

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Euler Luís Gama

**O CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DAS
DECISÕES JUDICIAIS: Uma análise comparativa da jurisprudência do Tribunal
Constitucional Federal Alemão e da Suprema Corte Norte-Americana com o
Supremo Tribunal Federal.**

PORTO ALEGRE

2016

EULER LUÍS GAMA

**O CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DAS
DECISÕES JUDICIAIS: Uma análise comparativa da jurisprudência do Tribunal
Constitucional Federal Alemão e da Suprema Corte Norte-Americana com o
Supremo Tribunal Federal.**

**Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito pelo curso de graduação
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso
Macdonald**

PORTO ALEGRE

2016

EULER LUÍS GAMA

**O CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DAS
DECISÕES JUDICIAIS: Uma análise comparativa da jurisprudência do Tribunal
Constitucional Federal Alemão e da Suprema Corte Norte-Americana com o
Supremo Tribunal Federal.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 13 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Paulo Baptista Caruso Macdonald

Professor Doutor José Guilherme Giacomuzzi

Professor Doutor Wladimir Barreto Lisboa

RESUMO

O presente trabalho discorre acerca da importância do tema da dignidade da pessoa humana à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Suprema Corte norte-americana: sua delimitação e sua relevância para as decisões. Trata das origens da ascensão do conceito no discurso jurídico, bem como, expõe alguma das principais críticas levantadas. Enfim, examina os contornos que o conceito assume na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e seu caráter decisivo nas decisões da corte. Para tanto, a pesquisa analisa as principais considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a dignidade humana, usando como tema para comparação, em especial, as decisões que envolvem aplicação das penas máximas em cada um dos países analisados.

Palavras-Chaves: Dignidade Humana; Jurisprudência; Tribunal Constitucional Federal; Suprema Corte; Alemanha; Estados Unidos; Supremo Tribunal Federal; Brasil.

RESUME

This paper discusses the importance of the subject of human dignity in light of the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court and the US Supreme Court: its delimitation and its relevance to decisions. It deals with the origins of the concept's rise in legal discourse, as well as exposes some of the main criticisms raised. Finally, it examines the contours that the concept assumes in the jurisprudence of the Federal Supreme Court, and its decisive character in the judgements of the court. For this, the research analyzes the main doctrinal and jurisprudential considerations on human Dignity, using as a theme for comparison, in particular, the decisions involving the application of maximum sentences in each of the countries analyzed.

Palavras-Chaves: Human Dignity; Jurisprudence; Federal Constitucional Court; Supreme Court; Germany; United States; Federal Supreme Court; Brazil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 CONHECENDO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	10
2.1 O SURGIMENTO DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA NO MUNDO.....	10
2.2 CRÍTICAS LEVANTADAS CONTRA CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA.....	14
3 A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO	20
3.1 A DIGNIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO	20
3.2 A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO	21
3.3 CASO PARADIGMÁTICO – PENA DE PRISÃO PERPÉTUA.	27
4 A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE- AMERICANA	32
4.1 A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA	32
4.2 CASO PARADIGMÁTICO – PENA DE MORTE – CASO FURMAN V. GEORGIA.....	39
5 A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	47
5.1 A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	47
5.2 CASO PARADIGMÁTICO - REGIME INTEGRAL DE CUMPRIMENTO DE PENA – LEI DE CRIMES HEDIONDOS	52
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61
---	-----------

1 INTRODUÇÃO

A dignidade humana ocupa um lugar de destaque, como um dos maiores consensos existentes no mundo ocidental. Seu caráter abrangente engloba a proteção do homem em seus mais variados aspectos. No plano internacional, a defesa da dignidade humana está cada vez mais presente nas decisões judiciais envolvendo direitos fundamentais. (BARROSO, 2014, p. 9).

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi erigida a fundamento da República (art. 1º, III, CF), e sua utilização na jurisprudência é frequente, mesmo que não se tenha delimitado com precisão seus contornos.

“No plano abstrato, ela é incomparável e tem um potencial ímpar de encantar o espírito e ganhar adeptos incondicionalmente”. No entanto, ao tentar fixar-se como um conceito jurídico, carece de concretude, tornando-se, por vezes, espaço aberto entregue aos valores pessoais de quem a utilize no seu discurso (BARROSO, 2014, p. 9). Aliada a isso, a amplitude de um conceito que intenta ser um fundamento para tantos valores pode, ao mesmo tempo, não ser imprescindível na concretização de direitos. Por isso mesmo, a utilidade jurídica da dignidade passa por uma tentativa de delimitação dessa ideia.

Michael Rosen chega a afirmar que devemos nos precaver quanto ao seu uso como “uma cloaca na qual partes interessadas pretendem impor suas prescrições morais, as quais carecem de legitimidade do mandato popular” (ROSEN *apud* GIACOMUZZI, 2015, p.123).

A busca por um limite do que vem a ser a dignidade humana a qual procura-se proteger é muito presente no âmbito internacional, ainda que em diferentes sistemas jurídicos. No âmbito da *Civil Law*, é geralmente reconhecido que a ascensão da dignidade como um conceito jurídico tem suas origens mais diretas no Direito Constitucional alemão. Seu Tribunal Constitucional eleva a dignidade ao ápice de seu sistema constitucional.

De outra forma, nos Estados Unidos, referência da *Common Law*, não há menção expressa à dignidade humana no texto da Constituição, apesar disso, esse

conceito “tem ganhado influência na jurisdição constitucional” (BARROSO, 2014, p. 40).

Há dificuldade de se obter uma conceituação clara do que, efetivamente, seja a dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental. Tal missão se revela árdua (SARLET, 2006, p. 39). Em um contexto em que Tribunais Constitucionais de todo o mundo começaram a se engajar em um crescente diálogo constitucional, impende considerar que “órgãos como a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha têm desempenhado, como seria de esperar, um significativo papel de modelo para as novas democracias”, dentre as quais o Brasil (BARROSO, 2014, p. 34).

Neste sentido, esta monografia pretende analisar o comportamento da dignidade humana frente à jurisprudência destes importantes tribunais constitucionais. E assim, analisá-los de maneira comparativa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Exemplificaremos, de maneira pontual, o uso da dignidade frente ao julgamento de casos paradigmáticos.

Tendo em vista, entendermos ser a imposição de pena pelo Estado uma seara fértil à discussão da dignidade humana, usaremos de tal tema para a análise comparativa. Serão apresentados casos envolvendo as penas máximas aplicadas em cada país: na Alemanha, a prisão perpétua; nos Estados Unidos, a pena de morte; e, no Brasil, o regime de cumprimento de pena integralmente fechado.

Para tanto, no primeiro capítulo, verificaremos como a ideia de dignidade da pessoa humana assumiu essa posição crucial frente a fundamentação dos direitos humanos. Passaremos, de forma sucinta, pelas motivações religiosas, filosóficas e históricas. Em seguida, elencaremos as principais críticas que são opostas à sua importância e significado, a fim de firmarmos com clareza os problemas que subjazem ao conceito.

A partir disso, compreendendo a influência que o Direito Constitucional pátrio haure dos sistemas alemão e norte-americano, buscaremos, primeiramente, a significação que a dignidade humana assume no Direito Constitucional alemão. Estudaremos algumas manifestações doutrinárias sobre o tema, e passaremos ao estudo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Enfim, de maneira mais

detida faremos a análise específica de caso, envolvendo a prisão perpétua e o uso da dignidade humana na fundamentação da decisão.

Posteriormente, será feito semelhante estudo da dignidade ante o modelo norte-americano. Demonstraremos, de modo geral, a relevância do conceito naquele sistema, bem como suas limitações. Logo após, na mesma linha já adotada, faremos considerações sobre a dignidade frente ao tema da pena de morte a partir do estudo de um caso paradigma.

Adiante, verificaremos, de maneira comparativa ao que fora anteriormente posto, como a dignidade humana é adotada no Supremo Tribunal na sua jurisprudência. Faremos, então, o estudo da aplicação do conceito considerando o caso da progressão de regime na lei dos crimes hediondos.

É nosso intuito, ao final desta pesquisa, entender de que maneira aplicaram as Cortes o conceito de dignidade humana. Verificar, a partir da análise jurisprudencial, se é possível alguma delimitação, bem como, compreender se há relevância prática no seu uso como fundamentação judicial. Enfim, da análise comparativa com as Cortes estrangeiras, compreender como o nosso Supremo Tribunal Constitucional trata o referido tema.

2 CONHECENDO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 O SURGIMENTO DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA NO MUNDO

Qualquer conceito tem sua história, que precisa ser “retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito”. (Edelman *apud* SARLET, 2006, p. 29). No âmbito jurídico, em especial, verificar suas origens é fundamental para a compreensão do significado, dado que este não pode ser completamente abstraído das práticas sociais que o constituíram. Assim, ocorre com o conceito de dignidade humana, o qual sofreu influências religiosas, filosóficas, além de um marco histórico relevante que lhe deram a noção moderna com a qual trabalhamos.

Impende considerar que a ideia atual de dignidade não está atrelada ao seu conceito pré-moderno. Não tratamos atualmente da dignidade que evoluiu do conceito romano de “*dignitas hominis*”. Esta noção pressupunha uma sociedade hierarquizada, na qual as desigualdades entre diferentes categorias de indivíduos era parte constitutiva dos arranjos institucionais (BARROSO, 2014, p. 14).

Desde Roma até o final do séc. XIX, a dignidade não estava associada aos direitos humanos. Ela surge como um *status*, uma forma de diferenciação entre os indivíduos, por cargos e funções públicas. Mesmo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão estava atrelada a cargos e posições públicas.¹

A noção que hoje temos de dignidade compreende o homem como o ser humano com valor intrínseco e que desfruta de uma posição no universo. (BARROSO, 2014, p. 14). É uma ideia que é fruto da tradição judaico-cristã, do Iluminismo e do período histórico posterior à Segunda Grande Guerra. Neste sentido, ensina Barroso:

Sob uma perspectiva religiosa, o monoteísmo hebraico tem sido considerado como o ponto inicial: a unidade da raça humana é o corolário natural da unidade divina. As ideias centrais que estão no âmago da dignidade humana podem ser encontradas no Velho Testamento, a Bíblia Judaica: Deus criou o

¹ Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

ser humano à sua própria imagem e semelhança (Imago Dei) e impôs sobre cada pessoa o dever de amar seu próximo como a si mesmo. Essas máximas são repetidas no Novo Testamento cristão. (BARROSO, 2014, p. 15).

Quanto às origens filosóficas, relevante a análise das contribuições dos teóricos contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau. Suas considerações sobre a igualdade dos homens são conceitos que serão bases importantes para o desenvolvimento da ideia de dignidade.

Hobbes, ao trabalhar o tema da condição do homem em seu estado natural, ressalta sua igualdade, tanto em relação às faculdades do corpo, quanto às faculdades do espírito. Em relação às faculdades do corpo diz que, nada obstante as diferenciações que possam haver, não são suficientes para qualquer um reclamar algum benefício que não caiba também a outro. E quanto às do espírito, diz que há “igualdade ainda maior que a igualdade de força”. (HOBBS, cap. XIII).

Tal igualdade seria difícil de ser aceita pelos homens, haja vista a própria consideração que fazem de si mesmos: uma noção vaidosa de sua sabedoria, como sobrepujante a dos demais. Mas ainda nisso, Hobbes afirma que, nessa consideração de si mesmos, há sinal de igualdade. É um entendimento do qual comungam uniformemente os homens a respeito de sua própria condição.

Conclui que “desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins”. Estando os homens no mesmo patamar de faculdades, não há razão para diferenciarem-se na busca de sua finalidade. Deve existir para todos, ao menos, a mesma esperança.

