

2.5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFERENCIAIS METODOLÓGICOS E REGIME JURÍDICO¹

EMERSON GARCIA

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça
Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais
Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: 1. Contextualização do tema. 2. Os percursos metodológicos à dignidade. 3. A dignidade humana e sua carga semântica. 4. A positivação da dignidade humana. 5. A dignidade humana como limite material de revisão constitucional. 6. Regime jurídico. 6.1. A dignidade humana como direito subjetivo público. 6.2. A dignidade humana como mandado constitucional ou princípio diretor. 7. Epílogo. Referências Bibliográficas.

1. Contextualização do tema

A partir do segundo pós-guerra, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deve ocupar o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder parece ter recebido o colorido de dogma intangível. Essa constatação, longe de ser setorial ou mesmo sazonal, rompeu as fronteiras de cada Estado de Direito, disseminou-se pelo globo e, em refluxo, afrouxou as amarras do aparentemente indelével conceito de soberania, subtraindo do Estado a disponibilidade normativa e exigindo o imperativo respeito a valores essenciais ao ser humano.

A transposição dessa concepção à realidade fenomênica, longe de ser direcionada pela estabilidade e pela universalidade indissociáveis da perspectiva idealístico-formal, tem sido caracterizada por momentos de ruptura e por uma inegável limitação de ordem espacial. Nos Estados de reduzida tradição democrática, a instabilidade política e a ausência de uma sólida ideologia participativa em muito contribuem para a não-sedimentação do respeito ao ser humano como um valor verdadeiramente fundamental. Esse quadro não sofre alterações substanciais mesmo nos casos em que, no plano internacional, o contorno essencial dos direitos humanos tenha assumido a condição de *ius cogens*. Ainda que a observância desses valores passe por períodos de confortante estabilidade, as rupturas têm sido freqüentes, o que é um claro indicador de que a perspectiva material de observância dos direitos humanos está longe de ter seus contornos sobrepostos à perspectiva idealístico-formal.

¹ Conforme original do autor



A exemplo do que se verifica em um governo despótico ou antidemocrático, que jamais será rotulado como tal no respectivo texto constitucional,² também nos Estados onde a inobservância dos direitos humanos é uma constante, a apologia de sua importância é contraditoriamente entusiástica. Diminutos são os Estados que não consagram o respeito aos direitos humanos como um valor fundamental, mas múltiplos são aqueles que não observam os mais mezinhos princípios relacionados à sua proteção.

Atenuar o distanciamento entre os vetores axiológico e real exige seja densificada a plasticidade retórico-semântica - da já referida perspectiva idealístico-formal dos direitos humanos - e despertada sua eficácia transformadora, permitindo aproximá-la da concretude inerente à perspectiva material. Esse *iter* metodológico, *prima facie*, não pode ser principiado e ultimado num ambiente acadêmico e, muito menos, integralmente percorrido com um mero lance de tinta. Ainda que o jurista identifique o seu fundamento e estabeleça as suas bases de sustentação, à fórmula haverá de ser integrado o componente sociopolítico, permitindo que os “*factores reais de poder*”, isto para utilizarmos a sugestiva expressão de Lassalle,³ tornem efetivo aquilo que existe em potência. Ignorar a importância do componente sociopolítico redundará em imperfeição semelhante àquela que se busca combater: o distanciamento entre o discurso retórico-semântico e a realidade.

Apesar de a eficácia do discurso jurídico estar umbilicalmente ligada aos fatores de transformação social, do que decorre o esvaziamento de sua força persuasiva em níveis proporcionais ao distanciamento da realidade que tenciona regular, é inegável a sua importância estruturante na formação de qualquer iniciativa transformadora. Um alicerce sólido torna igualmente sólida a construção que sobre ele seja erguida, um alicerce frágil, do mesmo modo, transmitirá fragilidade semelhante ao que sustenta, permitindo que ao mais leve sopro se desvaneça.

A solidez do discurso, por evidente, está diretamente relacionada ao paradigma metodológico empregado na sua fundamentação e no regime jurídico a que se sujeita a dignidade humana, sendo este o *leitmotiv* da análise a ser realizada, indicação oportuna na medida em que passaremos ao largo de considerações de ordem político-sociológica.

² O art. 1º da Constituição cubana fala por si: “*Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática ...*”.

³ Cf. Ferdinand Lassalle, A Essência da Constituição, Rio de Janeiro, 2000, pp. 10/11.



2. Os percursos metodológicos à dignidade

Além do jusnaturalismo, são múltiplas as correntes metodológicas contemporâneas, positivistas ou pós-positivistas, que podem ser invocadas para se tentar explicar o fundamento da noção de dignidade da pessoa humana. A vastidão do tema inviabiliza uma abordagem exauriente, motivo pelo qual nos limitaremos a uma mera referência às principais correntes.

De logo, vale lembrar que as correntes metodológicas não se sucedem num “*movimento lógico-temporal*” de substituição das antecedentes pelas conseqüentes; pelo contrário, “*convivem no mesmo horizonte cronológico*”, permitindo, em busca de uma maior solidez do discurso, que soluções de problemas concretos sejam fundamentadas em elementos metodológicos de correntes diversas.⁴ Por vezes, esses elementos não só coexistem em determinado ato decisório, como se influenciam reciprocamente, terminando por integrar-se em prol da conclusão pretendida.

Na senda do direito natural, a dignidade humana seria informada por valores inerentes ao homem em um estado de natureza, originários e inalienáveis,⁵ sendo oponíveis ao próprio poder soberano.⁶ Quanto ao “*alicerce metafísico-teológico de que carece qualquer direito natural*”,⁷ estaria ele associado a paradigmas de ordem religiosa, com especial deferência ao cristianismo na cultura ocidental.⁸ Apesar da pureza dos fins,

⁴ Cf. Marcos Keel Pereira, O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica, *Working Paper*, Lisboa, 2002, pp. 13/14.

⁵ A referência a direitos inalienáveis ou intangíveis do homem pode ser encontrada em vários textos constitucionais, v.g.: o art. 1º, 1, da *Grundgesetz* alemã; o art. 4º da Constituição do Principado de Andorra; o art. 10, 1, da Constituição da Espanha; o art. 2º da Constituição da Itália; a primeira frase do preâmbulo da Constituição da França de 1946, integrado à Carta de 1958; o art. 11 da Constituição do Japão; e o art. 17, 2, da Constituição da Rússia. O *Bill of Rights of Virginia*, de 12 de Junho de 1776, cujo modelo se espalhou por outros Estados da Federação americana, dispunha, em seu art. 1º, que “*todos os Homens são por natureza igualmente livres e independentes e possuem determinados direitos inatos...*”.

⁶ Essa doutrina foi desenvolvida por Locke pouco após a *Glorious Revolution* de 1688, procurando legitimar, *a posteriori*, o pensamento revolucionário. Segundo ele, o poder do soberano encontra o seu fundamento em um contrato social, que limitaria o alcance do poder aos direitos que lhe foram transferidos pelos súditos. No estado de natureza (*stare of nature*), o indivíduo possui determinados direitos considerados naturais (*property*), cujos elementos integrativos, por serem originários e inalienáveis, não poderiam ser transferidos ao soberano, o que acarretava a impossibilidade de serem subtraídos ao indivíduo. Em verdade, o indivíduo transferiria alguns direitos com o fim de melhor preservar os demais. Cf. John Locke, *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3ª ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, pp. 9 e ss., publicado, em 1690, como parte da obra *Two Treatises of Government*.

⁷ Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1997, p. 146.

⁸ São Tomás de Aquino, na década de 1250 (in *Os Princípios da Realidade Natural*, Porto, 2003), afirmava que deveria ser entendido por natureza “*tudo o que, de algum modo, pode ser apreendido pela inteligência, pois uma coisa só é inteligível mediante a sua definição e essência.*” (p. 54). “*Tudo o que convém a qualquer coisa é causado pelos princípios da sua natureza, como a capacidade de rir no homem, ou provém de*



sendo concebida como antagonismo ao poder estatal absoluto (*absoluter staatlicher Herrschaft*), essa teoria não logra demonstrar como seria possível conceber um direito (*Recht*) dissociado de uma relação jurídica (*Rechtsbeziehung*).⁹

Se o fundamento teleológico mostra-se enfraquecido e cambaleante¹⁰, a tese de direitos inatos do homem, desta feita lastreada em valores sociais e acautelada pelo poder de coerção estatal, ainda mantém um sopro de vida. De qualquer modo, o alegado direito pressuposto não subsiste por si, mas integrado pelos valores diretivos das relações intersubjetivas.

