governamentais que distribuem comida aos sem-teto¹²², o que levou o prefeito a enviar novo projeto de lei¹²³, desta vez sem a previsão de qualquer infração administrativa que culminasse em advertência ou multa. Percebe-se, neste caso, uma restrição não somente injusta, mas também desnecessária e gratuita, vez que não havia real motivo para impedir que voluntários distribuíssem comida aos sem-teto, sendo, portanto, inadmissível.

A partir destas premissas, pode-se identificar três diferentes dimensões da autonomia como elemento da dignidade humana — sendo cada uma delas o fundamento basilar de outros direitos fundamentais —, a autonomia privada, a autonomia pública e o mínimo existência.

¹¹⁹ Ibid., p. 57.

¹²⁰ CURITIBA. Projeto de Lei Ordinária, de 29 de março de 2021. Institui o Programa Mesa Solidária no Município de Curitiba, no âmbito da Secretaria Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional - SMSAN, e dispõe sobre procedimentos para a distribuição de alimentos a pessoas em situação de vulnerabilidade e risco social. Disponível em: https://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/ProposicaoDetalhesForm.do?select_action=&ordena=005.00103.2021&pro_id=433343&popup=s&chamado_por_link&PESQUISA. Acesso em: 19 jun. 2021.

¹²¹ CURITIBA, loc. cit.

¹²² NOVAES, Dulcineia. SARZI, Lucas. Prefeito Rafael Greca cria projeto de lei para multar quem distribuir comida a sem-teto sem autorização em Curitiba. **G1**. 31 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/03/31/prefeito-rafael-greca-cria-projeto-de-lei-para-multar-quem-distribuir-comida-a-moradores-de-rua-sem-autorizacao-em-curitiba.ghtml>. Acesso em: 19 jun. 2021.

¹²³ CURITIBA, loc. cit.

4.2.1 Autonomia Privada e Autonomia Pública

A autonomia privada é o fundamento da proteção das liberdades individuais, correspondendo “à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida”¹²⁴. Essa autonomia manifesta-se em direitos como o das liberdades religiosa, de expressão e de associação, bem como nos direitos sexuais e reprodutivos¹²⁵.

Sarmiento faz um alerta quanto a possibilidade de interpretação limitativa e equivocadamente idealizada da autonomia privada¹²⁶. Conforme argumenta, o âmbito de decisões protegidas pela autonomia privada não deve se restringir às grandes decisões existências, aquelas orientadas a um plano de vida previamente definido. E assim o é porque, na realidade cotidiana, os indivíduos tomam decisões com base em diversas motivações diferentes, como “juízos morais, cálculos instrumentais, sentimentos, desejos e até idiosincrasias incompreensíveis para terceiros”¹²⁷. Essa perspectiva tem em vista o ser humano real, que tem “sentimentos, corpo e raízes sociais”¹²⁸, não um ser dotado tão somente de sua razão, que pensa e realiza tudo em função de um ideal previamente estabelecido, em síntese, um arquétipo idealizado de um ser que, em última análise, possivelmente nem exista. Se somente as grandes decisões da vida fossem abarcadas pelo conteúdo da autonomia privada, a maior parte dos atos e decisões da vida humana ficariam desprotegidos. Em ilustração bastante semelhante àquela trazida por Jorge Reis Novais (no caso da proibição de se tomar sorvete de baunilha), Sarmiento exemplifica que

[...] mesmo que a forma do corte de cabelo não seja uma decisão fundamental para a maior parte das pessoas, seria gravíssimo, da perspectiva da dignidade humana, se o Estado, à moda da Coreia do Norte ou do Irã, se arvorasse ao poder de ditar quais estilos de corte e de penteado são admissíveis.¹²⁹

¹²⁴ SARMENTO, 2016, p. 140

¹²⁵ BARROSO, 2014, p. 82-83

¹²⁶ SARMENTO, 2016, p. 147

¹²⁷ Ibid, p. 141

¹²⁸ SARMENTO, loc. cit.

¹²⁹ Ibid., p. 147

Ao estender a proteção da autonomia aos mais diversos atos e decisões da vida, postula-se uma ampla margem de liberdades individuais que podem acabar se chocando com a autonomia de outros indivíduos, ou mesmo com seu valor intrínseco ou com valores comunitários¹³⁰. Nestes casos, é importante lembrar que a autonomia está inserida tão somente no núcleo essencial dos direitos e liberdades¹³¹, sendo possível que o conteúdo que escapa a esse núcleo seja restringido em função de outros valores tão importantes quanto.

[...] Por exemplo: como resultado da sua liberdade de ir e vir, um indivíduo pode decidir onde fixar residência, uma escolha estritamente pessoal; do mesmo modo ele pode decidir onde passar suas próximas férias. Mas se uma legislação ou regulação válida o proibir de visitar um determinado país — digamos, a Coreia do Norte ou o Afeganistão — não se poderia pensar, ao menos em princípio, que essa restrição represente uma violação à sua dignidade humana.

A liberdade de decidir onde fixar residência, mencionada pelo Ministro Barroso no exemplo acima, pode ter seus contornos definidos pelo plano diretor do município, um instrumento obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes e que determina a política de desenvolvimento e de expansão urbana do município¹³². Neste documento, o município pode limitar as zonas no qual o indivíduo pode construir, bem como determinar parâmetros mínimos de observação na edificação de seu imóvel. Em ambos os casos, trata-se de uma limitação da sua liberdade de fixar residência, mas não de sua dignidade, pois o estabelecimento destas regras é feito com vistas ao valor comunitário, almejando a construção de uma cidade ordenada e equilibrada. Diferentemente seria se o poder executivo proibisse um indivíduo de fixar residência em qualquer ponto do município por ser um ex-presidiário, configurando uma restrição inconstitucional da sua dignidade.