Na obra de John Locke, ao falar sobre o estado de natureza do homem, explica que este não é “um estado de permissividade”. Há um direito natural que se impõe a todos. Valoriza a igualdade dos homens que podem acessar igualmente essa lei, por meio de sua própria razão. Decorre disso que não podem destruírem uns aos outros e, quando não estiverem em risco, devem mesmo “velar pela conservação do restante da humanidade”. Locke, assim, trata a importância da igualdade, relacionando-a com uma ideia de comportamento a ser seguido universalmente. (LOCKE, cap. II).

Quanto a Rousseau, no seu “Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens” (1754), explica que, com a mudança das necessidades, os homens passaram a adquirir “o hábito de se reunir diante das

cabanas ou em torno de uma grande árvore”. Com isso, começam a comparar suas habilidades, passando a valorizar a “estima pública”:

Logo que os homens começaram a se apreciar mutuamente, e que a idéia da consideração se formou em seu espírito, cada um pretendeu ter direito a ela, e não foi mais possível faltar com ela impunemente a ninguém. Daí surgiram os primeiros deveres de civilidade, mesmo entre os selvagens; e daí, toda falta voluntária tornou-se um ultraje, porque, com o mal que resultava da injúria, o ofendido via nela também o desprezo à sua pessoa, muitas vezes mais insuportável do que o próprio mal. (ROUSSEAU, 1754).

Ou seja, em tendo os homens a mesma pretensão de serem apreciados, surge o mister de que todos tenham de respeitar-se mutuamente. Toda violação é punível, pois que passa a ser uma ofensa à própria estima que o homem tem de si mesmo.

Há, dessa forma, na influência destes filósofos, a ideia comum de igualdade entre os homens. É o gérmen da dignidade presente na linha do pensamento contratualista: pressupõem-se homens livres e iguais cujas obrigações políticas são fundadas na sua própria vontade.

Então, com o Iluminismo, o conceito de dignidade de todos os seres humanos ganha força. Em Kant encontra-se um dos maiores expoentes no campo da filosofia moderna moral e jurídica. Barroso justifica a importância do filósofo iluminista:

Muitas das suas reflexões estão diretamente associadas à ideia de dignidade humana e, conseqüentemente, não é surpresa que ele seja o autor mais frequentemente citado nos trabalhos sobre essa matéria. (BARROSO, 2014, p. 68).

O estudo da ética na filosofia kantiana corresponde ao domínio da lei moral sob o comando da razão. É a partir da racionalidade do ser que Kant afirma que todo sujeito tem a condição de sujeito moral. O sujeito, por meio de sua racionalidade conforma sua vontade e torna-se livre ao agir segundo a lei moral. A racionalidade é um atributo intrínseco ao ser humano. É esse poder de agir livremente, o que o torna um ser autônomo. Sobre o pensamento de Kant, Maxine Goodman faz esclarecedora referência:

[..] dignidade é uma espécie de valor que todos os seres humanos têm igual e essencialmente. Daí que o valor humano ou dignidade do ser humano é invariavelmente descrita como "intrínseco" ou "inerente", para contrastá-lo com o valor que é instrumental, contingente, extrínseco ou circunstancial ". [...]. A dignidade humana surge da nossa autonomia e racionalidade. "A dignidade humana está intimamente relacionada com a autonomia humana. Uma criatura autônoma é uma criatura auto ativadora, autodirigida,

autocrítica, auto correta, auto compreensiva. [...] "a nossa dignidade é inseparavelmente ligada à nossa racionalidade autoconsciente, nossas capacidades de avaliar, calcular, organizar, prever, explicar, conjecturar, justificar e assim por diante." (GOODMAN, 2005, p. 749).

Essas ordenações da razão às ações humanas constituem o que Kant chamou de imperativos, os quais ele classifica como hipotéticos ou categóricos.

O imperativo hipotético identifica uma ação que é boa como um meio para se alcançar algum fim. O imperativo categórico, por sua vez, corresponde a uma ação que é boa em si mesma, independentemente do fato de servir a determinado fim. Ele é um padrão de racionalidade e representa o que é objetivamente necessário em uma vontade que esteja em conformidade com a razão. Esse imperativo categórico, ou imperativo de moralidade, foi enunciado por Kant em uma famosa proposição sintética: "Age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que a inspira e move) possa se transformar em uma lei universal". (BARROSO, 2014, p. 70).

Enquanto o imperativo hipotético diz respeito a ordenamentos para alcançar um fim, o imperativo categórico, de outra forma, contém no interior de sua formulação, uma ordenação que se encerra no enunciado da máxima. Ele contém a finalidade em si mesmo. E continua Goodman:

O "imperativo categórico" de Kant ou a "fórmula dos fins" requer que os atos de uma pessoa sejam "de tal maneira que você trate a humanidade, de todos e de cada um, sempre a todo momento, como um fim, nunca como um mero meio". (GOODMAN, 2005, p. 749).

Diz Kant que, "no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade" (1785). Tudo que tem um preço é substituível por outra coisa equivalente. Mas quando algo está acima de qualquer preço, ela tem dignidade. Pela valorização da racionalidade, o homem tem a dignidade como um atributo exclusivo seu.

Kant definiu a dignidade como "uma qualidade de valor intrínseco, absoluto, acima de qualquer preço, excluindo assim qualquer equivalência". Kant contrastava a dignidade humana a algo com preço. Algo que tenha um preço pode ser substituído por outro de valor maior ou igual. Valor significa o valor da coisa relativa aos desejos de uma pessoa. Dignidade, no entanto, em relação a algo com um preço, não pode ser substituído por qualquer outra coisa, e não pode ser o desejo de alguém. (GOODMAN, 2005, p. 749).

Assim, o homem, pela sua racionalidade, seu potencial de dirigir a sua vontade segundo essa razão, faz com que ele exista como um fim em si mesmo. E essa exclusiva capacidade do ser racional, o distingue, tornando-se um ser com dignidade, que merece respeito e que está livre de todo arbítrio. Ou seja, diz Kant que, a conduta

moral é o agir segundo uma máxima que possa tornar-se lei universal; todo homem é um fim si mesmo, não devendo tornar-se instrumento de outrem; e seres humanos são dotados de dignidade, não têm preço e não podem ser substituídos. (1785).

Fixadas as bases da influência filosófica que fundam a dignidade, vemos, por outro lado, seu inseparável contexto histórico. O período pós-Segunda Guerra foi um marco decisivo para a sua incorporação nos diversos sistemas jurídicos:

(...) existe um marco histórico significativo, que foi decisivo para o delineamento da noção atual de dignidade humana: os horrores do nacional-socialismo e do fascismo, e a reação que eles provocaram após o fim da Segunda Guerra Mundial. Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longamente aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. (BARROSO, 2014, p. 18).

Com os traumas ocorridos no período, a dignidade acabou por ser incorporada ao discurso político dos vencedores. Bem assim, foi incorporada também ao discurso jurídico. Inicialmente com inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais. E ainda, com um “fenômeno ‘mais sutil’: a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra”. (BARROSO, 2014, p. 19).

2.2 CRÍTICAS LEVANTADAS CONTRA CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

Como visto, a dignidade humana ganhou *status* de consenso no mundo ocidental. Dificilmente haverá quem a negue como um valor relevante ao desenvolvimento do homem. “O conceito de dignidade humana provavelmente nunca foi tão onipresente no discurso cotidiano, ou tão profundamente enraizado no discurso político e jurídico”. (MCCRUDDEN, 2013, p. 1).

Outrossim, muitas críticas surgem a partir da vagueza presente nesta ideia. Principalmente, quando consideramos seu uso nas decisões de grandes casos elas são mais intensas. Cumpre, então, que se busque a solução de questionamentos importantes, quais sejam: qual a definição de dignidade humana? Quando, e de que

maneira esta dignidade é violada? Há razão prática em utilizá-la nas decisões judiciais? Entre outras questões.

Propomo-nos, neste tópico, de maneira expositiva e descritiva, a apresentar algumas das críticas que são levantadas, a fim de identificá-las nos diferentes sistemas constitucionais que analisaremos nos capítulos seguintes. Destacamos que nosso intuito, por ora, é o de elencarmos as questões que exsurtem da análise da dignidade humana. Firmada, então, essa base crítica poderemos, adiante, analisar o comportamento que assume tal conceito, nas diferentes jurisprudências, e as soluções que são apresentadas (caso sejam), pelos tribunais constitucionais. Utilizaremos assim, as obras que nos parecem bem compilar as grandes questões levantadas.

O professor Christopher MacCruden, organizou, em 2013, uma coletânea de trinta e três artigos, que foi publicada pela *British Academy, da Oxford University Press*. Com o título *Understanding Dignity*, a coletânea buscou representantes das mais diversas correntes filosóficas, políticas e jurídicas de várias nacionalidades. (GIACOMUZZI, 2015, p. 114). A partir deste trabalho, o professor Giacomuzzi compilou críticas feitas por Michael Rosen e Christoph Möllers, algumas das quais, de maneira muito simplificada, compartilharemos neste trabalho.

Michael Rosen apresenta suas críticas na forma de imputações. Dentre essas, destaca-se um importante e reiterado questionamento: “qual normatividade podemos retirar da dignidade? Noutras palavras: como a dignidade guia a nossa conduta? ” (*Op cit.* p. 117). Desde que percebamos o uso frequente da dignidade como argumento judicial, é preciso que se levante esse questionamento e daí ainda acrescentamos: há utilidade em fundamentar decisões com base na dignidade? Rosen considera que a filosofia kantiana é insuficiente para responder a questão.

Na sua próxima imputação aduz que a dignidade seria “um cavalo de Troia para ataques inspirados na religião”. (GIACOMUZZI, 2015, p. 117). Entende que à época de Leão X, aquilo que era apregoada pela Igreja estava em choque com os ideais igualitários da Revolução Francesa. Afirma que, após a 2^o Guerra Mundial, as verdades do direito natural tornaram-se mais harmônicas com o pensamento católico que vigia. Retorna então à questão da vacuidade do conceito. E questiona o que se perderia caso omitíssemos a palavra “dignidade” dos textos internacionais em que ela

se destaca. Conclui que a dignidade falha em guiar comportamentos. (GIACOMUZZI, 2015, p. 118)

Na sua imputação, chamada “ataque à autonomia”, Rosen chama ao debate o tema da bioética. Cita Ruth Macklin para a qual “a dignidade não tem nenhuma função positiva a cumprir, por ser extremamente vaga e por simplesmente nada acrescentar à compreensão da temática”. Rosen sustenta que “a visão moderna de autonomia, não precisa negar a existência de deveres do homem para consigo mesmo, mas certamente nega o direito do Estado de, em nome desses deveres, ignorar as escolhas individuais”. Contrapõe, desta forma a concepção de “autonomia” para Kant, o qual a aproxima de um dever moral, diferentemente da noção de autonomia como “consentimento informado”, levantado por Pinkler.²

A questão democrática da dignidade é o tema da última objeção. O crítico chama a atenção para o problema de decisões tomadas tendo por base a dignidade. Considera que não há consenso sobre seu conteúdo e que, a partir dela, pode-se simplesmente fazer “brotar direitos”.

A seguir, quanto a Cristop Möllers, este expõe suas críticas sob três pilares, na sua obra “O triplo dilema da Dignidade Humana”. O caso concreto sobre qual ele utiliza como paradigma é apresentado por Giacomuzzi:

Na Finlândia, alguém (vou chamá-lo de ofensor) postou em site de relacionamentos uma foto e a descrição física de um menino de doze anos (vítima), usando-a como propaganda sexual. O pai da vítima pediu à polícia para identificar o ofensor, mas o provedor da internet recusou-se a fornecer à polícia os arquivos, alegando estar obrigado a observar as leis finlandesas sobre a proteção de dados. Todas as tentativas, da polícia e dos promotores, de conseguir identificar o agressor foram infrutíferas nas três esferas judiciais da Finlândia: todas as cortes entenderam, sempre por unanimidade, que não havia base legal para exigir do provedor que prestasse a informação pedida; os crimes que permitiam essa busca de dados não contemplariam o delito em questão; ademais, o crime cometido estaria prescrito. (GIACOMUZZI, 2015, p. 121).