Partindo da noção de sistema e de um critério de racionalidade intrínseca, a *jurisprudência dos conceitos* busca demonstrar a existência de uma “*pirâmide de conceitos*”, em cujo vértice se apõe o conceito de maior generalidade possível, no qual venham a se subsumir, como espécies e subespécies, em escala decrescente de generalidade, todos os demais conceitos, de modo que os conceitos derivados sempre possam ser reconduzidos ao originário¹¹, dando origem a um sistema de regras logicamente claro, sem contradições e sem lacunas. O positivismo normativo de Kelsen¹² pode ser integrado a essa estrutura, sendo o topo da pirâmide ocupado pela *Grundnorm*, norma pressuposta fonte de legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

O processo dedutivo preconizado por essa teoria terminaria por conduzir, conforme a posição ocupada na pirâmide, à precedência, em abstrato, de uns direitos sobre outros, relegando ao ostracismo o critério da ponderação dos bens jurídicos em colisão.¹³ Acresça-se, ainda, que a atividade jurisdicional se vê limitada à subsunção dos fatos

algum princípio extrínseco, como a luz na atmosfera, proveniente do Sol. Ora, é impossível que o mesmo ser seja causado pela mesma forma ou quiddidade da coisa – falo como de causa eficiente – porque assim determinada coisa seria causa de si própria e se produziria a si própria na existência. Portanto, importa que toda a realidade, cujo ser é diferente da sua natureza, receba o ser de outrem. E porque tudo o que é por outrem se reduz ao que é por si, como à sua causa primeira, importa que haja alguma realidade que seja causa de ser de todas as realidades, porque ela própria é apenas Ser. Alias, ir-se-ia até ao infinito nas causas, porque tudo o que não é apenas Ser tem causa do seu ser, como se disse. É claro, portanto, que a inteligência é forma e ser e que tem o ser a partir do primeiro Ente, que é apenas Ser. Este Ser é a causa primeira: Deus” (pp. 79/80).

⁹ Cf. Heiner Bielefeldt, *Philosophie der Menschenrechte, Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos*, Frankfurt, 1998, p. 162.

¹⁰ O pensamento dos direitos humanos, segundo Bielefeldt (*op. cit.*, p. 185), visa a um direito secular, sendo desconhecido um Direito de Deus material (*materialen Gottenrechte*), o que é um indicativo de que a liberdade humana é independente de fundamentos religiosos e que a política e o direito ultrapassam a perspectiva teológica. Quanto à invocação de Deus na *Grundgesetz*, tem ela caráter meramente simbólico, não um verdadeiro sentido.

¹¹ Cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1997, pp. 310/312, p. 23.

¹² Teoria Pura do Direito, Coimbra, 1979, p. 269.

¹³ Cf. Marcos Keel Pereira, *op. cit.*, p. 21.



aos contornos prefixados da norma, que está integrada em um sistema fechado de conceitos jurídicos.¹⁴ Com isto, a unidade interior do sentido de direito derivaria de uma idéia de justiça de matiz lógico-formal ou axiomático-dedutivo, o que não se compadece com a sua real feição, de tipo valorativo ou axiológico.¹⁵

Rompendo com esse critério subsuntivo, a *jurisprudência dos interesses*, contrariamente à *jurisprudência dos conceitos*, que preconiza o “*primado da lógica do trabalho juscientífico*”, sustenta o “*primado da indagação da vida e da valoração da vida*”.¹⁶ Essa teoria, direcionada à “*ciência prática*” ou “*dogmática do Direito*”, tem o mérito de conferir maior mobilidade ao juiz, viabilizando que tanto a investigação da norma como das relações da vida - o que permite identificar os interesses reais que levaram à edição da norma - conflua para uma decisão objetivamente adequada, sendo especificamente direcionada à tutela dos interesses contemplados na norma, que, em si, é um produto de interesses. No entanto, como nem todos os interesses podem ser facilmente visualizados a partir de uma operação valorativa previamente realizada pelo legislador, a operação valorativa do juiz não poderia ser reconduzida a um esquema legal. Assim, a idéia de interesse mostrava-se equívoca, ora sendo “*entendida como fator causal da motivação do legislador, ora como objeto das valorações por ele empreendidas ou mesmo como critério de valoração*”.¹⁷

Em relação à integração da norma pelos valores inerentes ao meio social, esse viés metodológico é inerente à *jurisprudência dos valores*, que não se reconduz a uma concepção jusnaturalista. Para essa teoria, as normas, em especial as de estrutura principiológica como a dignidade humana, devem ser integradas por valores supralegais e transcendentais que alicerçam e estruturam o sistema jurídico, os quais em nada se confundem com uma ordem natural pressuposta¹⁸: a partir de um discurso *racional*, a norma, cuja parte visível até então se cingia a um furtivo padrão normativo, é integrada e seu conteúdo descortinado. Essa teoria é indicativa de uma vertente pós-positivista, em que a atividade de mera subsunção normativa cede lugar à de concretização.

A norma, ademais, haverá de ser jurídica e socialmente válida. A validade social será alcançada sempre que uma pauta mínima de valores correspondentes ao gruppamento

¹⁴ Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 64.

¹⁵ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, 1989, p. 30.

¹⁶ Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷ Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 163.

¹⁸ Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 167. Segundo o autor, para o reconhecimento de valores ou critérios de valoração supralegais ou pré-positivos, é possível invocar “*os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos 1º a 3º da Lei Fundamental, recorrer a uma longa tradição jusfilosófica, a argumentos lingüísticos ou ao entendimento que a maior parte dos juizes tem de que é a sua missão chegar a decisões ‘justas’*”.

encontrar amparo na norma, o que será constatado a partir de sua eficácia social (*sozialer Wirksamkeit*), não necessariamente ampla e total, mas, sim, dotada de uma aceitação igualmente mínima.¹⁹ No caso de colisão entre a validade social e a jurídica, essa poderá sofrer consequências, inclusive com o fenômeno da denominada derrogação costumeira (“*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht – desuetudo*”). A norma subsistirá juridicamente, mas será socialmente inválida.

Para o positivismo, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração. Com o pós-positivismo, norte da metodologia jurídica contemporânea, os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios.

Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando consequências jurídicas que se implementem, automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam disciplinadas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação.²⁰ Além disso, enquanto o conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade, a colisão entre os princípios é dirimida a partir de uma técnica de ponderação, consoante o peso que apresentem no caso concreto.²¹

Com isto, a consagração constitucional da dignidade humana não se adequará à tradicional dicotomia positivista entre os momentos de criação e de aplicação do direito. A vagueza semântica da expressão exige seja ela integrada consoante os influxos sociais e as circunstâncias do caso concreto, fazendo que o momento criativo termine por projetar-se no momento aplicativo e a ele integrar-se, implicando uma nítida superposição operativa. A essência da Constituição, assim, longe de ser uma certa concepção material de homem, seria a construção da vida social e política como um “*processo indefinidamente aberto*”.²²

¹⁹ Cf. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, 2002, p. 147. Voltando-se à atividade executiva, afirma Tomás Ramon Fernández (*¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, en REDA nº 83, *apud* Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, 2000, p. 154) que é preciso “*um esforço de indagação de um fundamento adicional à mera força, capaz de legitimar o poder, de encontrar para ele uma resposta suscetível de ser aceita no seio da comunidade, que se expressa por uma parte significativa dos seus membros, de obter um consenso mínimo, sem o qual nenhum poder pode manter-se por muito tempo*”.

²⁰ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachussets, 1980, p. 24.

²¹ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1994, p. 77 e Ronald Dworkin, *op. cit.*, 1980, pp. 26/27.

²² Invocando a doutrina de Peter Häberle, cf. Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 100.

3. A dignidade humana e sua carga semântica

Parece-nos que uma breve enunciação dos lineamentos essenciais da dignidade humana deve principiar por um elemento visível e palpável: a sua carga semântica. A razão, aliás, é simples: identificado o invólucro, será possível perquirir a essência.

A noção de dignidade da pessoa humana, como é fácil intuir, encerra o que se convencionou denominar de *conceito jurídico indeterminado*.

Os conceitos jurídicos descrevem determinadas situações, fáticas ou jurídicas, que desencadeiam conseqüências previstas no plano normativo. Essa transposição do abstrato ao concreto exige a verificação de tais situações, o que pressupõe uma atividade subjetiva do agente e a obtenção de um resultado que deve encontrar ressonância nas concepções socioculturais de determinado grupamento, requisito essencial à fixação de parâmetros de certeza e de segurança jurídicas.

Diz-se que o conceito é indeterminado quando a estrutura normativa, em razão do emprego de expressões vagas ou de termos que exijam a realização de uma operação valorativa para a sua integração, apresenta uma fluidez mais acentuada, do que resulta uma maior mobilidade ao operador do direito. Tal, longe de representar um elemento deflagrador do arbítrio, permite a célere adequação do padrão normativo aos valores subjacentes à coletividade no momento de sua aplicação. A disseminação desses conceitos, ainda que discreta, é um indicativo de que o direito escrito deve ser identificado, unicamente, como a parte visível da norma de conduta, com o qual devem coexistir os valores externos que a integram, ínsitos na comunidade por ela regulada.