A autonomia pública, por sua vez, está por trás dos direitos políticos, como o de “votar, concorrer aos cargos públicos, ser membro de associações políticas, fazer parte de movimentos sociais e, particularmente, o direito às condições necessárias

¹³⁰ BARROSO, op. cit., p. 83

¹³¹ BARROSO, loc. cit.

¹³² Constituição Federal de 1998: art. 182, caput e §1º.

para participar do debate público”¹³³. Trata-se, portanto, de um valor instrumental, mas que também constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana¹³⁴.

A proteção e promoção dos direitos e liberdades políticas em um regime democrático ensejam o reconhecimento do ser humano como um agente, um indivíduo capaz de participar do debate público e de colaborar na mudança de sua própria condição social ou de seu grupo¹³⁵. Sob esta ótica, há a concepção de que os cidadãos não são apenas destinatários das normas jurídicas e decisões do Estado, mas também coautores, agentes que influenciam e participam do processo político, ainda que indiretamente¹³⁶.

Como a política e as decisões estatais influenciam diretamente a vida das pessoas individualmente consideradas, a possibilidade de influenciar neste processo e reivindicar o respeito aos seus próprios direitos através da política é, em alguma medida, um reforço da própria autonomia privada, na medida em que se promovem melhores condições de vida. Sarmiento cita, por exemplo, a associação que T.H. Marshall fez entre o “advento dos direitos sociais e a melhoria nas condições de vida dos pobres, no Reino Unido, à paulatina extensão do sufrágio às classes subalternas”¹³⁷. Ora, se o voto daqueles que antes eram excluídos da esfera pública passa a ter peso no jogo político, com a capacidade de alterar os resultados eleitorais, então naturalmente se começará a prestar mais atenção aos clamores destas pessoas, potencializando o real exercício de seus direitos e liberdades individuais.

A importância da autonomia pública em termos de proteção da dignidade humana foi sintetizada por Novais da seguinte forma,

Tendo em conta a relevância decisiva com que a acção política dos governantes e as escolhas públicas se reflectem, necessariamente, nas possibilidades de desenvolvimento da pessoa enquanto tal, constituiria séria afectação da dignidade como integridade humana¹³⁸ privar a pessoa da possibilidade recíproca, real e efectiva, de participar, como igual e com um direito igual, na respectiva definição e escolhas colectivas.¹³⁹

¹³³ BARROSO, 2014, p. 84.

¹³⁴ SARMENTO, 2016, p. 147.

¹³⁵ Sarmiento, p. 147-148

¹³⁶ SARMENTO, 2016, p. 148.

¹³⁷ Ibid., p. 147.

¹³⁸ Para Novais, a autonomia é espécie do gênero integridade humana.

¹³⁹ NOVAIS, 2019, p. 51.

4.2.2 Mínimo Existencial

Por fim, o mínimo existencial, último elemento integrante da autonomia, corresponde às provisões básicas para uma vida digna, uma existência que não se limite apenas à busca pela sobrevivência. O mínimo existencial, por mais difícil que seja sua exata definição e delimitação, pode ser entendido como um direito fundamental, vez que a Constituição de 1988, além de positivizar os direitos sociais no título dos direitos e garantias fundamentais, consagra a dignidade como fundamento do Estado¹⁴⁰. Do direito ao mínimo existencial decorrem os direitos sociais inscritos no artigo 6º da Constituição.

A garantia de um mínimo existencial tem, inicialmente, um valor instrumental, como uma condição para a fruição da própria autonomia privada. Se um indivíduo vive no mais absoluto estado de miséria, se nem suas necessidades vitais essenciais são satisfeitas, se não tem acesso à educação, alimentação e moradia, dificilmente se poderia concluir que poderá usufruir da sua liberdade tanto quanto alguém para o qual a fome e a violência da rua jamais foram preocupações reais.

[...] Um analfabeto encontrará dificuldades praticamente insuperáveis para se expressar e ter acesso à informação. Uma pessoa doente ou faminta não conseguirá realizar as suas escolhas existenciais mais importantes, pois a sua condição absorverá todas as suas forças e energias.¹⁴¹

Por conta disso, “sem o atendimento de certas condições materiais básicas, se esvazia por completo a liberdade pela inviabilidade do seu efetivo exercício no mundo real”¹⁴². Neste sentido, aquelas grandes decisões existenciais de foro íntimo, que não podem sofrer restrições estatais e estão no cerne da autonomia, tornam-se mera abstração para as pessoas necessitadas, uma concepção que, apesar de integrar o conteúdo da dignidade humana, não alcança de forma igualitária todos os indivíduos.

¹⁴⁰ SARMENTO, 2016, p. 193.

¹⁴¹ Ibid. p. 202

¹⁴² Ibid., p. 197.

“Portanto, a liberdade para pessoas reais realmente pressupõe a garantia do mínimo existencial”¹⁴³.

O mesmo raciocínio se aplica a autonomia pública. O déficit educacional acaba por comprometer a capacidade do indivíduo de compreender e formular raciocínios atinentes à atividade pública, restringindo-o da participação das deliberações sociais.¹⁴⁴ Além disso, Sarmiento destaca também que relações hierarquizadas de poder, que ensejam uma dependência material de um indivíduo em relação a outro, acabam também por fragilizar a autonomia pública do indivíduo e a própria democracia.¹⁴⁵

Em complemento, Ana Paula de Barcellos acertadamente pondera ainda que “se os indivíduos são iguais, qualquer deliberação pública exigirá que a cada participante seja reconhecido um conjunto básico de direitos sem os quais o procedimento não poderá funcionar adequadamente” ¹⁴⁶ . Em suma, aquela capacidade de influenciar os rumos do jogo político acabam se tornando mera ficção quando não são garantidas as condições básicas para o desenvolvimento tanto da autonomia privada quanto da autonomia pública.