Na primeira “questão substancial” pergunta: “a dignidade protege a intimidade privada ou *persona* social?”. Como veremos nas próximas seções, essa crítica é atual

² *Ibid*, p. 119

e presente nos julgamentos dos tribunais constitucionais, mormente, ao enfrentarem o tema dos limites a liberdade de discurso.

Sua segunda questão reside no seguinte: “a dignidade é um direito subjetivo ou valor objetivo? ” Em sendo um direito subjetivo, qual a prestação exigível, no caso de sua violação? E ainda, caso ela faça parte de um sistema jurídico, ela é uma regra ou princípio? Neste mesmo sentido, outra questão ressaltada por Giacomuzzi é quanto à punição de suas violações: não deveria ser uma sanção maior aquela decorrente da violação à dignidade? (GIACOMUZZI, 2015, p. 123).

O seguinte dilema que é levantado reside na “questão prática”: discute-se a aptidão da dignidade para resolver casos concretos. Em muitos casos a dignidade é invocada para justificar teses opostas. E conclui Möllers que ela “definitivamente não é o tipo de norma que nos ajude a prevenir que Estados ou indivíduos ajam de determinada forma”. Essa questão talvez seja das mais frequentes, tanto que é retomada por Roberto Barroso, em seu livro “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo” (2014). Nesse, o autor apresenta as três principais críticas que ele entende presente no discurso contra a dignidade humana.

A primeira questão é de natureza formal e refere-se à ausência da dignidade nos textos das constituições de muitos países. Logo, “não seria legítimo que as cortes importassem — ou contrabandeassem — a dignidade humana para a interpretação constitucional”. Críticas nos Estados Unidos chegam a afirmar que “o respeito pela dignidade humana claramente saiu de lugar nenhum”. Ou na França, em que Hennessey-Vauchez acusa os juristas defensores da dignidade de antiquados “oráculos do direito”. (BARROSO, 2014, p. 56).

Nos Estados Unidos expressa-se ainda a crítica de que a dignidade não está enraizada na sua tradição. O argumento central de James Whitman “é que o direito à privacidade nos Estados Unidos está ligado ao valor da liberdade, enquanto na Europa está orientado em direção à dignidade, entendida como honra pessoal”. (*apud* Barroso, 2014, p. 57).

A terceira crítica, como já vimos, remonta à “ausência de um significado suficientemente específico e substantivo de dignidade humana e seu subsequente abuso, especialmente no campo da bioética”. (BARROSO, 2014, p. 57). É talvez essa uma das principais e mais recorrentes questões levantadas.

Cumpra salientar que Barroso se propõe a rebater os argumentos expostos. Quanto à objeção textualista afirma que “é suficiente lembrar que todas as constituições trazem valores e ideias que subjazem e inspiram as suas disposições, mesmo sem nenhuma inclusão textual expressa”. (2014). E afirma:

A dignidade humana é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos. (NEUMAN *apud* BARROSO, 2014).

O autor ainda refuta os argumentos de James Whitman, apontando um problema fundamental:

Ele não realiza uma distinção clara e precisa entre o significado antigo de dignidade — hierarquia social, status, honra pessoal — e o seu sentido contemporâneo, desenvolvido e aprofundado após a Segunda Guerra Mundial e baseado no valor intrínseco objetivo do indivíduo, assim como em alguns elementos subjetivos, como a autonomia pessoal (limitada em alguns casos por restrições externas legítimas). (BARROSO, 2014, p. 59).

Defende que “em todos os lugares, as democracias constitucionais se esforçam para alcançar um equilíbrio entre direitos individuais e valores comunitários”. E argumenta que, muito embora seja dado ao processo político dar maior ou menor peso ao conceito, preocupações quanto à dignidade poderão sempre ser encontradas “em ambos os lados da balança”.³

Finalmente, quanto à questão da dignidade como um conceito vago, a qual permite que possa ser manipulada pelo autoritarismo, paternalismo ou concepções religiosas, refuta que isto é inerente a qualquer conceito marcadamente abstrato. Lembra Dworkin ao dizer que “seria lamentável abandonar uma ideia relevante ou mesmo um nome conhecido pelo risco de malversação”.⁴

Neste mesmo sentido, colacionamos ensinamento de Ingo Sarlet que, também se opondo às críticas quanto a dignidade, apresenta a seguinte lição:

(...) costuma-se apontar corretamente para a circunstância de que a dignidade humana (por tratar-se à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de

³ *Ibid*, p. 59.

⁴ *Ibid*, p. 60.

valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. (SARLET, 2006, p. 41).

Aduz o doutrinador a existência de uma característica mutável no conceito de dignidade, o qual permitiria uma permanente construção. Seria uma forma de justificar, assim, a própria imprecisão do conceito.

Fato é que argumentos doutrinários postos de maneira tão controversa nos dão o tom das discussões acerca da dignidade humana. Tal debate, conseqüentemente, irá refletir-se nas discussões jurídicas as quais analisaremos nos próximos capítulos deste trabalho.

3 A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

3.1 A DIGNIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO

Na Alemanha a dignidade humana encontra-se no cerne do Direito Constitucional. Firmada no art. 1º da Lei Fundamental, ela é a base sobre a qual se assenta todo o sistema de Direitos Fundamentais. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a dignidade ocupa importante papel na fundamentação dos demais direitos. Tal posição de destaque reafirma a relevância de se estabelecer sua definição.

Na Lei Fundamental Alemã ela está posta como sendo inviolável, ao mesmo tempo em que determina que toda autoridade estatal deve respeitá-la e protegê-la.⁵ Assim está disposto o texto:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.⁶

Neste sentido, diz Marc MacAllister que “a dignidade humana é o mais alto valor na jurisprudência alemã e o dever estatal de proteger uma dignidade humana individual geralmente está acima de outros direitos constitucionais”. (2003, p. 495).

O papel destacado que desempenha a dignidade humana no direito alemão é claramente visto à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional. No caso *Mephisto*⁷, a Corte teve de sopesar a liberdade de expressão frente à liberdade artística, em publicação de um livro que desonrava o nome e a memória do pai do

⁵ Valemo-nos também de trecho da nota de rodapé 43 na obra já citada do professor Roberto Barroso: “<https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012?lang=en>. Nesse documento, a palavra alemã ‘unantastbar’ é traduzida como ‘inviolável’. Todavia, quando se refere aos direitos fundamentais, a Lei Fundamental emprega a palavra ‘unverletzlich’, que também pode ser traduzida como inviolável. Poder-se-ia sugerir, dessa forma, que uma tradução mais apurada de ‘unantastbar’ seria ‘intocável’, na medida em que a proteção conferida à dignidade humana em si, seria mais forte do que aquela relacionada com os direitos fundamentais”.

⁶ Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 2016.

⁷ BVerfGE 173 (1971) (Mephisto Case) *apud* SCHWABE.

queixoso. Na oportunidade, o tribunal entendeu como o cumprimento de um dever seu, instituído pelo art. 1º da Lei Fundamental, a proteção à dignidade humana mesmo após a morte daquele que sofreu a ofensa em sua personalidade.

A visão da Corte Suprema é constante no caminho de reafirmar a dignidade como preponderante frente a qualquer limitação. Nesta linha:

“[O] Tribunal Constitucional Federal Alemão e os juristas alemães desenvolveram uma jurisprudência e um arcabouço teórico que influenciam decisões judiciais e escritos doutrinários por todo o mundo”. (GRIMM *apud* BARROSO, 2014, p. 21).

“Na Alemanha, o direito à dignidade é entendido como o mais básico e fundamental direito, tendo implicações com sentidos positivo e negativo acerca de como o estado deve agir”. (JACKSON, 2004, p. 18). É objetivo, ou positivo, no sentido de que determina uma obrigação afirmativa ao Estado a fim de estabelecer condições necessárias à realização da dignidade. O conceito é subjetivo, ou negativo, ao impedir o Estado de intervir nas liberdades individuais. (MCALLISTER, 2003, p. 498).

Os contornos do modelo estatal também são perceptíveis. Diferente dos Estados Unidos em que os direitos fundamentais tendem ao sentido negativo, visando a sobreposição das liberdades, a característica do modelo estatal alemão de estado social se faz fortemente presente. Nesta esteira, a fim de que a dignidade se concretize, o Estado não deve permanecer inerte, limitando-se oferecer condições à manifestação da liberdade individual. Deve, ao mesmo tempo, fornecer os meios para que o sujeito possa ter o ambiente minimamente adequado ao seu desenvolvimento digno.

3.2 A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Uma ideia tão ampla como a dignidade, ao mesmo tempo em que abarca a fundamentação de uma gama considerável de direitos, também sofre de imprecisão quanto aos seus contornos. “Se, por um lado, os mandamentos relativos à dignidade da pessoa humana são claros, difícil é a sua definição. Não existe unanimidade na literatura especializada alemã”. (SCHWABE, 2005, p. 177). Muito embora a notável

presença da dignidade humana no sistema de direitos fundamentais e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o conceito ainda carece de uma análise mais profunda.

É relevante neste intuito, a pesquisa na jurisprudência constitucional que, frente ao caso concreto, melhor desenvolve o conceito naquele sistema. Trazemos o caso da constitucionalidade da escuta telefônica⁸, resumido como segue:

Trata-se de uma reserva legal que possibilitou ao legislador infraconstitucional, inclusive por lei material, ou seja, ato normativo da Administração como decreto e regulamentos, limitar o sigilo da correspondência, postal e da telecomunicação tutelado pelo Art. 10 I GG (em suma, a decisão questionava a constitucionalidade entre outros da escuta telefônica – Abhörurteil). (SCHWABE, 2005, p. 179).

A interpretação do conceito de dignidade humana não decidiu o caso, mas foi essencial a fim de que a decisão não fosse unânime, tendo resultado de cinco contra três. No voto vencido, a necessidade de análise do caso concreto foi exposta da seguinte forma:

2. Da interpretação do Art. 79 III GG resulta o seguinte:

a) – b) (...)

c) No que diz respeito ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana, firmado no Art. 1 GG, o qual, segundo o Art. 79 III GG, não pode ser atingido por emenda constitucional, tudo depende de se determinar que condições devem estar presentes para que a dignidade humana possa ser considerada como violada. **Evidentemente não se pode falar em termos gerais, mas sempre em face do caso concreto. Formulações gerais, como a de que a pessoa humana não pode ser reduzida a um simples objeto do poder público, podem tão somente indicar a direção na qual podem ser encontrados casos de violação da dignidade humana. (grifo nosso).**⁹

Neste sentido, o Tribunal indica que a dignidade humana, a fim de ser efetivada não pode somente ser tomada em um conceito abstrato. A universalidade inerente à natureza da ideia de dignidade não permite que ela possa tornar-se efetiva sem que verifiquemos que formato deva assumir no caso concreto.

⁸ Bverfge 30, 1 (1970) *apud* SCHWABE.

⁹ *Ibid*, p. 180.