Em seus traços essenciais, os conceitos indeterminados podem derivar: a) de uma imprecisão conceitual lingüística; b) da incerteza resultante da necessidade de formulação de um juízo de valor; ou c) da exigência de realização de um juízo de prognose.²³

A indeterminação inerente à noção de dignidade humana resulta, claramente, da necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado,

²³ Prognose é palavra originária do grego (*pro* = antes + *gnonai* = reconhecer), consistindo na avaliação de uma situação atual com ulterior projeção de uma situação futura, sendo o ponto nuclear, por exemplo, da atividade de planificação ou de evolução da economia. Atos dessa natureza, cuja prática seja deflagrada por uma estimativa do desenvolver previsível dos acontecimentos (v.g.: projeção futura da capacidade de tráfego de um aeroporto ou de uma estrada visando à sua ampliação), apesar de normalmente ensejarem a realização de um juízo valorativo, podem gerar uma certa mitigação na esfera de discricionariedade do agente, permitindo sejam sindicadas, à luz da realidade fenomênica e de padrões de razoabilidade, as projeções realizadas. Cf. Antônio Francisco de Souza, "Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo, Coimbra, 1994, p. 112.

primordialmente realizado à luz da situação concreta. A exclusão de um raciocínio subsuntivo e a exigência de contínua concretização do padrão normativo,²⁴ além de permitirem a adequação da norma aos influxos sociais, impedem que a noção de dignidade seja atribuído um conteúdo atemporal e indiferente ao seu espaço de aplicação.

Deve-se lembrar que os conceitos indeterminados, geralmente polissêmicos, podem ser integrados por um fato ou por determinado valor, o qual sempre compõe o núcleo empírico que a norma pretende alcançar. Em relação à sua estrutura, é constantemente invocada a doutrina de Philipp Heck,²⁵ segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados teriam um núcleo fixo (*Begriffkern*) ou zona de certeza e um halo conceitual (*Begriffshof*) ou zona de dúvida, vago e nebuloso. O núcleo do conceito é constituído de premissas seguras, enquanto que, no halo conceitual, região de natureza periférica ao núcleo, não existe uma certeza prévia, permitindo a extensão ou a retração da idéia nuclear do conceito.

A exigência de integração do conceito de *dignidade humana* a partir de um juízo valorativo não impede sejam identificados, *a priori* (ainda que a conclusão seja temporalmente variável), uma zona de certeza ou um núcleo fixo concebido *in abstracto*, vale dizer, dissociado da situação concreta que ensejará a projeção dos efeitos a ele inerentes. A identificação desse núcleo fixo, não é exagero afirmar, é realizada com maior facilidade a partir de uma análise sentimental do que propriamente lógico-racional. Essa afirmação, aparentemente incompatível com o desenvolvimento de uma metodologia de estudo de ordem jurídica, encontra ressonância na concepção de que os componentes de determinado grupamento, em dado momento histórico, em maior ou em menor medida, apresentam um conteúdo mínimo comum em sua escala de valores - e aqui se manifesta a jurisprudência dos valores. Com isto, ainda que sejam inevitáveis as dificuldades na fundamentação do discurso, é facilmente *sentida* a sua correção.

É valor assente, independente de qualquer fundamentação e em praticamente todos os povos, que a tortura avilta a dignidade, o mesmo ocorrendo com o não-fornecimento de medicamentos ou alimentos essenciais à sobrevivência humana, conclusão a que se chega a partir de critérios meramente intuitivos e independentes de um acurado espírito científico. Esse valor comum, de indiscutível tendência à universalidade, em muito contribui para a paulatina sedimentação do respeito à dignidade, permitindo a aproximação dos vetores que consubstanciam os valores que a integram, enquanto em potência, e a sua projeção na realidade.

²⁴ Sobre a concretização das normas estruturadas sob a forma de pautas de valores que careçam de preenchimento valorativo, vide Karl Larenz, *op. cit.*, pp. 310/312.

²⁵ *Gesetzauslegung*, p. 173, *apud* Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 2001, p. 209.

Esse sentimento do justo, inerente ao *homo medius*, possibilita a identificação prévia de comportamentos que, indiscutivelmente, prestigiam ou aviltam a dignidade humana, daí se falar que o prisma sentimental, na medida em que alcança conclusões similares sem a desgastante preocupação com o complexo *iter* de fundamentação, tem suas vantagens em relação ao prisma lógico-racional. Vantagens à parte, sob uma perspectiva metodológica, não é possível justificar um *princípio fundamental do Estado* ou um *direito fundamental* tendo como base, única e exclusiva, sentimentos, por mais puros e relevantes que sejam: o método haverá de ser outro.

Não obstante sua indiscutível importância, em termos de delineamento da essência da noção de dignidade, o discurso lógico-racional não tem recebido a atenção merecida por parte dos tribunais. Quando suscitada a questão da dignidade humana, as situações fáticas e jurídicas são valoradas, as decisões proferidas e os respectivos fundamentos declinados, mas isto, em rigor metodológico, em nada se confunde com a fundamentação da dignidade. Nesse particular, as decisões, em sua quase totalidade, parecem tomar a noção de dignidade como um conhecimento pressuposto, terminando por envolvê-la em um cipoal retórico de inegável plasticidade, mas que pouco contribui para a formação de uma conclusão que permita desvendar o seu fundamento de legitimidade. Ainda aqui, o sentimento parece subjugar o tecnicismo. No entanto, a *fundamentalidade* e a *indeterminação* desse conceito aconselham sejam encetados esforços no sentido de permitir um controle racional do discurso jurídico que redunde na sua aplicação.²⁶

O discurso jurídico somente será palpável se o *iter* percorrido for racionalmente demonstrado, se possível com a utilização de critérios que gozem de uma relativa objetividade, indicando os valores sócio-jurídicos já sedimentados no grupamento e delineadores do ideal de justiça, tendo sempre o ser humano como o epicentro dessa verdadeira atividade de densificação de um princípio dotado de amplíssima generalidade.

Sob essa ótica, não basta dizer que determinada ação ou abstenção é essencial à dignidade humana. Essa conclusão, por si, é um invólucro destituído de conteúdo. A solidez do discurso pressupõe a possibilidade de sua reconstrução lógico-racional, o que se dará, por exemplo, com a demonstração de que o comportamento está em harmonia com certos padrões institucionais da sociedade (família, religião etc.); que é aceito no cotidiano da população, estando perfeitamente adequado aos seus padrões socioculturais; que há muito está sedimentado na sociedade, tendo uma precedência histórica; que tem sido freqüentemente reconhecido pelo direito positivo, em especial no âmbito constitucional e que está disseminado em inúmeros atos de direito internacional, sendo aceito pela generalidade dos Estados, cujos hábitos sociais,

²⁶ Cf. Marcos Keel Pereira, *op. cit.*, p. 4.



jurídicos e culturais se assemelham ao meio social em que se projetará a aplicação do princípio.²⁷ As possibilidades, enfim, são múltiplas, o que permite concluir que uma fundamentação inadequada do discurso não pode ser tributada à feição hermética do princípio, mas, sim, à opção do próprio intérprete.

4. A positivação da dignidade humana

A preocupação com a dignidade da pessoa humana tem encontrado ressonância numa generalizada consagração normativa, geralmente no próprio texto constitucional, assumindo o *status* de norma estruturante de todo o ordenamento jurídico. Apesar disso, não é divisada uma unidade metodológica quanto ao lugar por ela ocupado e à exata extensão da inter-relação mantida com as normas de organização estatal e com a própria disciplina dos direitos fundamentais, em especial com os direitos econômicos, sociais e culturais. A partir de uma situação aparentemente isonômica de liberdade, os Estados, por seus respectivos poderes constituintes, conferem um tratamento diversificado à dignidade da pessoa humana.²⁸

²⁷ A racionalidade do discurso foi valorizada pelo Supremo Tribunal de Justiça português ao afirmar que “I - O direito à vida é uma irrecusável conquista ética, cultural e jurídica inseparável da dignidade humana. II - É o campo nuclear da tutela da personalidade, sempre passível de aprofundamento, conforme, designadamente, o contexto e a visão actualista do direito. III - É assim que, hoje, o direito à vida não é concebível sem o seu corolário natural, o direito à qualidade de vida. IV - A nossa ordem jurídica privilegia uma visão antropocêntrica do ambiente” (Proc. nº 086918, rel. Juiz Cardona Ferreira, j. em 26/04/1995).