Entretanto, ainda que esta função instrumental do mínimo existencial seja correta e relevante, o provimento de condições básicas para o florescimento da própria autodeterminação é também um valor em si mesmo, gozando de fundamentação independente do valor instrumental¹⁴⁷.

Para Sarmiento, a ideia por trás da vinculação de um mínimo existencial aos direitos e liberdades individuais, como se decorresse somente disso, é uma concepção preconizada pelo liberalismo, de que o fundamento último dos direitos é a garantia da liberdade. Entretanto, em consonância com o filósofo Ernst Tugendhat, o autor defende que o fundamento último dos direitos é o atendimento das necessidades humanas, sendo a liberdade apenas uma destas necessidades¹⁴⁸. Caso o mínimo existencial fosse tomado apenas como reforço das liberdades individuais e direitos políticos, aqueles que não as podem exercer por motivos que vão além da condição

¹⁴³ Ibid., p. 202.

¹⁴⁴ Ibid., p. 203.

¹⁴⁵ SARMENTO, 2016, p. 203.

¹⁴⁶ BARCELLOS, 2008, p. 278-279.

¹⁴⁷ SARMENTO, op. cit., p. 206.

¹⁴⁸ Ibid., p. 207.

material seriam simplesmente preteridos do âmbito de proteção da dignidade. Neste caso, crianças, idosos e pessoas com severa deficiência mental não estariam protegidos pelo direito ao mínimo existencial, vez que não podem exercer suas autonomias privada e pública.

Além disso, Sarmiento também faz um apelo ao senso de justiça social.

[...] Quando nos deparamos com o sofrimento de uma pessoa faminta, sem-teto ou doente pela falta de acesso a tratamento de saúde, somos tomados pelo sentimento de injustiça, não porque percebemos ali alguma lesão à liberdade ou à democracia. É a própria privação de uma necessidade básica e o sofrimento injusto que ela enseja que nos causam a justa indignação.¹⁴⁹

Em síntese, a garantia de um mínimo existencial deve ser promovida não somente para que possam ser semeadas as liberdades individuais e os direitos políticos, mas também porque a miséria humana é “objectivamente degradante ou incompatível com a imagem civilizacionalmente construída do que é uma pessoa”¹⁵⁰.

O reconhecimento de um mínimo existencial, por obrigar o Estado a o prover, acaba gerando complexos problemas quanto a sindicabilidade judicial destes direitos¹⁵¹. Inicialmente, sabe-se que a garantia dos direitos sociais que integram o mínimo existencial depende de uma reserva financeira, que, em qualquer Estado, é limitada e precisa ser alocada em diversas áreas. Esse fato restringe a margem de controle e escrutínio judicial, impondo cautela ao poder judiciário na tomada de decisões que dependam da utilização de dinheiro público, com especial atenção à reserva do financeiramente possível¹⁵². Entretanto, como o próprio nome sugere, trata-se aqui de um mínimo existencial, da garantia das condições básicas em um patamar que o Estado não pode se negar a prover.

Conforme ensina Barcellos, parte do conteúdo que integra o princípio da dignidade da pessoa humana é reservada à deliberação democrática, concepções como “a defesa e a condenação do aborto e da eutanásia, o liberalismo e o dirigismo econômico etc”¹⁵³ fazem parte desta dimensão da dignidade. Todavia, a autora

¹⁴⁹ SARMENTO, 2016, p. 208 e 209.

¹⁵⁰ NOVAIS, 2017, p. 59.

¹⁵¹ BARROSO, 2014, p. 85.

¹⁵² NOVAIS, 2019, p. 211-212.

¹⁵³ BARCELLOS, 2008, p. 281.

defende que há um núcleo essencial da dignidade humana que contém eficácia jurídica positiva ou simétrica, além do caráter de regra, aplicando-se no esquema do “tudo ou nada”¹⁵⁴. Integra esse núcleo essencial da dignidade o mínimo existencial, composto por quatro elementos, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça, sendo todos eles direitos subjetivos exigíveis diante do Poder Judiciário¹⁵⁵.

Estes quatro elementos, conforme elucida Barcellos, correspondem a uma estrutura lógica de proteção da dignidade, não sendo mera escolha aleatória ou normativista.¹⁵⁶ A autora delimita sua teoria da seguinte forma,

[...] educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a parte delas, sua própria dignidade autonomamente. Observe-se que, embora se faça referência a um momento inicial, essas prestações não se concentram necessariamente na infância e juventude: a saúde básica será um elemento que acompanhará a pessoa por toda a sua existência e a educação fundamental poderá vir a ser prestada em qualquer fase da vida, caso não o tenha sido na infância.

A assistência aos desamparados, por sua vez, identifica um conjunto de pretensões cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo. É o direito de não “cair abaixo de um determinado patamar mínimo”, independentemente de qualquer outra coisa.

Como se pode intuir, a assistência aos desamparados poderá ser prestada simultaneamente à educação e à saúde, de forma complementar a estes dois elementos. Ao longo do período em que o indivíduo estiver cursando o ensino fundamental, e.g. ele não poderá dispensar essas condições básicas para a manutenção de um mínimo de dignidade, caso não possa assegurá-las por si mesmo. A assistência aos desamparados poderá também, em outros casos, sinalizar o fracasso daquela primeira fase, isto é: nada obstante a prestação de saúde e educação, aquele indivíduo não foi capaz de desenvolver-se sozinho, necessitando de assistência. O acesso à justiça, por fim, é o elemento instrumental e indispensável da eficácia positiva ou simétrica reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial.¹⁵⁷

A concretização desse mínimo existencial, correspondente aos elementos acima apontados, há de ser realizado através da análise do próprio texto constitucional. Para os fins deste trabalho, e tão somente para elucidar o método de

¹⁵⁴ Ibid., p. 282.