A partir disso, passamos a ver de que maneira a jurisprudência do Tribunal alemão tende a definir a dignidade. “Os comentários à Grundgesetz dedicam ao Art. 1 I GG muitas páginas. Mais bem-sucedida tem sido uma definição negativa: uma definição que parte da intervenção ou violação da dignidade humana (visto que uma intervenção não pode ser justificada, pois a outorga do Art. 1 GG é ilimitada). ” (SCHWABE, 2005, p. 177). Ou seja, o foco da definição passa a orbitar na preocupação em saber quando a dignidade é ferida, e assim é exposta em um dos votos:

(...) Ao contrário, para estar presente uma violação da dignidade humana o atingido precisa ter sido submetido a um tratamento que coloque em xeque, de antemão, sua qualidade de sujeito [de direitos], ou haver no caso concreto um desrespeito arbitrário à sua dignidade. **O tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua existência como pessoa.** (grifo nosso).¹⁰

E a análise de aplicação da dignidade humana pelo Tribunal Constitucional, como um valor básico na Constituição alemã, nos faz ver o reflexo que isso tomou no conjunto de direitos fundamentais, como ocorre nos artigos 2 a 19 que, a princípio, foram concebidos somente como direitos de defesa do indivíduo. Com o desenvolvimento da ação jurisdicional, tornaram-se valores os quais impuseram às instituições que estas possibilitassem a efetiva igualdade no gozo desses direitos. “Isto é particularmente visível no desenvolvimento judicial do direito geral à autodeterminação (artigo 2 (1)), o direito à vida (artigo 2 (2)), a liberdade de expressão (artigo 5), e igualdade perante a lei (artigo 3º)”. (BOGNETTI, 2003, cap. III).

Com isso, a própria literatura especializada alemã conclui que a dignidade humana é base sobre a qual se funda grande parte dos direitos fundamentais. Ao irradiar-se no campo de outros direitos fundamentais dá sustentação e contribui como uma justificação maior. No caso do micro-censo¹¹, a relação da dignidade com outros direitos fundamentais é muito clara. Senão vejamos:

O juízo de Fürstfeldbruck viu-se obrigado a aplicar norma de uma lei do micro-censo de 1957 que previa uma multa de até 10 mil marcos alemães para o caso de recusa pelos entrevistados de responder sobre os quesitos

¹⁰ *Ibid*, p. 181.

¹¹ Bverfge 27, 1 (1969) *apud* SCHWABE.

“viagens de férias” e “viagens de repouso”. O juízo considerou tal dispositivo inconstitucional por violar o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, e como de sua validade dependia o julgamento do caso, viu-se obrigado a, de acordo com o Art. 100 I GG, suspender o processo e apresentar a questão de constitucionalidade ao TCF. (SCHWABE, 2005, p. 215).

No caso, a Corte entendeu que a lei do micro-censo não era inconstitucional. Os dados solicitados, os quais questionavam acerca de “viagem de férias” e “viagem de repouso” tinham relevância para o planejamento estatal. O parâmetro para a decisão foi exatamente o quanto tais questionamentos poderiam ferir a esfera íntima do indivíduo. Tendo sido entendido que não havia maiores agressões a necessidade de responder ao micro-censo. Ou seja, não feriam o art. 2 I GG. A análise da fundamentação é relevante:

Na ordem axiológica da Grundgesetz, a dignidade humana é o valor mais elevado (BVerfGE 6, 32 [41]). Como todas as disposições da Grundgesetz, **esse declarado reconhecimento da dignidade humana domina também o Art. 2 I GG. O Estado não pode, por meio de nenhuma medida, nem mesmo pela lei, ferir a dignidade humana ou atingir a liberdade da pessoa em sua essência, ultrapassando os limites estabelecidos no Art. 2 I GG.**¹²

O art. 2º I GG protege a liberdade do indivíduo e, na fundamentação jurisdicional, percebe-se o entrelaçamento do conceito de liberdade e dignidade do indivíduo. É como se a liberdade tivesse um *status* de elemento essencial na definição de dignidade. Conforme se percebe há uma irradiação do art. 1º, a fim de complementar e fundamentar a defesa do livre desenvolvimento do indivíduo.

De outra forma, cumpre visualizarmos outro elemento relevante que o caso nos exemplifica, qual seja, a visão do homem frente à sociedade para a Lei Fundamental alemã. Donald Kommers diz que o homem na Constituição não está isolado, mas, pelo contrário, há uma decisão de vê-lo em sua relação com a comunidade. Há um compromisso com a comunidade, “sem que isso implique violação do seu valor individual”. (KOMMERS *apud* BARROSO, 2014, p. 22). A lei fundamental alemã preza pelo equilíbrio entre o indivíduo e a comunidade.

A decisão do caso “micro-censo” expõe a relação da pessoa com a comunidade. O tribunal afirmou que o cidadão tem na comunidade um direito social

¹² *Ibid*, p. 216

ao valor e ao respeito, sendo um ato contrário à dignidade humana fazê-lo objeto do Estado. Outrossim, discorre que o cidadão deve ter um “espaço interior” onde possa ser deixado em paz, desfrutando de um “direito à solidão” (SCHWABE, 2005, p. 217). A dignidade, assim, passa a sustentar a esfera de intimidade profunda a que tem direito o indivíduo.

A justificar a significância que a dignidade humana tem no Direito Constitucional alemão, vemos que seu uso é relativamente frequente e, de certa forma, relevante em grandes casos já decididos. Com base na coletânea de aclamadas decisões presentes no livro “Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão” (2005), fizemos uma pesquisa acerca dos múltiplos âmbitos em que foi utilizado o termo “dignidade humana”.

Para muitos, a mais importante decisão de toda a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre direitos fundamentais, a proferida no caso Lüth¹³ data de janeiro de 1958. Por meio desta decisão, entre outros, foram lançadas as bases de uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Além de se fixarem as balizas dogmáticas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a exigência de ponderação no caso concreto e a questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal no julgamento de uma reclamação constitucional contra uma decisão judicial civil. A reclamação foi julgada procedente, a fim de revogar a decisão do Tribunal Estadual. O caso é posto nos seguintes termos:

O cidadão alemão Erich Lüth, conclamou, no início da década de cinquenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “Jud Süß”, de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu

¹³ BVerfGE 198 (1958) *apud* SCHWABE.

direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG. (SCHWABE, 2005, p. 381).

O relevo que a dignidade assume na discussão cinge-se ao âmbito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A verificação de uma possível irradiação desses direitos na relação entre indivíduos, além da noção tradicional de proteção frente ao Estado. A fim de justificar a força jurídica desses direitos, a Constituição foi posta com um caráter de ausência de neutralidade axiológica, no qual a dignidade humana é essencial. No caso concreto assim é dito:

Esse sistema de valores que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social e precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil.¹⁴

O livre desenvolvimento da personalidade, fundado na dignidade humana foi decisivo para fixação de um marco dentro do sistema de direitos fundamentais alemão. A força axiológica da dignidade humana foi essencial para a compreensão da função dos direitos fundamentais e a consequente ampliação do seu campo de aplicação até o direito civil. A presença da dignidade no seio de decisão tão relevante do direito alemão tem a demonstrar sua importância no campo de aplicação dos direitos fundamentais.

No caso *Gesundbeter*¹⁵, os limites a intervenção do direito penal estiveram em conflito frente à liberdade de crença. A esposa do reclamante faleceu pois, por motivos religiosos, negou-se a realizar uma transfusão de sangue. O marido deixou de tentar convencê-la, declarando ao médico que ela seria salva por meio de orações pela saúde. Em vista disso, o marido foi condenado por omissão de socorro ao que ingressou com a reclamação constitucional.

O Tribunal Constitucional Federal revogou a condenação haja vista o “efeito de irradiação” ou eficácia horizontal do direito à liberdade de crença. Entendeu-se que, frente a uma caso em que o indivíduo estivesse em uma situação limite de violação

¹⁴ *Ibid*, p. 388.

¹⁵ Bverfge 32, 98 (Os que oram pela saúde) *apud* SCHWABE.

da lei e ação contrária a suas convicções religiosas, a sanção penal seria uma cominação exagerada. Não poderia o indivíduo ser exposto desta maneira e ainda, ser punido criminalmente por sua escolha. Essa aflição espiritual gerada configuraria-se em violação à dignidade humana.

A dignidade humana foi citada como fundamento último da extensão do direito à liberdade de crença. O conflito deveria evocar o sistema axiológico fundamental da Constituição, no qual o mandamento de tolerância baseia-se especialmente na dignidade humana prevista no art. 1 I GG. Ou seja, considerou-se que em um Estado que tem a dignidade humana como mais alto valor, juntamente com liberdade de autodeterminação do indivíduo como um valor da comunidade política, a liberdade de crença garante um espaço para o indivíduo orientar-se segundo seu estilo de vida.

O que se infere da análise de aplicação da dignidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão é a sua importância como fator-chave para a fixação de direitos fundamentais. Mesmo quando não foi decisiva no julgamento final do mérito da questão, teve importância na expansão da forma como tais direitos deveriam atuar. Ocorre, pois, que a dignidade no sistema alemão, supera o papel de ser apenas um marco valorativo a guiar a aplicação de direitos. Ela tem essa função, mas ainda, em si mesma, também tem aplicação imediata. É, sem dúvida, a pedra angular no sistema de direitos fundamentais alemão.

3.3 CASO PARADIGMÁTICO – PENA DE PRISÃO PERPÉTUA.¹⁶

Após termos apresentado um panorama da compreensão da dignidade humana do Direito Constitucional alemão, e logo após, verificarmos de modo geral, os diversos âmbitos de aplicação do conceito nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, deter-nos-emos mais aplicadamente à dignidade humana no âmbito da prisão perpétua.

Uma vez que nosso intuito primeiro é verificar a aplicação da dignidade humana ante dois modelos antagônicos quais sejam o alemão e o norte-americano,

¹⁶ Bverfge 45, 187 (1977) (Lebenslange Freiheitsstrafe).

entendemos por apresentar um tema – cumprimento de pena - que é relevante em ambos países. Desta forma, poderá nos ser facilitada a visualização das diferentes compreensões que são desenvolvidas acerca do tema da dignidade humana.

Na Alemanha, a maior pena prevista no seu ordenamento é a prisão perpétua, aplicada aos crimes de maior gravidade, praticados de forma qualificada. À primeira vista, a pena de prisão perpétua deveria ser cumprida por todo o restante de vida do condenado, mas não é o que ocorre, haja vista a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Após decisão que ocorreu no caso 45/187, o Tribunal previu que, a partir de então, ocorresse a revisão da pena após 15 anos de cumprimento.

O tema da prisão perpétua foi enfrentado em 1977, tendo a dignidade humana desempenhado papel fundamental no desfecho do processo. No livro “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal” o caso é resumido nos seguintes termos:

Trata-se do controle concreto de constitucionalidade do tipo penal homicídio qualificado do § 211 StGB. O Tribunal Estadual de Verden, que apresentou a questão ao TCF, considerava o § 211 StGB inconstitucional, porque previa unicamente a pena de prisão perpétua (Lebenslange Freiheitsstrafe) sem abrir ao juízo ou tribunal que o aplica a possibilidade de penalizar de acordo com a culpa concreta verificada em cada caso. Segundo o tribunal estadual, a prisão perpétua violaria o conteúdo essencial da garantia da liberdade e, por consequência, a dignidade humana do condenado.

O TCF considerou o § 211 StGB constitucional e com isso também a execução da pena de prisão perpétua, mas com uma importante ressalva: deveria restar ainda uma possibilidade legal do condenado alcançar o estado de liberdade por meio de uma suspensão da execução do resto da pena. Essa “chance” de se alcançar a liberdade foi regulamentada pelo novo § 57^a StGB. (SCHWABE, 2005, p. 182).

Neste processo, a primeira questão a ser decidida pelo Tribunal Constitucional foi a constitucionalidade da prisão perpétua, todavia foi no contexto da necessidade de uma chance para o preso voltar à liberdade, que foi crucial a argumentação da dignidade humana. A prisão perpétua em si foi considerada constitucional, mas a forma como era praticada foi modificada.