²⁸ Analisando o fundamento da regra do art. 30, § 4º, da Constituição portuguesa (“Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”), afirmou o Tribunal Constitucional [1ª Seção, Acórdão nº 522/95, Proc. nº 183/94, Rel. Cons. Monteiro Diniz, j. em 28/09/1995, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 32º vol., 1995, pp. 345 a 354 (352)]: “Aliás, tudo o que vem de dizer-se tem sido referido em diversos arestos deste tribunal (cfr. acórdãos nºs 16/84, 165/86 e 353/86, Diário da República, respectivamente, 2ª série, de 12 de Maio de 1984, 1ª série, de 3 de Junho de 1986 e 2ª série, de 9 de Abril de 1987) sublinhando-se aí, designadamente, que ‘no fundo, o nº 4 do artigo 30º da Constituição deriva, em linha recta, dos primordiais princípios definidores da actuação do Estado de direito democrático que estruturaram a nossa lei fundamental, ou sejam: os princípios do respeito pela dignidade humana (artigo 1º); e os do respeito e garantia dos direitos fundamentais (artigo 2º)’. E a seguir juntou-se que ‘daí decorrem os grandes princípios constitucionais de política criminal: o princípio da culpa; o princípio da necessidade da pena ou das medidas de segurança; o princípio da legalidade e o da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal; o princípio da humanidade; e o princípio da igualdade’, para se concluir assim: ‘Ora, se da aplicação da pena resultasse, como efeito necessário, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, far-se-ia tábua rasa daqueles princípios, figurando o condenado como um proscrito, o que constituiria um flagrante atentado contra o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana’”. Por outro lado, o art. 15, III, da Constituição brasileira determina a suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da condenação criminal transitada em julgado, suspensão esta que é automática, acarretando, inclusive, a perda do mandato eletivo (STF, RE nº 418.876/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Inf. 350), isto sem olvidar o art. 92 do Código Penal, que dispõe sobre a perda do cargo do agente público condenado a pena superior a 1 (um) ano nos crimes contra a administração e superior a 4 (quatro) nos demais casos. Aqui, os interesses individuais foram relegados a plano secundário, sendo prestigiado o interesse público correlato à ocupação do cargo que a condenação criminal demonstrou não ter o agente aptidões ético-morais para ocupar. A dicotomia de valores consagrados pelas Cartas brasileira e portuguesa bem demonstra que a noção de dignidade pode apresentar profundas variações de ordem espacial, o que



A Constituição brasileira, além de considerá-la um princípio fundamental da República (art. 1º, III), coexistindo, lado a lado, com a fundamentalidade igualmente reconhecida na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, consagrou a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais mantidas pelo Estado (art. 4º, II) e dela igualmente tratou no Título VIII, intitulado “*Da Ordem Social*”, estabelecendo que o planejamento familiar deveria fundar-se nos “*princípios da dignidade humana e da paternidade responsável*” (art. 226, § 7º) e que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao idoso (art. 230, *caput*) e, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*), dentre outros direitos, o respeito à dignidade.

Também a Constituição portuguesa considerou a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental (art. 1º), remeteu à lei o estabelecimento de “*garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*” (art. 26, 2) e a obrigação de garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano, em especial nas áreas tecnológica e de experimentação científica, bem como estatuiu o dever de o Estado, para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana (art. 67, 2, e). O texto constitucional português ainda determina que as normas relativas aos direitos do homem devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16, 2), documento este que, além de consagrar, logo em seu preâmbulo, o respeito à dignidade de “*todos os membros da família humana*”, dispõe, em seu art. 1º, que “*todos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos*”.

Diversamente das referidas Cartas, que tratam a dignidade humana como um *princípio fundamental* do próprio Estado e, em incursões essencialmente casuísticas, voltam a exortar a sua imperatividade em outras passagens, a *Grundgesetz* alemã principia o seu texto com o título “*Os Direitos Fundamentais*” (*Die Grundrechte*), nele proclamando que “*A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la*” (art. 1º, 1). Disso resulta que “*o povo alemão proclama a sua adesão aos direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo*” (art. 1º, 2).

Ainda que o epicentro de uma comunidade politicamente organizada seja o homem, é inegável que um texto constitucional visa, primordialmente, à organização do poder político, estabelecendo uma divisão de competências, meios de participação popular e sistemas de limitação e de controle desse poder. Nessa perspectiva, vê-se que o conteúdo objetivo que ressalta da expressão “*princípio fundamental do Estado*” não apresentará, sob o prisma axiológico, dissonâncias de monta em relação à ótica subjetiva retratada na referência aos “*direitos fundamentais*”, isto porque as noções

permite concluir que, embora seja um valor inerente ao homem e transcendente ao direito posto, a constitucionalização de matérias afeitas à dignidade confere maior especificidade a esse princípio.

de *Estado e homem* guardam entre si uma relação de meio e fim. O Estado não é um fim em si mesmo, estando umbilicalmente ligado à satisfação das necessidades humanas.²⁹

O reconhecimento do caráter normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, desde que preservada a sua essência, conduzirá a um lugar comum, quer se parta de uma posição ativa (*o direito em sentido lato*), quer se parta de uma posição passiva (*o dever*). Não bastasse isto, a própria *Grundgesetz* encampa distintos referenciais, pois, a partir da perspectiva subjetiva enunciada com o título “*Os Direitos Fundamentais*”, harmoniza paradigmas subjetivos e objetivo-organizatórios ao se referir, no mesmo preceito - o art. 1º, 1 – à dignidade como elemento intangível do *homem* e à obrigação dos *poderes públicos* em respeitá-la e protegê-la.

Assumindo a Constituição o *status* de *pedra fundamental* da organização política, todos os direitos nela consagrados serão oponíveis, em maior ou menor medida, mas de forma indefectível, ao Estado. De igual modo, sendo o homem o epicentro da referida organização, quaisquer deveres imputados ao Estado, direta ou indiretamente, a ele alcançarão, daí resultando a existência de direitos correlatos. Assim, consagrando o dever do Estado ou contemplando o direito do homem, alcançará a Constituição efeitos axiológicos paritários. A positivação simultânea de ambos, no entanto, longe de ser uma superfetação de termos, realça o compromisso ético-jurídico do Estado em velar pela dignidade humana. Especificamente em relação à *Grundgesetz*, não é preciso ressaltar que, em 1949, ainda afloravam as cicatrizes deixadas pelo nacional-socialismo, o que justifica o realce atribuído a esse valor verdadeiramente fundamental.

5. A dignidade humana como limite material de revisão constitucional

Se a dignidade é um valor indissociável do ser humano, permitindo, inclusive, seja divisado um *núcleo fixo comum* entre a generalidade das pessoas, até que ponto se mostra relevante a sua positivação? Uma vez positivada, assumindo o *status* de norma constitucional, é realmente necessário que a dignidade da pessoa humana passe a integrar o catálogo de limites materiais ao exercício do poder reformador ou de revisão?

Situação comum no constitucionalismo contemporâneo, marcado pela rigidez constitucional, tem sido a fixação de limites materiais, formais, temporais ou mesmo circunstanciais para a reforma da Constituição. Especificamente em relação aos limites materiais expressos, a fórmula utilizada tanto pode consistir na referência à

²⁹ Como afirmou Aristóteles (A Política, São Paulo, 1998, p. 53), “*não é apenas para viver juntos, mas, sim, para bem viver juntos que se fez o Estado...*”.

imutabilidade de determinados preceitos constitucionais, como o faz a *Grundgesetz*,³⁰ ou na exclusiva menção a determinados princípios estruturantes do sistema, caso das Cartas brasileira (art. 60, § 4º) e portuguesa (art. 288). Os limites materiais, além de expressos, podem ser igualmente implícitos, transcendentais ou imanentes, sendo deduzidos do “telos” constitucional (v.g., a imutabilidade da própria norma que consagra o limite de revisão).³¹

A essência, no entanto, parece ser a mesma: garantir a intangibilidade de certos princípios estruturantes, sendo mesmo possível, para a sua clarificação ou reforço, a modificação dos preceitos que os albergam.³² Deve ser estabelecida uma gradação entre os preceitos constitucionais e o “núcleo forte” da Constituição: enquanto os preceitos tornam as normas constitucionais semanticamente palpáveis, o “núcleo forte” aglutina os princípios supremos que exprimem os valores essenciais da ordem constitucional. Daí resulta a mutabilidade dos preceitos, o que, por preservar as opções políticas fundamentais do Constituinte, em nada compromete o reconhecimento da Constituição originária.³³

Enquanto a *Grundgesetz* faz menção expressa à imutabilidade do princípio da dignidade humana (arts. 79, 2, e 1º), as Constituições brasileira e portuguesa, embora a ele dispensem um tratamento diferenciado, considerando-o um princípio fundamental do Estado e mantendo-o formalmente dissociado dos direitos fundamentais, somente aos últimos se referem como limites materiais de revisão (respectivamente, art. 60, § 4º, e art. 288, d). Em que pese a aparente dicotomia de tratamento, é evidente que a dignidade humana - além de intimamente inter-relacionada com os direitos fundamentais, direcionando a sua interpretação, contribuindo para a ponderação e solução das colisões e, em refluxo, tendo sua vagueza semântica por eles reduzida - é um princípio transcendente à ordem constitucional, do que deriva a sua imutabilidade.

A transcendência da dignidade humana pode ser aquilatada a partir do grande número de declarações, tratados, pactos e convenções internacionais, em sua maioria multilaterais e celebrados com a intervenção de organizações internacionais, o que bem demonstra o esforço na sedimentação de determinados direitos inerentes ao homem. Ainda que o sistema apresente debilidades, pois referidos atos, em rigor técnico - além de admitirem reservas - só vinculariam aos Estados-Partes, é inegável sua aspiração à universalidade, permitindo o paulatino reconhecimento da fundamentalidade de determinados direitos.

³⁰ Art. 79, 2: “Nenhuma reforma da Lei Fundamental poderá afetar a organização da Federação em Länder; ao acesso fundamental dos Länder à legislação e aos princípios proclamados nos arts. 1º e 20”.

³¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 1052.

³² Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra, 2003, p. 202.

³³ Cf. Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale*, Padova, 2001, p. 176.