¹⁵⁵ Ibid., p. 285-288.

¹⁵⁶ BARCELLOS, p. 288.

¹⁵⁷ Ibid, p. 288-289.

análise empregado pela autora, analisar-se-á a sindicabilidade do direito à educação fundamental, conquanto Barcellos faça o mesmo com cada um dos elementos.

A educação fundamental, condição para o exercício da cidadania e para o ingresso no mercado ¹⁵⁸, compreende os nove primeiros anos de escolaridade, conforme previsto no artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996).

A primeira obrigação que se impõe ao Estado é o oferecimento das condições básicas para o real aproveitamento da educação fundamental. Entre estas condições, estão o oferecimento de turno em horário diurno para o público infantil e adolescente e em horário noturno para adultos e jovens, bem como a disponibilização de “material didático, alimentação e prestações básicas de saúde e transporte, quando necessário”. ¹⁵⁹ Daí decorre o direito subjetivo de exigir judicialmente a vaga em alguma escola pública que ofereça todas essas condições mínimas de real exercício da educação fundamental.

Seguindo em frente, caso não haja no município escola noturna que ofereça ensino fundamental ou caso não haja vagas no turno diurno, além de consequências como a responsabilização da autoridade competente, com base no artigo 208, § 3º, da Constituição, e a intervenção federal, o indivíduo lesado poderá pedir em juízo que o Poder Público custeie sua educação fundamental em uma instituição de ensino privada. ¹⁶⁰ Essa bolsa de estudo em instituição privada e arcada pelo próprio Estado é prevista no artigo 213, § 1º, da Constituição. Apesar do dispositivo prever que esta bolsa de estudo será destinada na forma da lei, Barcellos defende que, em realidade, esta prestação não é exigível do Judiciário apenas com fundamento em lei. Isso, porque a melhor interpretação do artigo é aquela que melhor realiza o princípio. ¹⁶¹ Desta forma, é mais adequada a interpretação de que o Judiciário, sempre que for demandado pela falta de vagas poderá determinar o pagamento da bolsa de estudos, sendo o dispositivo constitucional dirigido ao Poder Executivo. Neste caso, ainda que o magistrado entenda ser devida a bolsa de estudos, deverá sempre estar atento aos princípios da razoabilidade e da isonomia.

¹⁵⁸ Ibid, p. 291.

¹⁵⁹ BARCELLOS, p. 291.

¹⁶⁰ Ibid, p. 294-295.

¹⁶¹ Ibid, p. 295.

[...] Nada justifica que o indivíduo que obteve judicialmente o direito ao ensino fundamental seja mais bem aquinhado do que aquele que frequentou as filas, ao longo das madrugadas, para a inscrição nas escolas públicas e obteve uma vaga. Assim, a escola privada escolhida deve ter um padrão e, principalmente, um custo equivalentes ao da escola pública. Ou seja: idealmente, o gasto que o Poder Público terá com esse aluno em uma escola privada deve ser o mais próximo possível do custo de um aluno nas mesmas circunstâncias em sua rede de ensino. Além disso, o juiz poderá utilizar analogicamente o Código de Processo Civil (arts. 632 e ss.), que dispõe a respeito da obrigação de fazer executada por terceiro e custeada pelo devedor.¹⁶²

Portanto, percebe-se uma dimensão positiva do mínimo existencial referente ao direito à educação fundamental que pode ser reivindicada em juízo pelo indivíduo lesado, sendo todos os direitos acima referido fundados nos preceitos constitucionais relativos à educação. Apesar desse método não encerrar as possíveis dificuldades que possam surgir quanto a sindicabilidade dos direitos inerentes ao mínimo existencial, trata-se de método objetivo e adequadamente fundamento deste valor, sem a necessidade de se recorrer somente a juízos interpretativos.

4.3 VALOR COMUNITÁRIO

O valor comunitário, último elemento integrante da classificação do conteúdo normativo do princípio da dignidade humana enunciado pelo Ministro Barroso, representa o elemento social da dignidade¹⁶³. Segundo o autor,

[...] A expressão “valor comunitário”, que é bastante ambígua, é usada aqui, por convenção, para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: 1. Os compromissos, valores e “crenças compartilhadas” de um grupo social, e 2. As normas impostas pelo Estado. [...] Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva.¹⁶⁴

¹⁶² BARCELLOS, 2008, p. 297.

¹⁶³ BARROSO, 2014, p. 87.

¹⁶⁴ Ibid., p. 87.

O valor comunitário, portanto, age como um limite ao exercício da liberdade individual, sem se olvidar do núcleo essencial da autonomia pessoal, que não pode ser restringida por forças externas. Esta limitação funda-se em três objetivos distintos: "1. A proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; 2. A proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e 3. A proteção dos valores sociais compartilhados".¹⁶⁵

No que tange ao primeiro objetivo, é natural e socialmente aceito nos Estados Democráticos de Direito atuais a imposição de sanções para proteger valores sociais e direitos individuais de terceiros. No âmbito penal, por exemplo, a lei impõe severas penas de restrição à liberdade para salvaguardar direitos da mais alta relevância, como a vida e a integridade sexual. No direito privado, o artigo 927 do Código Civil prevê a obrigação daquele que, por ato ilícito, tenha causado dano a outrem a repará-lo.

Com a chegada do novo coronavírus ao Brasil, os entes federativos passaram a prever diversas restrições às liberdades individuais, que vão desde a obrigação do uso de máscaras em lugares públicos ou fechados até a imposição de severas quarentenas. Por mais que estas restrições fossem inadmissíveis em tempos normais, é certo que os riscos que a livre circulação criavam ao direito à saúde justificavam a imposição destas medidas.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, entendeu, através da ADPF 811¹⁶⁶, que era possível a restrição de cultos presenciais para conter o avanço do coronavírus. Neste caso, percebe-se que, apesar de se tratar de uma restrição à liberdade religiosa, séria por sinal, não se está atentando contra o núcleo essencial deste direito. Além disso, também não se trata de restrição gratuita e infundada, mas sim com vistas a proteção do valor comunitário correspondente à saúde pública.