Quando do tempo em que foi levado a julgamento o referido processo, a única esperança que se apresentava ao preso para retornar à liberdade era por meio do indulto. Isto foi considerado insuficiente pelo Tribunal. Nada obstante, uma grande quantidade de pessoas pudesse ser atendida pela prática, tais regras não estavam

sujeitas a revisão judicial. Considerou-se que não se poderia reconhecer a defesa da liberdade e da dignidade humana com essas regras de carência. Faltava prestação de contas e não havia proteção jurídica suficiente.¹⁷

Nesta linha, outra questão posta em análise foi que a prisão perpétua, nos moldes em que era posta, com a prática de indulto, levaria a danos físicos e psicológicos irreversíveis à dignidade humana. Foram ouvidas diversas opiniões, dentre as quais alguns especialistas e autoridades os quais concordaram com o modelo existente. O primeiro ministro da Baviera afirmou que não havia demonstração de que a prisão perpétua necessariamente degrade a estrutura psicológica do preso. E, com as devidas condições, as prisões modernas ofereceriam oportunidade de exercitar o comportamento social.¹⁸ Por outro lado, o cientista Peter-Alexis Albrecht, em um estudo inédito à época, concluiu que “longos períodos de detenção não são necessários nem úteis. Causam impacto meramente destrutivo sobre a adequação da vida social.”¹⁹

Fato é que, mesmo dentre as opiniões técnicas houve grande discordância quanto ao real efeito causado ao preso. O professor Dr. Bresser coloca como possível motivo para conclusões tão divergentes nos estudos, a influência das diferentes condições existentes em cada prisão. O Tribunal entendeu que, segundo o atual estágio do conhecimento científico, não se poderia constatar que a execução da pena de prisão perpétua, nos moldes em que estava prevista, levasse “necessariamente a danos físicos e irreparáveis que violem a dignidade humana”. (SCHWABE, 2005, p. 183).

A questão, no entanto, crucial a fim de que se firmasse novo entendimento quanto ao cumprimento da prisão perpétua, foi a manutenção de uma chance. Em conformidade com a dignidade humana, entendeu o Tribunal Constitucional Federal que esta seria ferida caso fosse retirada qualquer esperança de o preso retornar ao convívio social. Para tanto, a decisão aprofundou-se nos elementos basilares da dignidade humana. Afirmou que esta funda-se no conceito do homem com uma

¹⁷ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Controle de Constitucionalidade n. 45/ 187. 1977, par. 44.

¹⁸ *Ibid*, par. 59

¹⁹ *Ibid*, par. 163

natureza moral e espiritual que é aplicada a ele na liberdade para determinar a si mesmo e se desenvolver. (SCHWABE, 2005, p. 143). Sem deixar de considerar que essa liberdade existe dentro do contexto social, e é razoável que esteja limitada, mantém-se, no entanto, a autonomia da pessoa. É o reforço do valor intrínseco inerente a cada um e o reconhecimento do outro tendo o mesmo valor.

O art. 1º, I, da Constituição alemã determina ao Estado deveres a fim de que se concretize a dignidade. A máxima kantiana se impõe ao ente estatal no sentido que o ofensor não deva ser um mero objeto de luta contra o crime. A decisão, neste ponto, alia o princípio da justiça social com a dignidade, particularmente, em relação à prisão. O Estado deve cumprir seu dever mantendo a subsistência do indivíduo, o que consiste primordialmente em promover uma existência digna. A manutenção da esperança surge como a maior expressão da dignidade ao infrator. Seria mesmo incoerente o estado forçar o indivíduo a despir-se de sua liberdade sem que nunca mais pudesse readquiri-la.²⁰

Mesmo, pois, frente ao direito da comunidade política de proteger-se com a aplicação da restrição da liberdade, não dá isso ensejo à desconsideração da dignidade. Deve preservar-se, nestes casos, a devida proporcionalidade na aplicação. Interessante considerar que sendo a reabilitação função essencial da pena, defende-se, inclusive, que a reabilitação para o infrator é um direito seu, a fim de que se cumpra a dignidade humana (art.1, I). Da mesma forma o seu corolário, o livre desenvolvimento da personalidade (art. 2, I) também é alcançado.

A proporcionalidade é um dos motivos que justificam a sustentação da prisão perpétua na Alemanha. Tal punição aplica-se somente aos crimes de maior relevância. E ainda, na questão do indulto, a proporcionalidade justapõe-se à dignidade, precisamente no entendimento de que esse não é suficiente na concretização dessa dignidade. Ou seja, a proporcionalidade cuida de um limite mínimo de aplicação da pena devida às agressões de maiores consequências. De outro lado, mantém um limite máximo na aplicação desta pena, ao não deixar o preso sem qualquer esperança no seu retorno ao seio da sociedade.

²⁰ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Controle de Constitucionalidade n. 45/ 187. 1977, par. 144.

Cumpra analisar os diferentes entendimentos quanto à imutabilidade da dignidade: ela é estanque no tempo ou atualiza-se consoante as mudanças históricas? Neste sentido, o Tribunal Constitucional deixou firmado na decisão em comento que a dignidade em si é indisponível, e a compreensão do que dela intenta proteger modifica-se juntamente com o desenvolvimento histórico. Em uma ideia de que seu núcleo essencial de proteção a valores maiores é inerente a sua natureza. No entanto, os valores a que se destina a dignidade a proteger evoluem. No aspecto criminal, claramente os castigos cruéis foram substituídos por penas mais brandas. E o julgamento que se faz hoje somente pode basear-se no conhecimento que se tem atualmente. Nem pretende, pois, ser atemporal. (SCHWABE, 2005, p. 145). Com isso, podemos perceber até mesmo a importância de não definir a dignidade de maneira a engessá-la frente às atualizações dos valores sociais. Com o desenvolvimento social, também os valores protegidos pela dignidade sofrem alterações, e sua vagueza em algum sentido deixa espaço para que se defendam novos direitos. Todavia, a necessidade, pois, de fixação de parâmetros mínimos para a aplicação da dignidade parece persistir.

De toda a análise, só há constatar a função primordial da dignidade humana frente a uma das questões mais relevantes para o sistema penal e constitucional alemão. Sua utilização como argumento fundamental para o relaxamento na forma de cumprimento da pena maior denota que seu valor no direito alemão não é somente de um parâmetro abstrato a nortear as decisões, mas reside na sua relevância prática na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

4 A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

4.1 A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

Nos Estados Unidos, a dignidade aparece de maneira diversa do que encontramos na Europa, mormente na Alemanha. A primeira, e mais perceptível diferença é a sua positivação. A Constituição norte-americana não faz referência expressamente à dignidade humana.²¹ (BARROSO, 2014, p. 41). A citação, no entanto, de outros conceitos cognatos, faz com que a Suprema Corte tenha desenvolvido essa ideia em sua jurisprudência.

A primeira referência à expressão “dignidade humana” ocorreu em 1946, no voto dissidente do *justice* Murphy no caso *Yamashita*.²² Ou seja, vemos um conceito que existe no direito norte-americano através do desenvolvimento na jurisprudência da Suprema Corte.

Outro ponto na divergência da concepção de dignidade, em relação à Alemanha é a relevância que esse conceito goza no ordenamento jurídico dos Estados Unidos. Nada obstante, a sua aparição na jurisprudência da Suprema Corte, a dignidade humana nunca foi considerada na argumentação de seus membros, como um direito fundamental particular ou autônomo, mas sim como um valor subjacente, tanto aos direitos expressos quanto aos não enumerados.²³ Começamos a ver que

²¹ O autor refere que o termo “Human” tem referências na Constituição norte-americana como “persons”, “citizens”, “residents”, “accused,” “subjects [of foreign states),” and “the people” - mas não no sentido de “human”. O termo “dignity” não aparece.

²² *In* Barroso: “*Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946). Aparentemente, esta foi a primeira vez que a expressão dignidade humana apareceu, como tal, no repertório de jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. O caso envolveu o julgamento e a condenação à morte de um general japonês por falhar em impedir que crimes de guerra fossem cometidos pelas tropas sob seu comando. O Justice Murphy escreveu em seu voto vencido: ‘Se nós vamos desenvolver uma comunidade internacional ordeira, baseada no reconhecimento da dignidade humana, é da maior importância que a punição necessária para aqueles culpados de atrocidades seja tão livre quanto possível do repugnante estigma da vingança e do rancor’ (Murphy, J., divergindo, p. 29)”.

²³ *Ibid*, p. 42.

sua função é, frequentemente, a de reforçar argumentações como um parâmetro relevante de valores a serem buscados.

O uso da dignidade humana na jurisprudência da Suprema Corte não é constante. Nada obstante esteja presente, de maneira implícita, em casos conhecidos, no sistema americano de decisões, ela é pouco citada explicitamente. Suas aparições ocorrem principalmente, em votos dissidentes. Neste sentido, os *justices* Brennan e Marshall foram figuras representativas e considerados progressistas em reformas que trariam o sistema legal a estar mais próximo a versão europeia de “Estado Social” (BOGNETTI, 2003, cap. IV). A luta constante desses magistrados refletiu-se em alguns ganhos no campo dos direitos fundamentais norte-americanos.

Semelhante ao que ocorre em outros países, nos Estados Unidos os contornos da dignidade não são bem definidos. E ainda que sua aparição não seja fundamental nas decisões, o conceito foi relevante em algumas áreas. O uso da expressão tem sido ambíguo, plurivalente e, às vezes, meramente retórico, isso, todavia, não impede que a dignidade tenha exercido uma função decisiva para a solução de casos, “mesmo quando não é expressamente mencionada” (BARROSO, 2014, p. 55). No debate da liberdade de expressão e defesa da reputação, por exemplo, seu uso na defesa do discurso é considerado por alguns, inclusive um “contraponto positivo às visões europeias sobre o assunto”.²⁴

A soberana noção de liberdade prevalece no sistema de valores norte-americanos, e influi na forma como a dignidade permite a concretização de direitos sociais. Essa dignidade humana não foi capaz de superar a visão constitucional tradicional norte-americana. A sua Carta Magna confere apenas direitos “negativos” e não “positivos” aos cidadãos.²⁵

Diferentemente do que vemos na Alemanha, não há a compreensão de que caiba ao estado prover condições para o livre desenvolvimento do cidadão. O ente estatal limita-se a comportar-se de maneira a não interferir nesse desenvolvimento. Isto “impede que indivíduos sejam vistos como titulares de direitos sociais e econômicos”. (BARROSO, 2014, p. 52). Consequentemente, os avanços da Suprema

²⁴ BARROSO, *loc. cit.*

²⁵ *Ibid*, p. 51.

Corte estão limitados a prestações negativas. O caso *Goldber vs Kelly*²⁶ nos dá a dimensão do entendimento da Corte. Sendo considerado pelo *justice* Brennan como “talvez a realização mais orgulhosa de todo o seu período na Corte”, ao formar maioria para decidir que os beneficiários da assistência social não poderiam ter os seus benefícios “revogados sem um contraditório justo”. (BARROSO, 2014, p. 52). A decisão é um avanço na jurisprudência, a qual não dá passos maiores para a realização de prestações positivas.

O modelo de intervenção estatal é crucial para entender a forma como é vista a dignidade nos Estados Unidos, inclusive sua justificação filosófica. No período pós-segunda guerra, foi assumido pelo país o típico modelo neoliberalista. A interpretação da Constituição pela Suprema Corte é no sentido de limitar-se a proteger o ataque a direitos individuais por parte do estado. (BOGNETTI, 2003, cap. I). Neste modelo, logicamente, o papel desempenhado pela dignidade humana deve ser bastante limitado nos escritos de juristas e no desenvolvimento do direito, especialmente no Direito Constitucional.