O respeito à dignidade humana, hodiernamente concebida como um verdadeiro princípio de *ius cogens*, em muito contribui à interpenetração das ordens jurídicas nacional e internacional.³⁴ Com isto, fortalece a posição jurídica do indivíduo em relação ao Estado e, como dissemos, termina por estabelecer limitações à própria soberania estatal nesse quadrante. Dissociando-se o Estado desses valores comuns, além de estar sujeito à responsabilização internacional, inclusive sofrendo medidas coercivas em situações extremas (v.g., no caso de as violações massivas dos direitos humanos, a juízo do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com base no Capítulo VII da Carta, constituírem uma ameaça à paz internacional³⁵), também os seus dirigentes poderão ser penalmente responsabilizados. Nesse particular, apesar de o Tribunal Penal Internacional estar assentado em bases voluntaristas,³⁶ devem ser lembrados os Tribunais Internacionais criados pelo Conselho de Segurança, de jurisdição obrigatória e não-voluntarista, para o julgamento dos responsáveis pelos ilícitos praticados nos conflitos na antiga Iugoslávia (Resolução nº 808, de 1993) e no Ruanda (Resolução nº 955, de 1994).

Os limites materiais de revisão tanto podem ter uma função essencialmente declarativa, explicitando os limites implícitos na Constituição (*rectius*: princípios fundamentais), como podem assumir uma função declarativo-constitutiva, alçando ao nível de limites materiais princípios que não “*se identifiquem com a essência da Constituição material*”.³⁷ A preservação da dignidade humana, quer seja analisada sob a perspectiva germânica, quer seja analisada sob a ótica luso-brasileira, é um limite de revisão indissociável da ordem constitucional, sendo meramente declarativos os preceitos que o reconheçam.

Nas Constituições, como a italiana,³⁸ em que não seja expressamente reconhecida a sua condição de limite de revisão constitucional, a dignidade humana tem sido tratada como um limite implícito. Invocando o art. 2º da Constituição, que considera *invioláveis os direitos fundamentais do homem*, o Tribunal Constitucional italiano incluiu, sob a epígrafe da inviolabilidade, qualquer intervenção promovida pelo legislador, inclusive de índole revisional, que atente contra os “*diritti inalienabili*

³⁴ Segundo o art. 17 da Constituição russa, “*os direitos fundamentais e as liberdades em conformidade com os princípios e as normas de direito internacional comumente reconhecidos devem ser reconhecidos e garantidos na Federação Russa e sob esta Constituição*”.

³⁵ Vide Eduardo Correia Baptista, O poder público bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial, Lisboa, 2003, pp. 977 e ss..

³⁶ A Assembléia da República, pela Resolução nº 3/2002, aprovou a adesão de Portugal ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. No Brasil, o Congresso Nacional ratificou o Estatuto do Tribunal em 6 de Junho de 2002 (Decreto Legislativo nº 112), sendo ele promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

³⁷ Cf. Jorge Miranda, Manual..., Tomo II, p. 227.

³⁸ O art. 139 da Constituição italiana prevê, como único limite explícito de revisão, que “*la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale*”.

da pessoa humana”, já que “*pertencentes à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a Constituição italiana*”.³⁹ Em rigor, a inviolabilidade de um direito não importa, necessariamente, na sua correlata imutabilidade, pois um direito pode ser inviolável tão-somente enquanto seja contemplado no ordenamento. De qualquer modo, a decisão do Tribunal italiano bem demonstra que os limites materiais de revisão não precisam estar expressos, podendo resultar de uma interpretação sistêmica que prestigie os princípios e valores fundamentais da Constituição ou mesmo transcendentais a ela.

Em resposta aos questionamentos formulados, é possível afirmar que, tanto a posituação da dignidade, como a sua contemplação no rol de limites materiais ao poder de revisão constitucional, não se mostram essenciais à sua ampla e irrestrita proteção, isto porque normas dessa natureza terão índole essencialmente declarativa.

6. Regime jurídico

Maiores dificuldades serão divisadas direcionando-se a ótica de análise, não à mera existência axiológica do *dever* e do *direito*, mas à sua natureza, extensão e potencialidade de concreção, vale dizer, à posição jurídica do indivíduo em face do Estado. O indivíduo tem o direito subjetivo à observância de sua dignidade? Em caso positivo, ter-se-ia um direito a prestações estatais ou uma mera interdição a um atuar estatal agressivo? Uma vez reconhecido o direito, poderia ser ele ponderado e casuisticamente afastado quando em colisão com outro direito de igual natureza? Sedimentado um dever prestacional ou implementada uma política pública concretizadora da dignidade, é dado ao Estado ab-rogá-la sem a correlata implementação de outra? Esse direito seria oponível a outros particulares? Não sendo um direito, seria tão-somente uma enunciação de tarefas ou fins a serem perseguidos pelo Estado? Ou seria um princípio diretor da Constituição, de ordem interpretativa e essencialmente voltado à preservação da unidade do sistema?

Esses questionamentos, longe de serem indicativos do norte de desenvolvimento da análise a ser realizada, enunciam as potencialidades do tema e a amplitude das omissões dessas breves linhas, essencialmente voltadas a uma visão generalista sobre a dignidade da pessoa humana e que não chegam a formar um percurso sistematicamente articulado com as múltiplas vertentes apresentadas.

Indicados os “*limites iminentes*” do texto, cumpre dizer que a posituação da dignidade humana, expressão eminentemente polissêmica e que congrega uma plethora de potencialidades valorativas, além de reforçar o comprometimento estatal com os valores a ela inerentes, permite, consoante o padrão normativo, a sua análise sob

³⁹ Sentenças nº 1146/1988 e 366/1991, *apud* Giuseppe de Vergottini, *op. cit.*, pp. 181/182.

uma tríade de vertentes: poderá, conforme o caso, ensejar o surgimento de *direitos subjetivos públicos*, de *mandados constitucionais endereçados ao legislador* ou de *princípios diretores*, classificação que atenta para a essência das normas, não para a sua mera expressão lingüística.⁴⁰ A começar pelos direitos subjetivos, essa classificação indica uma escala nitidamente decrescente em termos de densidade normativa e de potencial exigibilidade.

6.1. A dignidade humana como direito subjetivo público

Não obstante a indeterminabilidade do conceito, a dignidade humana, uma vez integrada por um *núcleo duro* de valores inerentes a determinado grupamento, poderá assumir os contornos de um direito subjetivo público, quer seja sob a ótica da interdição de ações agressivas (v.g., direito de o indivíduo não ser submetido a tortura pelos agentes do Estado), quer seja sob a forma de direitos prestacionais (v.g., direito de o indivíduo receber os medicamentos vitais à sua sobrevivência).

Os direitos subjetivos decorrentes da interdição de ações agressivas, beneficiando-se de grande parte dos avanços experimentados pela teoria das liberdades fundamentais, têm obtido uma maior consagração jurisprudencial.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, em inúmeras decisões, tem prestigiado a funcionalidade limitativa da dignidade humana. No REsp. nº 379.414/PR, reconheceu como ofensivas à dignidade humana a prisão e a tortura por motivos políticos, daí decorrendo a imprescritibilidade da respectiva ação de reparação dos danos morais.⁴¹

Inexistindo estabelecimento prisional específico para o recolhimento temporário de agente que goze da prerrogativa de “*prisão especial*” (v.g., advogado), decidiu o Tribunal, no HC nº 19247/SP, que poderia ser ele recolhido em cela comum, mas distinta dos outros presos, “*observadas as condições mínimas de salubridade e dignidade humana*”.⁴² Esta ressalva, se é digna de encômios a um exame mais superficial, pois nada mais natural que assegurar a salubridade e a dignidade humana, torna intuitiva a realidade que, num plástico eufemismo, busca encobrir: como as prisões brasileiras são reconhecidamente atentatórias à dignidade humana, o Tribunal anui a essa premissa e retira do seu alcance determinado agente. Se o instituto da “*prisão especial*”, em sua gênese, busca preservar os agentes que, teoricamente, apresentem menor periculosidade ou cujas funções desaconselhem o contato com

⁴⁰ Cf. Albrecht Weber, *L'Etat social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue de Droit Constitutionnel* nº 24/677, (680) 1995.

⁴¹ 1ª T., REsp. nº 379.414/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 26/11/2002, RSTJ nº 170/120. No mesmo sentido: 2ª T., REsp. nº 449.000/PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 05/06/2003, DJ de 30/06/2003, p. 195.

⁴² 5ª T., HC nº 19247/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. em 06/02/2003, RT nº 815/511. No mesmo sentido: 5ª T., HC nº 30202/MG, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 19/02/2004, p. 192, DJ de 03/05/2004, p. 192.

outros presos, passou ele a ser o divisor de águas entre os *indivíduos sem dignidade* (a generalidade dos presos) e os *indivíduos com dignidade* (a minoria que goze da prerrogativa da “*prisão especial*”). Esse é um exemplo típico - ainda que derivado de um atuar (propositadamente) “inconsciente” do Tribunal - do distanciamento verificado entre a perspectiva idealístico-formal e a perspectiva material da dignidade humana.