No âmbito internacional, a União Europeia criou um certificado digital dado às pessoas consideradas imunizadas para que possam viajar livremente pelos países do bloco, sem mais precisar se submeter a quarentenas ou outros procedimentos de

¹⁶⁵ Ibid., p. 88.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2021. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1190170941/medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-811-sp-0050295-2020211000000/inteiro-teor-1190170949>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

segurança adotados por outros países¹⁶⁷. Neste caso, a liberdade de circulação pelos países do bloco fica sujeita ao atendimento dos protocolos de segurança adotados por cada um dos países ou à emissão do certificado. Em qualquer dos casos, a liberdade individual cede em função do valor comunitário, consubstanciado, nesta situação, pelo direito à saúde da coletividade.

Quanto aos outros dois objetivos, a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo¹⁶⁸ e a proteção dos valores sociais compartilhados, o próprio ministro Barroso identifica a possibilidade de graves riscos de paternalismo e moralismo.¹⁶⁹ Todavia, várias cortes constitucionais vem recorrentemente aceitando estes valores em suas jurisprudências¹⁷⁰, sendo sempre necessário uma análise comedida do caso concreto e dos valores em disputa. Barroso lembra do famoso caso do arremesso de anões que chegou ao Conselho de Estado da França e, posteriormente, à Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

[...] O prefeito de Morsanf-sur Orge, uma cidade próxima de Paris, proibiu uma atração de casas noturnas conhecida como lancer de nain, na qual um anão, equipado com aparelhos de proteção, era lançado a curtas distâncias pelos fregueses do estabelecimento até cair sobre um colchão de ar. Ao julgar um recurso contra esse ato, a Corte Administrativa anulou a decisão do prefeito, mas o Conselho de Estado, a corte superior em matéria administrativa, reverteu essa decisão e reestabeleceu a proibição. O raciocínio do Conselho foi baseado na defesa da ordem pública e da dignidade humana. É interessante observar que o próprio anão se opôs à proibição em todas as instâncias e levou o caso até a Comissão de Direito Humanos da Organização das Nações Unidas, alegando que a França havia cometido uma discriminação e violado o seu “direito à liberdade, emprego, privacidade e a um padrão de vida adequado”. A Comissão, contudo, decidiu que a proibição “não constituía medida abusiva” e que ela era necessária para proteger a ordem pública e a dignidade humana. Essa decisão, todavia, tem sido mundialmente criticada com base no argumento de que a dignidade como autonomia deveria ter orientado o resultado do caso fazendo prevalecer a vontade do anão.¹⁷¹

¹⁶⁷ EU clears way for the EU Digital COVID Certificate. **European Commission**. 14 jun. 2021. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_2965>. Acesso em: 20 jun. 2021.

¹⁶⁸ Neste ponto, há de se questionar se a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo se trata realmente de uma limitação da autonomia individual em função de um valor comunitário, eis que várias das restrições impostas pelo Estado não parecem, de fato, serem justificadas pela proteção de um valor ou norma social, mas tão somente pela proteção, paternalista na maior parte dos casos, dos direitos e dignidade do indivíduo afetado pela norma. Apesar disso, este limite ao exercício da autonomia é recorrente no direito brasileiro, pelo qual se faz necessária sua análise — que será feita neste capítulo por conveniência.

¹⁶⁹ BARROSO, 2014, p. 90.

¹⁷⁰ Ibid., p. 91.

¹⁷¹ Ibid., p. 91-92.

Neste caso, percebe-se que a dignidade humana é tratada como um valor indisponível, que não pode ser renunciada ou negociada pelo indivíduo, ou seja, que não depende do seu livre consentimento. Por mais que casos assim não ocorram com frequência na vida cotidiana, estão longe de ser meramente acadêmicos, sendo possível identificar uma série de situações que suscitem reflexões relacionadas ao paternalismo e moralismo do Estado, além da disponibilidade da própria dignidade, como em casos de canibalismo voluntário, prostituição, eutanásia, transfusão de sangue para testemunhas de Jeová, vender a própria virgindade e práticas de BDSM.

Essas situações sempre serão de difícil resolução e requerem cautela em sua análise, sob a pena de se validar intromissões inconstitucionais no âmbito da autonomia individual. Portanto, para fundamentar a imposição de valor externos que reduzem o campo da autonomia inerente a cada indivíduo, Barroso propõe três elementos que devem ser levados em conta: “a) a existência ou não de um direito fundamental sendo atingido; b) o dano potencial para outros e para a própria pessoa; e c) o grau de consenso social sobre a matéria”.¹⁷²

Por sua própria natureza, os direitos fundamentais requerem uma razão forte para sua limitação. Conforme lembra Sarlet¹⁷³, por mais que a Constituição Federal não preveja expressamente a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, como o fez a Constituição Portuguesa¹⁷⁴, o comando contido no §1º do art. 5º, que prevê a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, impõe a todos os poderes a obrigatoriedade não apenas de concretizar o conteúdo previsto pelo direito fundamental mas também de não atentar contra seu sentido e finalidade.

Neste ponto, Barroso ressalta a diferença entre liberdades básicas e o direito geral à liberdade. As liberdades básicas correspondem aquelas com previsão expressa e específica, como a liberdade de religião e expressão, enquanto o direito geral à liberdade corresponde ao direito de fazer tudo aquilo que a lei não proíba¹⁷⁵.