Assim, juristas americanos tiveram também uma base de justificação filosófica um tanto diversa daqueles estados nacionais em que a dignidade humana expandiu-se. Immanuel Kant e Tomás de Aquino não foram as fundamentações para uma reinterpretação do *Bill of Rights*. Foi suficiente para eles lerem John Locke, Stuart Mill e os Pais Fundadores com “novos olhos” e contar com uma concepção intransigente de democracia como um governo por iguais, como a melhor tradição sugerida ao país. (BOGNETTI, 2003, cap. IV).

Aliado a questões históricas, políticas e sociais, o desenvolvimento do conceito de dignidade humana, no direito norte-americano, também diverge do direito alemão. Seu crescimento se deu em diferentes circunstâncias. Até o século XIX, estava relacionado ao *status* social diferenciado. Foi com Thomas Paine que houve uma mudança nesta noção. Ele firmou a ideia de “dignidade natural do homem” sendo não apenas como um *status* de alguns. (MCALLISTER, 2003, p. 501).

“Além disso, Alexander Hamilton e Thomas Jefferson acrescentaram que essa dignidade era extensível a todos os homens. Na declaração americana de

²⁶ 397 U.S. 254 (1970) *apud* BARROSO.

Independência aspirou-se criar uma sociedade onde todos homens fossem iguais”. (MCALLISTER, 2003, p. 501). Na prática isso não foi adotado completamente. As minorias sociais não tiveram o mesmo reconhecimento de dignidade humana, tal qual os homens brancos e proprietário de terras.

De certa forma, desde os primeiros lampejos na América, a dignidade foi suplantada pela superioridade daqueles detinham o direito de propriedade. Ainda que no seu surgimento tenha havido o aprimoramento na concepção de dignidade, esta, na prática, não se sustentou na sociedade.

No âmbito da jurisprudência, as referências da Suprema Corte à dignidade remontam à década de 1940 e seu uso, em alguma medida vem crescendo, o que ainda não representa maior relevância no conjunto de decisões. Um passo importante no seu reconhecimento se deu com a ratificação da décima quarta emenda, em 1868, logo após a Guerra Civil, com a expressão “igual proteção do direito”. Na oportunidade, o termo utilizado foi “igualdade”, mas poderia ter sido utilizado o termo “dignidade humana” a todos os cidadãos norte-americanos. No contexto se pretendia o tratamento de igualdade a todos ex-escravos.²⁷ Ocorre que, com essa ausência da citação explícita, o conceito perdeu força legal, a qual hoje é muito limitada.

De qualquer sorte, nos últimos anos, há uma tendência das cortes americanas ao emprego da ideia de dignidade humana em casos envolvendo direitos fundamentais. Destaca-se no contexto de discussões acerca do “direito à privacidade e à igualdade, à proibição de buscas e apreensões inconstitucionais e de penas cruéis e incomuns, além do ‘direito de morrer’”. (BARROSO, 2014, p. 10). Roberto Barroso elenca as oito categorias identificadas por Maxine Goodman, de casos os quais a Suprema Corte tem associado a dignidade com exigências constitucionais específicas. São elas:

1. A defesa da liberdade pela Décima Quarta Emenda, e o correspondente direito à privacidade quanto ao casamento, contracepção, atos íntimos e procriação;

2. A igualdade perante a lei prevista na Décima Quarta Emenda no que se refere ao igual acesso à educação e a locais de acesso público;

²⁷ *Ibid*, p. 502.

3. A proibição pela Quinta Emenda da produção obrigatória de provas por uma pessoa contra ela mesma;
4. A proteção da Quarta Emenda contra buscas e apreensões arbitrárias;
5. A proteção da Quinta Emenda contra penas cruéis e incomuns;
6. A prerrogativa individual, decorrente da cláusula da igual proteção ou do devido processo legal, previstas na Décima Quarta Emenda, de escolher como e quando morrer, nos casos em que a morte é iminente;
7. O direito, decorrente da cláusula da igual proteção ou do devido processo legal, previstas na Décima Quarta Emenda, de receber assistência econômica do governo;
8. A defesa da liberdade de expressão e de discurso pela Primeira Emenda e o direito contraposto de um indivíduo proteger sua imagem pública. (BARROSO, 2014, p. 43).

Destes pontos, com o propósito de fazer um apanhado geral sobre o entendimento da Suprema Corte acerca da dignidade, ressaltaremos algumas questões.

A amplitude do conceito de dignidade é o que permite que haja tantas significações, mas é no contexto do direito à privacidade, decorrente da proteção da liberdade pela Décima Quarta Emenda, que a dignidade humana provavelmente tem exercido uma “função de maior destaque na jurisprudência da Suprema Corte”.²⁸ A dignidade já havia sido citada explicitamente no caso que tratou sobre o aborto: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*²⁹. Ela aparece nos votos dos *justices* O’Connor, Kennedy e Souter³⁰; no voto separado do *justice* Stevens³¹ e

²⁸ *Ibid*, p. 43.

²⁹ 505 U.S. 851 (1992) *apud* BARROSO.

³⁰ “Essas questões, envolvendo as escolhas mais íntimas e pessoais que a pessoa pode tomar durante a sua vida, escolhas centrais para a dignidade pessoal e para a autonomia, são centrais também para a liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda. No coração da liberdade está o direito de cada pessoa definir seu próprio conceito de existência, de sentido, do universo, e do mistério da vida humana. Crenças sobre essas questões não poderiam definir os atributos da personalidade caso fossem constituídas sob coerção do Estado” *apud* BARROSO.

³¹ 505 U.S. 916 (1992). (Stevens J., concordando em parte e divergindo em parte): “A autorização para tomar decisões tão traumáticas, ainda que imprescindíveis, é um elemento da dignidade humana básica. Como o voto conjunto tão eloquentemente demonstra, a decisão de uma

ainda, na dissidência do *justice* Scalia³². No entanto, foi no caso *Lawrence vs Texas*³³ que a dignidade teve seu papel de maior relevo em um caso julgado pela Corte o qual tratou do direito à intimidade sexual para casais homoafetivos. No voto do *justice* Kennedy a dignidade aparece com três acepções diversas: como vida, como liberdade e como igualdade. (BARROSO, 2014, p. 44). Há considerar, no entanto, que é a relação da dignidade no seu sentido de liberdade que parece ser mais bem recebido pela Suprema Corte.

No âmbito do direito à igualdade, a dignidade aparece principalmente no contexto da discriminação racial. Em uma das mais importantes decisões da história da Suprema Corte, ela não apareceu de forma expressa, mas é consenso que esteve subjacente à decisão unânime que proibiu a segregação nas escolas públicas. (BARROSO, 2014, p. 45). No caso, *Brown v. Board of Education*³⁴, o *justice* Warren declarou que “a política de separação de raças é normalmente interpretada como denotativa da inferioridade dos negros”.³⁵ Entendimento que mais tarde foi confirmado em *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*³⁶, referente à discriminação no acesso a acomodações de hotel, onde foi dito que “classificações baseadas na raça ‘aviltam a dignidade e o valor da pessoa’”.³⁷

O destaque que se faz para o uso da dignidade no contexto do direito à não incriminação, previsto na quinta emenda, é a sua utilização por ambos os lados. No caso *Miranda v. Arizona*³⁸, a Suprema Corte decidiu que os suspeitos em investigações criminais devem ser informados dos seus direitos de consultar um

mulher interromper sua gravidez não é nada menos do que uma questão de consciência” *apud* BARROSO.

³² O Justice Scalia cita diversos casos nos quais a palavra dignidade foi mencionada pelos seus colegas, ao lado de outras (como autonomia e integridade corporal), para concluir que “o melhor que a Corte pode fazer para explicar como a palavra ‘liberdade’ deve ser interpretada para incluir o direito de destruir fetos humanos é brandir uma coleção de adjetivos que simplesmente ornamentam um juízo de valor e camuflam um julgamento político” *apud* BARROSO.

³³ 539 U.S. 558 (2003) *apud* BARROSO.

³⁴ 347 U.S. 483 (1954) *apud* BARROSO.

³⁵ *Ibid*, p. 46.

³⁶ 379 U.S. 241 (1964) *apud* BARROSO.

³⁷ BARROSO, loc. cit.

³⁸ 384 U.S. 436 (1966) *apud* BARROSO.

advogado, permanecer em silêncio e não produzir provas contra si mesmos. (BARROSO, 2014, p. 46). Em decisão da maioria, foi dito que o ambiente do interrogatório, mesmo sem intimidação física, é “destrutivo da dignidade humana”. E ainda, que o governo deve ter respeito para com a dignidade e integridade de seus cidadãos.

De outro lado, a dissidência afirmou que “a dignidade deveria ser um argumento para promover os interesses das vítimas e da sociedade”.³⁹ Evidente aqui, pois, importante ponto levantado pelos críticos do uso da dignidade humana: a sua imprecisão. E a consequência dessa imprecisão é exatamente a possibilidade de dignidade moldar-se a argumentos diametralmente opostos.

Da mesma maneira, na disputa entre proteção do discurso, prevista na Primeira Emenda, e preservação da reputação, a dignidade é levantada em ambos os argumentos. A Corte já reconheceu que a liberdade de expressão está intimamente relacionada à dignidade humana.⁴⁰

De outra forma, a existência desta dignidade é reconhecida como a base para proteção da reputação de um indivíduo. E nesta disputa, a Suprema Corte norte-americana tende a defesa da liberdade de expressão, como se vê no caso *Paul v. Davis*⁴¹. A decisão da Corte foi no sentido de considerar que a distribuição de um folheto que publicava a fotografia e o nome do recorrente identificando-o como um “verdadeiro ladrão” não o privava de qualquer direito constitucional.⁴² Entendeu-se

³⁹ 384 U.S. 537, 539, 540, 542 (1966). (Harlan, J., acompanhado por Stewart, J. e White, J., divergindo): “Mais do que a dignidade humana do acusado está envolvida; a personalidade humana de outros na sociedade também deve ser preservada. Assim, os valores refletidos pela proteção não são o único objetivo; o interesse da sociedade na segurança geral possui o mesmo peso *apud* BARROSO.

⁴⁰ *V. Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375-77 (1927) (Brandeis, J., concordando) (“Aqueles que conquistaram a nossa independência acreditavam que a finalidade principal do Estado era tornar os homens livres para desenvolverem suas faculdades (...) Eles valorizavam a liberdade tanto como um fim, tanto como um meio”). Embora a palavra “dignidade” não tenha sido mencionada, ela está claramente implícita. Ela foi expressamente mencionada, contudo, em *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 24 (1971) (“O direito constitucional da liberdade de expressão é um poderoso remédio em uma sociedade tão populosa e diversificada como a nossa. Ele (...) vai produzir uma cidadania mais capaz e um governo mais perfeito e (...) nenhuma outra abordagem seria mais compatível com a premissa da dignidade e escolha individuais sobre a qual o nosso sistema político repousa”). Neste último caso, a Suprema Corte reverteu a condenação do recorrente por vestir uma jaqueta com as palavras “Fuck the Draft” num corredor de uma corte de Los Angeles. *Apud* BARROSO.

⁴¹ 424 U.S. 693 (1976) *apud* BARROSO.

⁴² *Ibidem*, p. 54.

que a reputação, analisada de maneira isolada, não é um interesse constitucionalmente protegido. E aqui, ponto importante na divergência de entendimento da dignidade em relação ao Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual, como visto no segundo capítulo, coloca-se em preferência à valorização da dignidade como reputação.