No REsp. nº 503.990/BA, não obstante a existência de leis que a restringiam, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de compensação tributária para o fim de reaver quantias pagas a título de tributo considerado inconstitucional, acrescentando que, na espécie, referidas restrições não poderiam incidir sobre pagamentos efetuados antes da sua vigência.⁴³ Segundo o Tribunal, “*os princípios fundamentais do contribuinte nascem do texto constitucional, que exige respeito à cidadania e à dignidade humana, proibindo empréstimo forçado sem autorização de lei ou de forma disfarçada*”.

Situando a questão sob a ótica do *status libertatis* do indivíduo, o Tribunal, “aparentemente”, reconheceu ofensa reflexa à dignidade humana na imposição, a adolescente infrator, de medida sócio-educativa de internação, pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de estupefacientes, sem que a lei de regência contemplasse tal medida quanto a essa espécie de infração.⁴⁴ Utilizamos o advérbio

⁴³ 1ª T., REsp. nº 503.990/BA, rel. Min. José Delgado, j. em 23/09/2003, DJ de 20/10/2003, p. 207.

⁴⁴ 6ª T., HC nº 14.359/SP, rel. Min. Vicente Leal, j. em 22/05/2001, DJ de 11/06/2001, p. 261. Textualmente, assim se pronunciou o Tribunal: (1) “As medidas sócio-educativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os elevados objetivos da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e a adoção de posturas demonstrativas de justiça”. (2) “Nessa linha de visão, impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da legalidade, à luz do qual não se admite a imposição de medida sócio-educativa de internação fora das hipóteses arroladas no art. 122 da Lei nº 8.069/90 – ECA.” No mesmo sentido: 6ª T., HC nº 17.156/PR, j. em 16/04/2002, DJ de 06/05/2002, p. 319; 6ª T., HC nº 25.511/RJ, j. em 20/02/2003, DJ de 24/03/2003, p. 209; 6ª T., HC nº 24.451/SP, j. em 03/12/2002, RT nº 813/559. No HC nº 8.858/SP, o Tribunal reconheceu a inadequação da internação do adolescente quando as circunstâncias do caso não aconselhavam a adoção de medida tão severa (j. em 30/06/1999, RSTJ nº 149/489). Igualmente em matéria correlata ao *status libertatis*, mas desta feita com os olhos voltados ao princípio da ampla defesa, foi reconhecida a necessidade de ser colhida a manifestação do adolescente anteriormente à regressão de uma medida mais branda para a de internação – sendo igualmente repetida a expressão referida em (1) – (6ª T., RHC nº 8.552/SP, j. em 13/09/1999, DJ de 04/10/1999, p. 108). No mesmo sentido: HC nº 23.319/SP, j. em 19/09/2002, DJ de 21/10/2002, p. 408; HC nº 17.129/SP, j. em 13/08/2002, DJ de 02/09/2002, p. 247; HC nº 21.236/SP, j. em 04/06/2002, RT nº 805/547; HC nº 14.037/SP, j. em 14/12/2000, DJ de 05/03/2001, p. 242 (nesse caso, tratava-se de manutenção da medida de internação após o decurso do prazo fixado em sentença transitada em julgado); HC nº 11.325/SP, j. em 4/03/2000, DJ de 03/04/2000, p. 170; e HC nº 8.887/SP, j. em 13/09/1997, RSTJ nº 155/459. No HC 17839/RJ, a necessidade do laudo toxicológico para fins de verificação do caráter estupefaciente da substância apreendida em poder do adolescente infrator foi considerada um imperativo da ampla defesa (j. em 11/12/2001, RT nº 800/569). Em todos os acórdãos acima mencionados, sem exceção, foi aposta a expressão referida em (1), sendo todos relatados pelo Min. Vicente Leal.

“aparentemente” por duas razões. Primeiro, pela lacônica referência à dignidade humana, o que em muito dificulta a compreensão do real enquadramento jurídico promovido pelo Tribunal – seria um direito subjetivo ou um princípio diretor? – e segundo, pela impressionante frequência com que o relator dessas decisões repete as mesmas expressões em seus acórdãos, o que faz surgir a dúvida: fá-lo no afã de contemplar a plasticidade de suas linhas ou elas efetivamente contribuíram na construção do seu discurso?

A dignidade humana, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, foi igualmente invocada para fins de reconhecimento da impossibilidade de investigação policial concernente a uma única operação bancária se prolongar por mais de um lustro.⁴⁵ Ainda que o Estado deva apurar a prática de ilícitos desestabilizadores das relações sociais, é evidente que ao indivíduo não pode ser imposto o dissabor de, *ad aeternum*, ver-se na condição de suspeito ou réu em potencial.

Embora a legislação penal portuguesa não puna a prostituição propriamente dita, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu que os tipos penais que combatem a sua exploração, em última *ratio*, visam a resguardar e proteger a dignidade da pessoa humana, bem jurídico que, apesar da imoralidade de sua conduta, não pode ser subtraído às prostitutas.⁴⁶

De forma correlata aos direitos de informação e de livre expressão do pensamento, pilares essenciais de um Estado Democrático de Direito, ressaltou o Supremo Tribunal de Justiça português que assume igual relevo “a garantia do respeito pelos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, entre os quais o da dignidade da pessoa humana (artº 1º) e os direitos à integridade moral (art. 25, n.1)”, vedando à imprensa exercê-los com ofensa dos direitos da personalidade, o que inclui o n. 1 do art. 70 do Código Civil, protegendo o “bom nome e reputação, caso em que surgem os direitos de resposta, de rectificação e ainda de indemnização que o n. 4 do artº 37 CRP expressamente contempla”.⁴⁷

O Supremo Tribunal de Justiça tem associado o princípio limitativo da culpa (*nulla poena sine culpa*) à compatibilidade com a dignidade da pessoa humana, definindo que, além de não poder existir pena sem culpa, o princípio indica, “em concreto, o seu limite máximo absolutamente intransponível por maiores que sejam as exigências de carácter preventivo que se façam sentir”.⁴⁸

⁴⁵ 6ª T., RHC nº 9.970/MT, rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 13/03/2001, DJ de 13/08/2001, p. 267.

⁴⁶ Proc. nº 46.156, rel. Juiz Ferrera Vidigal, j. em 04/05/1994.

⁴⁷ Proc. nº 01B4384, rel. Juiz Oliveira Barros, j. em 14/02/2002.

⁴⁸ Proc. nº 98P1135, rel. Juiz Leonardo Dias, j. em 17/03/1999). No mesmo sentido: Proc. nº 98P410, rel. Juiz Oliveira Guimarães, j. em 08/10/1998.

Entendendo que a sobrevivência digna do trabalhador exige o atendimento do “*mínimo dos mínimos*”, o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade do art. 824, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, “*na medida em que permite a penhora de até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor, por violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 59.º, n.º 2, alínea a e 63.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição.*”⁴⁹

Em relação à dignidade humana como fonte de direitos prestacionais, vertente especificamente direcionada aos direitos sociais, assumirá ela ares de exceção. Em regra, a dignidade humana não costuma ser interpretada como diretamente invocável a partir de normas constitucionais, pressupondo, ante o seu acentuado grau de indeterminação, a intermediação do legislador, que fixará suas condições e dimensões, bem como a respectiva fonte de custeio das prestações dela derivadas.⁵⁰

No entanto, tratando-se de prestações que se enquadrem, consoante os valores vigentes no grupamento, em um núcleo, essencial e incontestável, consubstanciador da dignidade, não vislumbramos óbice à sua invocação direta com o fim de alicerçar pretensões dessa natureza. Nesse caso, como veremos, o difundido vetor principiológico da dignidade assume maior concretude e, consoante a situação específica, pode assumir o *status* de direito subjetivo.⁵¹

Os valores integrados na dignidade humana, em verdade, congregam a essência e terminam por auferir maior especificidade nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, a um só tempo, esmiúçam a idéia de dignidade e têm a sua interpretação por ela direcionada, do que resulta uma simbiose que não é passível de ser dissolvida.⁵² Essa constatação talvez justifique o fato de a dignidade humana,

⁴⁹ 1ª Secção, Acórdão n.º 318/99, Proc. n.º 855/98, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, j. em 26/05/1999, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 43º vol., 1999, pp. 639 a 646 (646). No mesmo sentido: Plenário, Acórdão n.º 177/02, Proc. n.º 546/01, rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, j. em 23/04/2002, Acórdãos..., 52º vol., 2002, pp. 259 a 271.

⁵⁰ Cf. Reinhold Zippelius, *op. cit.*, p. 395.

⁵¹ A atividade de concretização de um princípio constitucional pode prescindir de intermediação legislativa, mas deve buscar um ponto de equilíbrio entre o risco de remeter ao beneplácito exclusivo do legislador a operatividade dos mais significativos valores constitucionais ou, ao contrário, de atribuir ao intérprete uma exorbitante função de livre criação do direito, não observando a distinção fundamental entre as funções criativa e operativa do direito. De qualquer modo, atualmente, não mais é aceitável o entendimento de que a norma constitucional é endereçada ao legislador, estando a atividade do juiz vinculada à lei, não aos princípios constitucionais de justiça material. Cf. Gustave Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale*, Volume Primo, *Il Sistema delle Fonti del Diritto*, Torino, 1987, pp. 107/108.