¹⁷² BARROSO, 2014, p. 95-96.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 388-389

¹⁷⁴ Constituição Portuguesa. art. 18/1: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

¹⁷⁵ BARROSO, 2014, p. 96.

Como a restrição à autonomia individual já foi devidamente explorada em capítulo anterior, desnecessário maior aprofundamento sobre este tópico, apenas reiterando-se, por conveniência, que a restrição às liberdades individuais são possíveis sempre que hajam razões fortes o suficiente para a justificar, e desde que não alcance o núcleo essencial destas liberdades, que não pode ser restringido em nenhuma hipótese. Por outro lado, a liberdade geral de ação sempre poderá ser restringida, desde que não se trate de restrição gratuita e desnecessária ou que não respeite o princípio da proporcionalidade.

O dano potencial para outros, como fonte de restrição à autonomia, “confere à restrição uma justa presunção de legitimidade”¹⁷⁶. Aliás, a faceta igualitária do princípio da dignidade da pessoa humana impõe esta conclusão, posto que a autonomia do outro, por ter o mesmo valor objetivo que a autonomia de qualquer indivíduo, não deve, a princípio, ser limitada pelas ações de terceiro.

Entretanto, há de se ter cautela na interpretação desta proposta. Segundo Sarmiento¹⁷⁷, o dano consubstancia-se tão somente pela violação de um direito. Neste sentido, o desconforto de um homofóbico com a demonstração de afeto por um casal homossexual ou a frustração de um homem abandonado pela noiva não podem ser considerados danos — pelo menos não no sentido normativo de dano —, pelo qual não é possível restringir a autonomia do casal ou da noiva pelos sentimentos negativos que suas ações venham a causar aos demais. Por outro lado, há a restrição do homem homofóbico de agredir o casal, porque mesmo que a situação venha a lhe causar desagrado, o ato de agredir física ou psicologicamente o casal é, em si, uma violação aos seus direitos à integridade física e mental, sendo vedada pela proibição do dano a terceiros.

Já em relação ao dano potencial para si próprio, há a necessidade de uma análise mais detida. Isso, porque a restrição da autonomia de um indivíduo para salvaguardar seus próprios direitos pode ser encarada, na maior parte dos casos, como paternalismo estatal, situação que sempre deverá levantar suspeitas¹⁷⁸. Consoante anota Sarmiento¹⁷⁹, o paternalismo estatal decorre da ideia de que o

¹⁷⁶ BARROSO, 2014, p. 96.

¹⁷⁷ SARMENTO, 2016, p. 164-165.

¹⁷⁸ BARROSO, op. cit., p. 96-97.

¹⁷⁹ SARMENTO, op. cit., p. 169.

Estado sabe melhor o que é bom para cada indivíduo do que ele mesmo, tal qual um pai sabe melhor o que é bom para seu filho, o que acaba por infantilizar os indivíduos, não reconhecendo neles a capacidade de tomar decisões concernentes à própria vida — atitude que vai de encontro ao reconhecimento do valor intrínseco de cada indivíduo.

Por mais que o paternalismo estatal não seja de fácil e imediata aceitação como a vedação de dano a terceiros — aliás, pelo contrário, é altamente controverso no debate jurídico sua adequação com o princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento da autonomia individual —, são comuns as normas que se assentam sob bases paternalistas. A obrigação de usar cinto de segurança na condução de carros e de capacete na condução de motocicletas¹⁸⁰ são exemplos típicos, mas que não geram grandes polêmicas em sociedade. Por outro lado, a proibição da eutanásia¹⁸¹ e dos jogos de azar¹⁸² configuram restrições com cunho paternalista que levantam sérios debates acerca de sua adequação e constitucionalidade.

Um critério para resolução destas situações é a ponderação entre a intensidade da restrição e o benefício que dela se afere. Nas situações em que a imposição de restrições banais à liberdade dos indivíduos possa evitar a exposição a graves riscos, a restrição poderá ser justificativa *prima facie* para proteção dos direitos fundamentais em risco¹⁸³. No caso da obrigatoriedade do uso de cinto de segurança, por exemplo, é certo que se trata de limitação ínfima à liberdade do indivíduo, que sob nenhum aspecto pode ser vista como violadora do núcleo essencial da autonomia. Por outro lado, é certo que, apesar do quão pequena seja a restrição, o benefício pela sua imposição é enorme, posto que tem a potencialidade de reduzir lesões e mesmo salvar a vida do condutor em caso de acidente.

Contudo, são poucos os casos passíveis de justificação pelo critério da proporcionalidade, haja vista a necessidade de se aferir um enorme benefício através de uma pequena restrição. Na maior parte dos casos, não haverá o preenchimento destes dois requisitos simultaneamente.

¹⁸⁰ Respectivamente, arts. 167 e 244, I, do Código de Trânsito Brasileiro.

¹⁸¹ Código Penal, art. 121.

¹⁸² Lei das Contravenções Penais, art. 50.

¹⁸³ SARMENTO, 2016, p. 171.

No caso da proibição dos jogos de azar, há séria restrição à autonomia individual, que vai muito além do mero ato de encaixar o fecho de um cinto de segurança. Mesmo que o Estado argumente, e muito possivelmente com razão, que os jogos de azar são prejudiciais aos jogadores, trata-se de restrição que impede o desenvolvimento das vontades dos indivíduos afetados pela restrição, no qual deixam de ser tratados como agentes morais e titulares do “direito de eleger seus próprios caminhos existenciais”¹⁸⁴. Não é possível reconhecer a autonomia como valor integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana e ao mesmo tempo a restringir por qualquer noção perfeccionista de boa vida, ainda mais nas situações em que tal noção está longe de ser consenso em sociedade.