Nesse modelo norte-americano de concepção da dignidade humana, vemos uma jurisprudência que procura elevar seu maior valor: a liberdade. Isto se reflete em um Estado que reconhece a dignidade humana como um importante preceito, mas não ao ponto de promover mudanças radicais na jurisprudência e na promoção de direitos. Nas palavras de Giovanni Bogneri “Uma certa robustez do modelo norte-americano pode ser o reflexo inevitável de sua força, confiança geral na iniciativa individual, o qual quer mover-se em espaços abertos”. (BOGNETTI, 2003, cap. V). Ou seja, uma vez que a concepção de dignidade passará pelo modelo de estado que se apresenta, esta forma liberal norte-americana, a qual diminui a força normativa da dignidade talvez seja mesmo um dos motivos que favorece o poder daquele Estado.

A liberdade quanto a fala e a imprensa, e menos serviços sociais administrados pelo Estado podem significar maior eficiência e menos burocracia. Então, mesmo que os defensores da dignidade humana se postem contrários ao comportamento da Suprema Corte no que tange ao conceito, ao menos cumpre que se faça uma análise prudente, contextualizando essa dignidade frente aos valores maiores daquele país.

4.2 CASO PARADIGMÁTICO – PENA DE MORTE – CASO *FURMAN V. GEORGIA*⁴³

Apresentado o panorama geral de como a dignidade humana está presente no direito americano, em especial, na jurisprudência da Suprema Corte, fazemos um recorte no tema. Nosso intuito é nos determos à ideia de dignidade frente à aplicação das penas. Conforme já analisamos o caso paradigmático alemão, quanto à aplicação da sua pena máxima – a prisão perpétua -, aqui nos deteremos também na pena máxima do direito norte-americano, que vem a ser a pena de morte. Todavia, antes

⁴³ 408 U.S. 238 (1972).

de apresentarmos o caso *Furman v. Georgia* verificaremos o contexto em que se relacionam a dignidade e o cumprimento de penas.

No que tange ao tema da aplicação de penas, no direito norte-americano, a dignidade humana aparece fortemente relacionada à oitava emenda. No caso *Greg v. Georgia*⁴⁴ o *justice* Stevens afirmou que a pena de morte “se harmoniza com o conceito básico de dignidade humana que está na essência da Oitava Emenda”. Tal afirmação foi repetida em diversos outros casos.

Bem assim, o *justice* Warren declarou, em *Trop v. Dulles*⁴⁵ que o conceito basicamente subjacente à Oitava Emenda é nada menos que a dignidade humana. Nestes casos, a Corte proclamou, repetidamente, que a dignidade está subjacente à proibição de castigo não usual. (GOODMAN, 2005, p. 773). E disto, percebemos que a oitava emenda é a expressão pela qual irá manifestar-se a dignidade humana neste âmbito de execuções penais.

Quanto aos limites da execução, a dignidade foi essencial a fim de que a pena de morte não fosse utilizada contra incapazes. No caso *Atkins v. Virginia*⁴⁶ a Corte julgou se a execução de um réu com deficiência mental violava a proibição da oitava emenda. A decisão é descrita por Maxine Goodman:

O *justice* Stevens, escrevendo para a Corte, lembrou a linguagem *chef justice* Warren em *Trop v. Dulles*, ao descrever os ditames da Oitava Emenda: "O conceito básico subjacente à Oitava Emenda é nada menos que a dignidade do homem ... Deve-se extrair da Emenda o significado das normas evolutivas de decência que marcam o progresso de uma sociedade que amadurece ". O Tribunal decidiu que a execução de um réu com deficiência mental viola a Proibição em virtude das normas de decência existentes. (GOODMAN, 2005, p. 742).

Na mesma linha, em 2005, no caso *Roper v. Simmons*⁴⁷, a Suprema Corte julgou se um jovem de dezessete anos que cometeu crime capital deveria sofrer a pena de morte. O *justice* Kennedy afirmou que a oitava emenda deveria ser aplicada em casos de pena de morte “com maior força”. E “protege mesmo aqueles

⁴⁴ 428 U.S. 153 (1976) *apud* BARROSO.

⁴⁵ 356 U.S. 86 (1958) *apud* BARROSO.

⁴⁶ 536 U.S. 304 (2002) *apud* BARROSO.

⁴⁷ 543 U.S. 551 (2005) *apud* BARROSO.

condenados por crimes hediondos”. O Tribunal analisou a constitucionalidade dessas execuções à luz de padrões evolutivos de decência, descrevendo "indícios objetivos" do consenso de que os infratores juvenis são menos culpados do que seus homólogos adultos. Com base nesse consenso, “a Corte concluiu que a pena de morte é uma punição desproporcional para os infratores juvenis”. (GOODMAN, 2005, p. 742).

Muito embora as considerações do *justice* Kennedy, no âmbito da aplicação da pena, de modo geral, a dignidade é relegada frente a outros valores. Nesta área, os *justices* Brennan e Marshall têm, sem sucesso, tentado acabar com a pena de morte. São opiniões que não encontram força o bastante para superar o modelo consolidado em que está inserida a pena capital.

Especificamente, quanto ao caso *Furman v. Georgia*, a questão primordial estava nos seguintes termos: “se a imposição e execução da pena de morte constitui punição cruel e incomum nos termos da oitava e décima quarta emenda?”⁴⁸ Nesse contexto, importante frisar que a oitava emenda está relacionada a consideração de uma possível imposição de pena incomum ou cruel. A décima quarta emenda é citada no que toca à aplicação da pena de maneira desigual, haja vista a situação específica dos réus. Bem assim, questionou-se as leis que regulavam a aplicação da pena de morte, no que tange a possibilidade de imposição arbitrária.

Em *Furman v. Georgia* juntaram-se os casos *Jackson v. Georgia* e *Filial v. Texas*. *Furman* foi condenado por assassinato, enquanto os outros dois réus foram condenados por estupro. Todos foram condenados à morte pelos respectivos tribunais de competência originária.

Alguns fatos destacam-se no caso: todos os três recorrentes eram negros; as vítimas de *Jackson* e *Filial* eram brancas e *Furman* e *Filial* foram rotulados com problemas mentais ou limítrofe de problemas mentais. A opinião da Corte, obtida por 5 a 4, foi no sentido de que a pena de morte, da maneira como aplicada em alguns estados — sem cuidado necessário, com os júris utilizando critérios incoerentes e, como observado em um voto do *justice* Douglas acompanhando a maioria, com

⁴⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Controle de Constitucionalidade n. 408 U.S. 238. 1972.

impacto desproporcional sobre minorias —, era inconstitucional. (BARROSO, 2014, p. 49).

No julgamento, todos os nove *justices* redigiram votos em separado, seja para concordar ou divergir. Durante o julgamento, ocorreu o único período em que as penas de morte foram suspensas nos Estados Unidos. Passemos, pois, a analisar os pontos principais dos votos proferidos.

Em seu voto, o *justice* Douglas preocupou-se em destacar que a oitava emenda cuida da defesa da ocorrência de punições severas aplicadas de maneira “arbitrária e discriminatória”. Disse ele:

(...)há evidências de que a imposição da pena de morte e do exercício da distribuição de energia pelos tribunais, e pelo executivo seguem padrões discriminatórios. A pena de morte é desproporcionalmente imposta, e realizada no pobre, o negro, e os membros de grupos impopulares.⁴⁹

Um estudo de casos de pena capital no Texas 1924-1968 chegou às seguintes conclusões: Aplicação da pena de morte é desigual: a maioria dos executados eram pobres, jovens e ignorantes.⁵⁰

Ainda, considerou que as leis que até então eram aplicadas, propiciavam uma decisão arbitrária para a imposição da pena de morte, o que poderia ocasionar escolhas baseadas em preconceitos. Declarou que “os estatutos discricionários são inconstitucionais”. Possibilitam a discriminação, que não é compatível com a ideia de igual proteção que está implícita na proibição de castigos “cruéis e iníquos”.⁵¹

Como expomos, a dignidade, neste tema, acaba por expressar-se pela oitava emenda da Constituição norte-americana. E, neste ponto, o *justice* Brennan, considerou que “a cláusula de punições cruéis e iníquos, como outras grandes cláusulas da Constituição, não é suscetível de definição precisa”. Há uma demonstração de que ocorre com a referida cláusula o mesmo problema que afeta o conceito de dignidade humana – a imprecisão.

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Controle de Constitucionalidade n. 408 U.S. 238. 1972, p. 249.

⁵⁰ *Ibid*, p. 250.

⁵¹ *Ibid*, p. 256.

Como contribuição, em seu voto, o *justice* coloca quatro princípios os quais constituiriam parâmetros para identificar as penas cruéis ou incomuns. (i) a pena não deve ser tão grave de forma a degradar a dignidade do ser humano; (ii) o Estado não deve impor arbitrariamente uma pena severa; (iii) A rejeição pela sociedade é um indício de que a pena não está de acordo com a dignidade humana; (iv) uma pena é excessiva se ultrapassa o limite do necessário. Conclui Brennan, em aplicando os princípios que identificou, a sua opinião sobre a pena ser condizente com a dignidade humana:

Em suma, a pena de morte é inconsistente com todos os quatro princípios: a morte é uma punição involuntariamente grave e degradantes; há uma forte probabilidade de que ela é infligida de forma arbitrária; sua rejeição pela sociedade contemporânea é praticamente total; e não há nenhuma razão para acreditar que ele serve qualquer propósito penal mais eficaz do que a punição menos severa de prisão. A função destes princípios é permitir que um tribunal determine se uma punição é adequada com a dignidade humana. Morte, pura e simplesmente, não.⁵²

Em uma das poucas manifestações explicitamente opostas à pena de morte, o magistrado, destacou a dignidade humana para julgar a punição como inconstitucional. Sua posição, seguida pelo *justice* Marshall fora criticada nos votos dissidentes.

O *justice* Stevens não se fixa na questão da discriminação racial, a qual destaca que não foi provada. De outra forma, ressalta que é, ao menos, possível concluir que, haja vista a oitava e décima quarta emenda, estas não permitem que a pena de morte seja a pena única “desenfreada e assustadoramente imposta”. Aqui aparece a questão da dignidade para o fim de individualização da pena. Isto pois, impunha-se a pena de morte que, por sua natureza, não leva em consideração níveis diversos de culpabilidade e individualização do réu, como um ser humano único. Nesta mesma linha, seguiu o *justice* White.

Alinhado com os argumentos de Brennan, o *justice* Marshall acreditava que a pena de morte não era válida em todos os casos. Em seu voto, examinou as origens históricas da oitava emenda. Desenvolveu uma tese com quatro vertentes na qual quaisquer dos motivos constituiria uma “punição cruel e incomum”: (i) experimentação

⁵² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Controle de Constitucionalidade n. 408 U.S. 238. 1972, p. 305.

de grande dor física; (ii) punições desumanas não usuais previamente desconhecidas; (iii) penas excessivas que não servem aos propósitos legislativos (entre os propósitos legislativos: punição, dissuasão e prevenção de atos criminosos); (iv) sentimento da população quanto a serem as penas consideradas cruéis e incomuns. Tendo em conta tais princípios, concluiu que a pena de morte se enquadra em todos. Como tal, ela é por si, inconstitucional.

Dirigindo a dissidência, o chefe *justice* Burger fixou-se na questão formal para defender a constitucionalidade. Tratou de argumentar que, com a referida decisão, o tribunal estava legislando. Tirando, com isso, o poder democrático do qual é investido o Congresso e o tribunal do júri. Ainda, lembrou a cláusula do devido processo legal, e que somente por meio desta um sujeito pode ser “privado da vida, liberdade ou propriedade”.⁵³ Sendo respeitado o processo legal, não se estaria violando as cláusulas 8º e 14º.