⁵² O preâmbulo da Constituição francesa de 1946, incorporado pela Carta de 1958, dispõe que “*no dia seguinte à vitória alcançada pelos povos livres sobre os regimes que tinham buscado escravizar e degradar a*



conquanto absorva o núcleo essencial do direito fundamental que alicerça uma pretensão de ordem prestacional, ser normalmente invocada em caráter subsidiário, não como fundamento principal à configuração do direito subjetivo a essa prestação.⁵³ Todavia, ainda que deslocada a uma posição secundária e alçada à condição de mero “*incidente argumentativo*”, a dignidade humana não se dissocia de seu caráter estrutural, mantendo a condição de *ratio decidendi*.^{54 55}

pessoa humana, o povo francês proclama novamente que todo ser humano, sem distinção de raça, religião ou credo, possui direitos inalienáveis e sagrados”. A partir dessa disposição, o Conselho Constitucional francês, no caso *Bioéthique* (343-344 DC, j. em 27/07/1994, GD nº 47 *apud* Louis Favoreau e Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 2003, pp. 855/857), afirmou que a “*salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda forma de ofensa ou degradação é um princípio de valor constitucional*” (cons. nº 2). Ao final, concluiu que as leis objeto de análise “*enunciavam um conjunto de princípios, dentre os quais o primado da pessoa humana, o respeito ao ser humano desde o começo da vida, a inviolabilidade, a integridade e a ausência de feição patrimonial do corpo humano, bem como a integridade da espécie humana*” e “*que os princípios assim afirmados tendem a assegurar o respeito do princípio constitucional de salvaguarda da dignidade da pessoa humana*” (cons. 18). Nessa decisão, o Conselho principiou pelo prisma referencial da dignidade humana e, após promover a abstração das regras veiculadas pelas leis sujeitas a controle de constitucionalidade, identificou os respectivos princípios de regência e a sua compatibilidade com o mencionado referencial. Merece ser ressaltado, ainda, que foi prestigiada a opção política do legislador ao reconhecer que é legítima a opção que exclui o embrião do âmbito de proteção do princípio de respeito de todo ser humano desde o começo da vida, o que, em determinadas situações previstas na lei, permitiria a manipulação, a realização de estudos e a inseminação artificial (cons. 9 e 10). A posição do Conselho Constitucional francês realça a abertura e a maleabilidade do princípio da dignidade humana, exigindo que, observados determinados valores comuns, seja assegurado um espaço de livre conformação ao legislador, do que resultará uma verdadeira concordância funcional com a atividade desempenhada por órgãos outros, como o próprio Conselho.

⁵³ No ROMS 9.6213/SP, em que Parlamentar deficiente físico pleiteava que a tribuna da Assembléia fosse submetida às adaptações necessárias, possibilitando o acesso e o conseqüente exercício do seu *munus*, o Superior Tribunal de Justiça, interpretando as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas aos direitos dos deficientes, mencionou a necessidade de serem respeitados os “*princípios da igualdade e de guarda dos valores protetores da dignidade da pessoa humana e do livre exercício do mandato parlamentar*” (1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 11/05/1999, RSTJ nº 121/56). No âmbito dos direitos subjetivos decorrentes da interdição de ações agressivas, o Tribunal decidiu que, à decretação da prisão preventiva, não basta a invocação dos motivos abstratamente previstos em lei, sendo imperativa a sua demonstração concreta, isto em respeito aos “*princípios da dignidade humana, da presunção de inocência e da fundamentação dos atos judiciais*” (6ª T., RHC nº 3.888/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 21/08/1995, DJ de 05/02/1996, p. 1442). Os mesmos princípios foram invocados em acórdão que reconheceu a nulidade de decisão que, sem a devida fundamentação, negou ao condenado o direito de recorrer em liberdade (6ª T., RHC nº 4.557/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 12/06/1995, DJ de 11/09/1995, p. 28.862). Do mesmo modo, afronta “*o princípio constitucional da dignidade humana, os direitos de liberdade e de igualdade contratual e os dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes*”, a decretação de prisão de depositário infiel, em razão do não pagamento de dívida que, em 24 meses, quintuplicou face à incidência de juros e encargos moratórios (4ª T., HC nº 12.547/DF, rel. Min. Ruy Rosa-do de Aguiar, j. em 1º/06/2000, RSTJ nº 148/387).

⁵⁴ Cf. Marcos Pereira Keel, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁵ O caráter fundante da dignidade humana foi bem enunciado pelo art. 10 da Constituição espanhola, ao consagrar a existência de direitos fundamentais a ela inerentes: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.



Outra constatação é a de que, aparentemente, esse caráter subsidiário é verificado com maior intensidade quando a ordem constitucional consagra um catálogo de direitos fundamentais, não quando silencia ou se limita a exortar a observância da dignidade humana, o que é uma indiscutível demonstração da força persuasiva do positivismo jurídico. Ainda que a dignidade humana seja um valor ínsito ao próprio grupamento, o seu verdadeiro potencial, aos olhos de muitos, resulta, não das forças sociopolíticas do meio em que se projeta, mas da sua encampação por um singelo padrão normativo plasmado em um texto formal.

6.2. A dignidade humana como mandado constitucional ou princípio diretor

Os mandados constitucionais endereçados ao legislador apresentam características essencialmente programáticas e dispõem sobre determinadas tarefas e fins a serem alcançados. Além disso, a exemplo dos princípios diretores, servem de parâmetro ao controle de constitucionalidade (por ação ou por omissão), prestam um relevante auxílio na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais e exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com eles compatíveis. Por sua própria natureza, atingem domínios potenciais de aplicação que se espalham por searas não propriamente superpostas a parâmetros indicadores de um conteúdo mínimo de dignidade humana.

No que concerne à concepção da dignidade humana como princípio diretor, ela indica a idéia de que quaisquer dimensões do atuar humano devem prestigiar essa mesma essência, implicando o respeito, a consideração e o estímulo à integração social pela só condição de ser humano. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição.⁵⁶ A maior fluidez que ostenta, oriunda de sua estrutura principiológica e da não-indicação de uma diretriz específica a ser seguida, lhe confere uma densidade normativa inferior, mas não menos importante que a dos mandados constitucionais endereçados ao legislador.

Apesar dos distintos enunciados lingüísticos, parece-nos que tanto a *Grundgesetz* como as Cartas brasileira e portuguesa conferiram à dignidade humana um tratamento essencialmente principiológico, erigindo-a à condição de princípio diretor do sistema.⁵⁷

⁵⁶ Ao reconhecer o dever de o órgão jurisdicional fundamentar a decisão que negue ao condenado o direito de recorrer em liberdade – ainda que a hipótese verse sobre crime hediondo – afirmou o Superior Tribunal de Justiça que os “*princípios da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e da liberdade provisória (CF, art. 5º, LXVI) se travejam na viga mestra da dignidade humana, regra estruturante de nossos direitos fundamentais (CF, art. 1º, I)*”, prestigiando o caráter fundante da dignidade humana (6ª T. RHC nº 2.898/PE, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 17/08/1993, RSTJ nº 54/381).

⁵⁷ O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, apesar de propugnar a observância dos valores enunciados na Convenção Européia dos Direitos do Homem, ainda não avançou no sentido de consagrar o

As duas últimas efetivamente a ela se referem como um *princípio fundamental* do Estado, enquanto a *Grundgesetz* chega a resultado semelhante reconhecendo a sua *intangibilidade* e a obrigação dos poderes públicos em *respeitá-la* e *protegê-la*. Em ambos os casos, os contornos da norma não indicam com precisão o conteúdo da prestação passível de ser exigida, o que, *em um primeiro momento*, exclui a idéia de direito subjetivo, bem como, ressentindo-se da mesma precisão, não indicam tarefas ou fins específicos a serem alcançados, o que impede, inclusive, sejam visualizadas como mandados constitucionais endereçados ao legislador: vale ressaltar que o dever de *respeitá-la* e *protegê-la* não é propriamente a enunciação de uma tarefa estatal, mas um efeito correlato ao próprio reconhecimento da dignidade humana, independentemente, mesmo, de previsão normativa.

A conclusão diversa chegaremos com a análise do art. 227, *caput*, da Constituição brasileira, que dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, *com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente*, dentre outros direitos, o respeito à dignidade. O mesmo ocorrerá em relação ao art. 67, 2, da Carta portuguesa, que dispõe sobre o dever do Estado, *para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana*. Trata-se de nítidos mandados constitucionais endereçados ao legislador, de características programáticas e que dispõem sobre determinadas tarefas e fins a serem alcançados.