Por outro lado, pontua-se que há situações em que apenas existe a aparência de paternalismo, em especial nas tentativas do Estado em consertar assimetrias sociais que minam a autonomia do polo mais fraco da relação. A título de exemplo, o Direito do Trabalho traz diversas restrições à liberdade do trabalhador de celebrar ajustes contratuais com seu empregador, estando por trás destas restrições, conforme ensinar Sarmiento,

[...] a ideia básica [...] de que, em regra, a intervenção estatal ocorre em favor da vontade do empregado, e não contra ela. O trabalhador deseja o que a lei lhe assegura, mas não consegue obtê-lo do patrão em um ambiente de “mercado livre”, pois o seu poder de barganha é muito reduzido.¹⁸⁵

Por fim, no que tange à restrição da autonomia individual objetivando a conservação de valores sociais compartilhados, Barroso aponta para a necessidade de um consenso social forte¹⁸⁶. O problema com este critério, como o próprio autor aponta, é que sempre existirão desacordos morais em sociedades democráticas e plurais¹⁸⁷. Em realidade, os desacordos morais razoáveis estão no cerne de grande parte dos casos difíceis levados à jurisdição estatal, motivo pelo qual a conservação

¹⁸⁴ SARMENTO, 2016, p. 172.

¹⁸⁵ Ibid., p. 171.

¹⁸⁶ BARROSO, 2014, p. 97.

¹⁸⁷ BARROSO, loc. cit.

de valores sociais compartilhados através de um consenso social forte dificilmente será suficiente para justificar a restrição à autonomia individual nestas situações.

Conquanto o critério não seja eficaz na justificação de restrições à autonomia, o fato de que a arena pública é permeada por desacordos morais entre razões igualmente legítimas e racionais aponta para a necessidade de abstenção do Estado em várias destas disputas. Segundo o Ministro, o

papel do Estado ao interpretar os valores comunitários é acolher aqueles que são mais genuinamente compartilhados pelas pessoas e evitar, sempre que possível, escolher lados em disputas moralmente divisivas. Uma boa razão para essa abstenção é que permitir que um grupo imponha suas concepções morais sobre outros representa uma afronta ao ideal segundo o qual todos os indivíduos são livres e iguais¹⁸⁸.

Em função disso, defende que a maioria pode e deve definir questões que se restrinjam ao âmbito da política mas não as que tenham cunho eminentemente moral. Assim, “sempre que uma questão moral significativa estiver presente, a melhor atitude que o Estado pode tomar é estabelecer um regime jurídico que permita aos indivíduos dos dois lados da disputa exercerem sua autonomia pessoal”¹⁸⁹.

Portanto, após todas as reflexões desenvolvidas ao longo deste capítulo, tendo como base o modelo proposto pelo Ministro Barroso e com aportes teóricos de outros importantes autores que desenvolveram pesquisas sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se prescrever, em síntese, que o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana deve ser fundado numa perspectiva filosófica laica, neutra e universalista, sendo composto por três esferas que se complementam e estabelecem limites ao seu próprio conteúdo, consubstanciadas no valor intrínseco do indivíduo, na sua autonomia e no valor comunitário da sociedade.

O estabelecimento destes critérios de análise permite um debate jurídico racional e erigido sobre as mesmas bases lógicas, possibilitando que todos os complexos casos que envolvem a dignidade da pessoa humana permaneçam no

¹⁸⁸ BARROSO, 2014, p. 97.

¹⁸⁹ Ibid., p. 98.

campo da razão e da argumentação jurídica, sem a necessidade de se invocar conceitos altamente abstratos e contraproducentes de dignidade, que impossibilitam o debate ao impedir o estabelecimento de uma linguagem comum entre os interlocutores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana, desde que foi concebida por grande parte das constituições ao redor do mundo, pareceu sempre estar envolta em certa incerteza quanto ao seu conteúdo normativo concreto, vez que se trata de uma ideia de enorme elasticidade conceitual. Neste sentido, o presente trabalho buscou, principalmente, examinar qual é este conteúdo material do princípio, bem como as funções e a estrutura da norma da dignidade da pessoa humana.

No primeiro capítulo, foi examinada a genealogia da dignidade da pessoa humana, passando pelos principais marcos teóricos ao longo de sua história. A partir disso, o estudo teve início no pensamento desenvolvido na antiguidade clássica, que abarca a primeira concepção da dignidade de que se tem notícia, no qual era contemplada como a superioridade dos homens perante os demais seres vivos, em especial pela sua racionalidade. Entretanto, era também um critério de hierarquização entre os indivíduos, no qual os que ocupavam o topo da estrutura social eram aqueles que tinham mais dignidade.

Já na Idade Média, a dignidade passou por uma repaginação influenciada principalmente pela pensamento cristão. A essa altura, a dignidade humana era uma característica que denotava a superioridade da raça humana pela sua criação à imagem e semelhança de Deus, bem como pelo seu livre-arbítrio e capacidade de agir segundo a razão — conquanto se considerasse que esta dignidade se estendesse somente aos cristãos.

Posteriormente, a dignidade passou a ser concebida como uma característica imanente a todos os indivíduos, sem diferenciação por critérios sociais ou religiosos. Esta faceta igualitária do princípio foi influenciada principalmente por Immanuel Kant, que postulava a ideia segundo o qual todos os indivíduos são fins em si mesmos.

Segundo esta formulação, os indivíduos não mais poderiam ser instrumentos na mão do Estado ou mesmo de outros indivíduos. Além disso, o filósofo prussiano defendia também a autonomia individual como uma decorrência do dever do homem de agir moralmente, concepção que viria a se tornar extremamente relevante para a ordem jurídica posteriormente.

Após percorrer todo este caminho, a dignidade da pessoa humana encontrou abrigo em grande parte das ordens constitucionais nacionais após a Segunda Guerra Mundial. Os horrores vividos durante este triste período da história abriu os olhos dos Estados para a necessidade de alicerçar a ordem jurídica nacional e internacional em um alicerce moral legítimo, prestando-se a dignidade da pessoa humana para este fim.

No segundo capítulo, foi estudada a estrutura e as funções desempenhadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto à sua estrutura, com inspiração na teoria desenvolvida por Robert Alexy, viu-se que a norma da dignidade humana comporta tanto a natureza de princípio quanto de regra. Como princípio, a dignidade da pessoa humana age como um comando de otimização, impondo que seja realizada na maior medida possível. Como regra, a dignidade da pessoa humana impõe certas condutas de observação obrigatória, uma vez que o seu não atendimento implica violação direta e imediata à dignidade humana.

No que tange as suas funções, pode-se dizer que, para além de vetor hermenêutico de enorme relevância, a dignidade humana também serve como fundamento moral de legitimidade do Estado, além de ser um critério para a identificação de direitos fundamentais não contemplados pelo rol de garantia e direitos fundamentais, posto que o conteúdo material essencial dos direitos fundamentais tem origem na dignidade da pessoa humana.

Por fim, no terceiro capítulo, seção mais importante deste trabalho, tentou-se identificar qual é o conteúdo normativo do princípio, com inspiração na classificação tripartite realizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso. Porém, antes, fez-se breve nota quanto à problemática oriunda da falta de clareza quanto ao conteúdo material da dignidade da pessoa humana, consubstanciada por inúmeras decisões que invocam o princípio como mero ornamento retórico, sem necessidade, ou mesmo de forma equivocada. Esta utilização arbitrária e sem critérios

acaba por transformar o princípio em um invólucro de uma linguagem vazia, que serve apenas para embelezar a argumentação desenvolvida pelo interlocutor. Com isso, um princípio de tamanha envergadura e importância na ordem jurídica, como a dignidade da pessoa humana, acaba por poder ter sua aplicabilidade completamente esvaziada.

Quanto ao conteúdo material do princípio, viu-se que este pode ser dividido em três esferas distintas: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. O valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade da pessoa humana, que a concebe como uma característica imanente de todos os seres humanos e demanda seu reconhecimento como fins em si mesmos. Com isso, postula-se a proibição de qualquer conduta que coisifique, desvalorize ou despreze o valor de um ser humano, o que acaba por reclamar os direitos à vida, à igualdade perante a lei e o direito à integridade física e psíquica.

A autonomia, por sua vez, é o elemento ético da dignidade humana, sendo subdividida em três conteúdos distintos, a autonomia privada, a autonomia pública e o mínimo existencial. A autonomia privada é caracterizada pelo dever de respeito ao núcleo essencial das liberdades básicas, aquelas sem o qual o indivíduo jamais poderia determinar sua própria forma de viver, como as liberdades de religião e de expressão. A autonomia pública está associada à capacidade de participação na vida política, possibilitando aos indivíduos influenciar os rumos da atividade estatal. O mínimo existencial é o conjunto de direitos que integram as provisões básicas ao qual o Estado não pode se negar a prestar, pois sem estas prestações, o conteúdo das autonomies privada e pública acaba sendo esvaziado; além desta função instrumental, o mínimo existencial tem também um valor em si mesmo, pois a miséria humana é incompatível com a imagem civilizacional contemporânea e com o senso de justiça social.

Finalmente, o valor comunitário é o elemento social da dignidade, consubstanciado pelo dever de respeito e proteção aos valores sociais e pelos direitos e dignidade alheia e do próprio indivíduo, pelo qual se justificam restrições à autonomia individual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856-6/RJ. Relator: Min. Carlos Velloso. 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347302>. Acesso em: 12 out. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Originária 1.390/PB. Autores: José Martinho Lisboa e José Targino Maranhão. Réus: Os mesmos. Relator: Min. Dias Toffoli. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626839>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2021. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1190170941/medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-811-sp-0050295-2020211000000/inteiro-teor-1190170949>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus 91.952-9/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 363.889/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vincula nº 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

EU clears way for the EU Digital COVID Certificate. **European Commission**. 14 jun. 2021. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_2965>. Acesso em: 20 jun. 2021.

FELIPE, Leandra. Levantamento mostra que há 917 grupos radicais em ação nos Estados Unidos. **Agência Brasil**. 18 set. 2017. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-09/levantamento-mostra-que-ha-917-grupos-radicais-em-acao-nos-estados>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Fé e saber**. Tradução de Fernando Costa Mattos. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2013.

Kant, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2018.

Lei que proíbe burca e niqab em locais públicos entra em vigor na Holanda. **Deutsch Welle**. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/lei-que-pro%C3%ADbe-burca-e-niqab-em-locais-p%C3%ABlicos-entra-em-vigor-na-holanda/a-49843291>>. Acesso em: 20 jun. 2021

MENDES, Gilmar. F.; BRANCO, Paulo. G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

NOVAES, Dulcineia. SARZI, Lucas. Prefeito Rafael Greca cria projeto de lei para multar quem distribuir comida a sem-teto sem autorização em Curitiba. **G1**. 31 mar. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/03/31/prefeito->

[rafael-greca-cria-projeto-de-lei-para-multar-quem-distribuir-comida-a-moradores-de-rua-sem-autorizacao-em-curitiba.ghtml](#)>. Acesso em: 19 jun. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. 1. ed. reimp. Lisboa: AAFDL, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2019.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 43, n. 0, dec. 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7004>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado. Tradução de Clóvis Marques. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais: para além da privacidade e autodeterminação informacional. **Conjur**, jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-16/direitos-fundamentais-protecao-dados-alem-privacidade-autodeterminacao-informacional#_ftn6>. Acesso em: 14 out. 2021.

SARLET, Ingo. W.; MITIDIERO, Daniel.; MARINONI, Luiz. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. p. 120

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016..