No Brasil, considerando o direito à saúde um direito fundamental e realçando o fortalecimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de reconhecer o dever de o Estado fornecer medicamentos essenciais à sobrevivência de pessoas carentes, o Superior Tribunal de Justiça, passando ao largo do caráter programático das normas constitucionais que o consagram, condenou o Estado ao cumprimento desse dever. Ressaltou que, à luz das peculiaridades do caso, “a lei deveria ser interpretada de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida,” tendo acrescido a necessidade de serem sopesados “preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas do cidadão”.⁵⁸ Nesse precedente, a

respeito à dignidade humana como um princípio fundamental do direito comunitário. Somente no Processo C-13/94, referente a um litígio envolvendo um transexual e seu empregador, o Tribunal alargou à conversão sexual do indivíduo o campo de aplicação do direito de não ser discriminado em razão do sexo, tendo afirmado que “tolerar uma discriminação dessa natureza (no caso, licenciamento em razão da conversão sexual) importaria na inobservância, em relação a essa pessoa, do respeito à dignidade e à liberdade a que ela tem direito e que o Tribunal deve proteger” (P. c/ S. et Cornwall County Council, j. em 30/04/1996, *Recueil*, p. I- 2143). Cf. Louis Favoreau *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, p. 470.

⁵⁸ 1ª T., ROMS nº 11.183/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 22/08/2000, RSTJ nº 138/52. No mesmo sentido, autorizando o levantamento de verbas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço para fins de tratamento de portador do vírus HIV, hipótese não contemplada na respectiva lei de regência: 1ª T., REsp. nº 249.026/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 23/05/2000, DJ de 26/06/2000, p. 138. A dignidade humana também foi



invocação da dignidade da pessoa humana serviu de nítido vetor interpretativo.

Invocando a “*cláusula pétrea que tutela a dignidade humana*”, o Tribunal, em um primeiro momento, reconheceu a impossibilidade de concessionárias de serviço público empreenderem cortes no fornecimento de energia elétrica com o fim de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa.⁵⁹ Posteriormente, alterou o rumo de sua jurisprudência e reconheceu essa possibilidade.⁶⁰

Em questão afeita à incidência de tributo sobre veículo que seria conduzido não por deficiente físico, destinatário de isenção legal, mas por preposto dele, o que decorria de sua total inaptidão física, o Tribunal interpretou a legislação de regência a partir do princípio da dignidade humana e reconheceu o direito do demandante, tendo acrescido que tal princípio é igualmente a fonte das ações afirmativas que visam a integrar os contornos essenciais da isonomia.⁶¹

O Tribunal, analisando a possibilidade de progressão do regime prisional fechado para o semi-aberto, deixou expresso que “*a dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária*”.⁶²

invocada para o fim de identificar a teleologia do art. 20 da Lei nº 8.036/90 e autorizar o levantamento do FGTS para a reconstrução da casa própria parcialmente destruída por enchente (1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 09/04/2002, RSTJ nº 156/102), bem como para permitir a aquisição de aparelho auditivo para a filha menor (2ª T., REsp. nº 560.777/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 04/12/2003, DJ de 08/03/2004, p. 234). Nesse último acórdão, foi decidido que “*o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço*”.

⁵⁹ 1ª T., AGA nº 478.911/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. em 06/05/2003, DJ de 19/05/2003, p. 144.

⁶⁰ 1ª T., AGREsp. nº 543.020/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 18/03/2004, DJ de 19/04/2004, p. 160. Nesse acórdão, embora tenha se curvado ao entendimento da maioria, ressaltou o relator que o corte de energia é atentatório à dignidade humana, pois se trata de serviço essencial à vida do cidadão, *in casu*, uma pessoa “*em situação de miserabilidade*”, vivendo “*no limite da sobrevivência biológica*”. A legislação infraconstitucional deveria sofrer a necessária filtragem dos princípios constitucionais, não podendo passar ao largo dos valores que veiculam, isto sob pena de se transmutar uma responsabilidade patrimonial em uma responsabilidade sobre a própria pessoa. Por tal razão, a interpretação da norma que excepciona o corte em situações de interesse da coletividade (v.g.: universidades e hospitais) deveria resultar em uma exegese ampliativa. Tratando-se de serviço que assenta sobre base contributiva, o entendimento preconizado, se levado às últimas consequências, poderia conduzir à desestabilização do próprio sistema prestacional. Apesar disso, não nos parece que o correto seja, simplesmente, alterar o referencial de análise, centrando-o em uma ótica funcionalista de acentuada carga mercantil. Se desestabilização houver, deve o concessionário procurar, junto ao órgão concedente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não prestações há muito integradas à concepção de vida digna.

⁶¹ 1ª T., REsp. nº 567.873/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. em 10/02/2004, DJ de 25/02/2004, p. 120.

⁶² 6ª T. HC nº 9.892/RJ, rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 16/12/1999, DJ de 26/03/2001, p. 473.



Ainda que, *a priori*, ostente a forma de princípio diretor ou de mandado endereçado ao legislador, o respeito à dignidade humana pode transmudar-se em direito subjetivo quando, à luz do caso concreto, se mostrarem imprescindíveis determinadas prestações que se encontrem ao abrigo de um quadro axiológico já sedimentado no grupamento. Nesses casos, será possível exigir um *facere* estatal para atender a um rol mínimo de direitos.

Exemplo de invocação do princípio diretor da dignidade humana, com o fim de conferir concretude aos direitos prestacionais a cargo do Estado, pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Como se sabe, a *Grundgesetz*, destoando da maior parte das Constituições do segundo pós-guerra, não contemplou um extenso rol de direitos sociais.⁶³ Não obstante essa lacuna, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, combinando os princípios diretores do Estado Social (previsto no art. 20, 1.) e da dignidade humana (art. 1º, 1.), tem deles extraído, em casos específicos, o fundamento de garantia do mínimo vital.⁶⁴

7. Epílogo

Por certo, a alguns pode parecer excesso de preciosismo uma qualquer investigação científica que busque identificar os referenciais metodológicos conducentes à fundamentação da dignidade humana, expressão verdadeiramente polissêmica e de grande potencialidade transformativa. O mesmo ocorrerá, por evidente, quanto às tentativas de individualização do regime jurídico a que deva ser submetida. Resistências à parte, os reflexos dessa vertente investigativa, como vimos, se interpenetram com a prática dos tribunais, não numa relação de mero sincretismo, mas como percurso necessário a um discurso lógico-racional densificador desse princípio aglutinante de valores essenciais ao ser humano.

Ademais, como disse conhecido jurista, *não há nada mais prático que uma boa teoria*.

⁶³ Como exceções, podem ser mencionados o art. 6º, 4 (“*toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade*”) e o art. 6º, 5 (“*a legislação deve assegurar aos filhos naturais as mesmas condições dos filhos legítimos quanto ao seu desenvolvimento físico e moral e ao seu estatuto social*”), que têm sido interpretados pelo Tribunal Constitucional como mandados endereçados ao legislador (*BVerfGE* 32, 273 (277) *apud* Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 683).

⁶⁴ *BVerfGE* 1, 159 (161); e 52, 339 (346), *apud* Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 684.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, 3ª ed., Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 2002.

_____, *Theorie der Grundrechte*, 1ª ed., Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994.

ARISTÓTELES, A Política, trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BIELEFELDT, Heiner, *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt: Primus Verlag, 1998.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, *El Sistema de los Derechos y las Libertades Fundamentales en la Constitución Española*, in *Derecho Constitucional*, vol. II, coord. de Francisco Balaguer Callejón, pp. 33 a 83, 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz)*, trad. de A. Menezes Cordeiro, 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Boletim da FDUC, *Studia Iuridica* 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CORREIA BAPTISTA, Eduardo, *O Poder Público Bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DE AQUINO, São Tomás, *Os Princípios da Realidade Natural (De principiis naturae)*, trad. de Henrique Pinto Rema, Porto: Porto Editora, 2003.

DE SOUZA, Antonio Francisco, “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Milani: CEDAM, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

ENGISCH, Karl, Introdução ao Pensamento Jurídico, trad. de J. Baptista Machado, ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAVOREAU, Louis, GAÏA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, PFERSMANN, Otto, PINI, Joseph, ROUX, André, SCOFFONI, Guy e TREMEAU, Jérôme, *Droits des libertés fondamentales*, 2ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2002.

FAVOREAU, Louis e PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

_____, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985.

GOMES CANOTILHO, J. J., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Nachvollziehende Grundrechtskontrolle, in Archiv des öffentlichen Rechts, Band 128, heft 2*, pp. 173 a 225, 2003.

KEEL PEREIRA, Marcos, O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica, *Working Paper*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa nº 4, 2002.

KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), trad. de João Baptista Machado, 5ª ed., Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1979.

LANDA, César, *Dignidad de la Persona Humana, Cuestiones Constitucionales, in Revista Mexicana de Derecho Constitucional nº 7*, pp. 109 a 138, julho-dezembro de 2002.

LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), trad. de José Lamago, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, T. II, 5ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____, Manual de Direito Constitucional, T. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

WEBER, Albrecht, *L'État social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 24/677, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustave, *Manuale di Diritto Costituzionale, Volume Primo, Il Sistema delle Fonti Del Diritto*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987.

ZIPPELIUS, Reinhold, Teoria Geral do Estado (*Allgemeine Staatslehre*), trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, coordenação de J.J. Gomes Canotilho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.