Entendemos que merece destaque o voto dissidente do *justice* Blackmun, especialmente por estar votando contrário a suas convicções particulares. O magistrado inicialmente expõe sua pessoal aversão à pena capital, entendendo que ela não tem propósito útil que possa ser demonstrado:

Se eu fosse um legislador, eu votaria contra a pena de morte por razões políticas argumentado pelos assessores para os respectivos petionários e expressas e adotadas nas várias opiniões apresentadas pelos juizes que votam para reverter esse julgamento.⁵⁴

Em uma clara demonstração de contrariedade pessoal, o magistrado ainda ressalta que é oriundo de um Estado em que a pena de morte foi abolida há longa data. No entanto, diverge da mudança de entendimento da Suprema Corte. Relembra os casos *McGautha*, *Rudolph*, *Trop* e *Francis*, os quais são recentes à época. Discorda que, desde tais decisões favoráveis à pena capital, tivessem havido movimentos significativos que justificassem a mudança.

Além disso, traz o argumento da questão democrática ao dizer que “a autoridade não deve ser tomada pelo Poder Judiciário sob a forma moderna de um

⁵³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Controle de Constitucionalidade n. 408 U.S. 238. 1972, p. 380.

⁵⁴ *Ibid*, p. 406.

problema da Oitava Emenda”.⁵⁵ É um voto divergente que demonstra o respeito às leis postas pelo Congresso e seu inerente caráter democrático. Não há uma discordância quanto à importância da dignidade humana, subjacente à Oitava Emenda, todavia há o entendimento de que tal mudança não deva ser encabeçada pelo Poder Judiciário.

O *justice* Powell, em seu voto divergente, dentre outros, utiliza-se de argumentos originalistas para verificar a constitucionalidade da pena de morte. Afirma a flexibilidade que atende às circunstâncias do conceito de “punições cruéis e incomuns”. Nada obstante, limita essas mudanças, ao entender que “o Tribunal não é livre para ler na Constituição um significado que está claramente em desacordo com sua linguagem”.⁵⁶ Expõe, como outros votos divergentes que, ainda que, alguns conceitos evoluam, o Tribunal deve limitar-se nas suas interpretações, atentando aos seus precedentes. E, nesta linha, destaca que as decisões anteriores acabaram por julgar a dignidade no modo de execução, não na própria existência da pena. Baseado no caso *Kemler*, diz que a Suprema Corte estabeleceu mesmo uma linha entre a penalidade em si e o seu modo de execução ao determinar que “as punições são cruéis quando envolvem tortura ou uma morte lenta; mas a pena de morte não é cruel, na acepção da palavra, como usado na Constituição”.⁵⁷

Fazendo menção a autocontenção, o *justice* Rehnquist defende que se deve ter “atenção rigorosa” para os limites da autoridade do Tribunal. Isto pois, segundo ele, “há um desejo natural que seduz os juízes, juntamente com outros seres humanos, em impor seus próprios pontos de vista de bondade, verdade e justiça sobre os outros”.⁵⁸

Adverte, assim, contra as novas interpretações que são feitas, principalmente da décima quarta e oitava emendas. Ampara, enfim, sua ideia no entendimento de que não há uma manifestação popular clara de inovação quanto à aceitação da pena

⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Controle de Constitucionalidade n. 408 U.S. 238. 1972, p. 410.

⁵⁶ *Ibid*, p. 420.

⁵⁷ *Ibid*, p. 423.

⁵⁸ *Ibid*, p. 467.

de morte. Entende, pois, não ser função da Suprema Corte capitanear tais mudanças, nada obstante, amparadas por valores pessoais bem-intencionados.

5 A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é conceito de destaque na jurisprudência. Muita citada, sua função decisiva nos julgados, todavia, é discutível. Nas palavras de Barroso: “como regra geral, a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico”. (BARROSO, 2014, p. 115). Daí se originam críticas quanto a real necessidade de menção constante da dignidade.

Como justificativa para essa invocação nos julgados, apenas como *obiter dictum*, podemos encontrar o caráter abrangente e detalhista de nossa constituição. Considerando mesmo, o longo de rol de direitos fundamentais, muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, “entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica”.⁵⁹

A função útil que a dignidade acaba por exercer no constitucionalismo brasileiro é no âmbito da ponderação de ideias. Sua presença está nas situações de (i) “ambiguidade de linguagem”, como parâmetro de escolha da solução que melhor realize a dignidade; (ii) de “lacuna normativa”, para integração da ordem jurídica em situações de colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais; (iii) e nas de “desacordo moral razoável”, como elemento argumentativo da construção justa.⁶⁰ Ou seja, dificilmente sua atuação se dá de maneira direta, como argumento final e decisivo.

Nada obstante, a dignidade humana é exaltada, como valor maior em nosso sistema constitucional. Chamada mesmo de “valor fonte que anima e justifica a própria

⁵⁹ *Ibid*, p. 115.

⁶⁰ *Ibid*, p. 115.

existência de um ordenamento jurídico”⁶¹ Ou ainda, que atua como “alfa e ômega” das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. (SARLET, 2006, p. 77) A ministra Carmen Lúcia é enfática quanto à importância da dignidade humana:

Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional de cada povo.⁶²

O Ministro Celso de Mello reconhece sua relevância como norma orientadora e valor maior, com a função de dar sentido ao ordenamento constitucional. No caso do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, explicita o seguinte:

(...) O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...)⁶³

No que tange à sua natureza jurídica, Ingo Sarlet ensina que o Constituinte de 1988 o guindou à condição de princípio (valor) fundamental. Neste sentido afirma ainda que não se pode admitir que se trata de uma norma fundamental, não podendo ser reconhecido que exista um direito fundamental à dignidade (SARLET, 2006, p. 37).

Como visão geral, consideramos um apanhado de decisões de relevo quanto ao tema da dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016)⁶⁴, do que se denota que é ampla a consideração dos

⁶¹ Cf. J. Martins-Costa, “As interfaces entre o Direito e a Bioética”, in J. Clotet (Org.), *Bioética*, p. 75 *apud* SARLET.

⁶² STF. DJ, 27 mai. 2010, ADI nº 3.510, Voto. Min. Carmen Lúcia.

⁶³ STF. DJ, 28 ago. 2001, RE nº 477.554 AgR, Rel. Min. Celso de Mello.

⁶⁴ Nota explicativa: O livro “A Constituição e o Supremo” divulga a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Compõe-se do texto constitucional seguido de trechos de decisões monocráticas ou de acórdãos, além de Informativos STF, os quais são elaborados com base nos julgamentos já concluídos pelo Tribunal, mas com acórdãos ainda não publicados. O critério para seleção da jurisprudência constituinte do livro é a pertinência diretamente verificada com os dispositivos constitucionais.

ministros quanto a citação da dignidade como princípio. Destaca-se o Ministro Celso de Mello, como visto, que o caracteriza como postulado.⁶⁵ Não alonga-se, no entanto, na sua justificativa para tal.

Especificamente, na seara da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a dignidade aparece com mais frequência em temas no âmbito penal e do processo penal. “Em diversos julgados está expressa ou implícita a não aceitação da instrumentalização do acusado ou do preso aos interesses do Estado na persecução penal”. (BARROSO, 2014, p. 116). Daí a existência de decisões assegurando aos que são sujeitos passivos em procedimentos criminais o direito: a) à não autoincriminação,⁶⁶ b) à presunção de inocência,⁶⁷ c) à ampla defesa,⁶⁸ d) contra o excesso de prazo em prisão preventiva,⁶⁹ e) ao livramento condicional,⁷⁰ f) às saídas temporárias do preso,⁷¹ g) à não utilização injustificada de algemas,⁷² h) à aplicação do princípio da insignificância⁷³ e i) ao cumprimento de pena em prisão domiciliar.⁷⁴

A noção kantiana do ser humano como um fim em si mesmo encontra-se subjacente à proteção do indivíduo. Inclusive, tal menção a Kant foi explícita no “acórdão em que se discutiu a competência para julgamento de crime de redução de pessoas à condição análoga à de escravo”. (BARROSO, 2014, p. 116).

A imprecisão quanto às balizas definidoras dos limites da dignidade humana se reflete nas decisões do Supremo Tribunal Federal. E tal dificuldade de definição chega

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo (recurso eletrônico)**. 5. ed. atual. até a EC 90/2015. ed. Brasília: Secretaria de documentação, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicao eosupremo/>>.

⁶⁶ STF. DJ, 16 fev. 2001, HC nº 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

⁶⁷ STF. DJ, 17 out. 2008, HC nº 93.782/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

⁶⁸ STF. DJ, 20 out. 2006, HC nº 85.327/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, DJ 2 fev. 2010, HC nº 86.000/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, DJ, 27 maio 2005, HC nº 84.768/PE, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie; STF, DJ 22, set. 2009, HC nº 89.176/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁶⁹ STF. DJ, 30 abr. 2010, HC nº 98.579/SP, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello.

⁷⁰ STF. DJ, 04 dez. 2009, HC nº 99.652/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

⁷¹ STF. DJ, 20 maio 2010, HC nº 98.067/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁷² STF. DJ, 19 dez. 2008, HC nº 91952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁷³ STF. DJ, 05 set. 2008, HC nº 90.125/RS, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau.

⁷⁴ STF. DJ, 04 jun. 2004, HC nº 83.358/SP, Rel. Min. Carlos Britto.

ao seu ápice, quando da invocação da dignidade da pessoa humana em ambos os lados do debate. Exemplo disso é a ADPF 54⁷⁵, no caso do aborto de anencéfalo. O princípio da dignidade da pessoa humana, reitera-se, foi invocado e interpretado de forma diversa pelos julgadores, quer no sentido vencedor, quer no vencido:

Em 20.10.2004, por maioria, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a preliminar de inadequação da ação proposta à luz da Lei nº 9.882/99, pelo Procurador-Geral, que veio, ao final, a ser rejeitada, defrontou-se com questão apresentada pelo Ministro Eros Grau no sentido de que “a dúvida sobre a admissibilidade da ADPF exclui a concessão da liminar.

Valendo-se do mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, utilizado na petição inicial para justificar a interrupção da gravidez, o Ministro Eros Grau afirmou a salvaguarda dos direitos do nascituro desde a concepção e a dignidade do feto, para propor a revogação da segunda parte da liminar. (PEDUZZI, 2009).

Ainda, na ADI 3510⁷⁶, ambas as posições contrárias encontraram guarida na dignidade humana. No caso, o Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles propôs a ação objetivando o reconhecimento de que o art. 5º incisos e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”. Em especial, cumpre vislumbrar os votos dos Ministros Marco Aurélio Melo e Gilmar Mendes, o primeiro negando a possibilidade de o juiz suprir lacunas legislativas e o segundo sustentando precisamente essa possibilidade. Escreve o Ministro Marco Aurélio:

(...) a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso. Essas premissas não se fazem presentes. Também é de todo impróprio o Supremo, ao julgar, fazer recomendações. (...) Em processos como este, de duas uma: ou declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo abstrato atacado. Nestes praticamente dezoito anos de Tribunal jamais presenciei, consideradas as diversas composições, a adoção desse critério, a conclusão de julgamento no sentido de recomendar esta ou aquela providência, seja para adoção pelo Poder Legislativo, seja pelo Executivo, em substituição de todo extravagante.

⁷⁵ STF. DJ, 29 abril 2013, ADPF nº 54 Rel. Min. Marco Aurélio.

⁷⁶ STF. DJ, 27 maio 2010, ADI nº 3510/ DF Rel. Min. Ayres Britto.

Em sentido oposto, o Ministro Gilmar Mendes:

“[I]mportantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais”

[...] “o Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas”

O que se denota dos votos é, principalmente o entendimento pelo Ministro Gilmar Mendes, do uso da dignidade humana poder ser um dos fundamentos suficientes para possibilitar que a Corte supra uma lacuna legislativa. Ou seja, esta observação possibilita verificar os diferentes entendimentos quanto à “eficácia concreta do princípio da dignidade da pessoa humana”. (PEDUZZI, 2009, p. 45).

Além da invocação da dignidade por argumentações opostas, casos mais insidiosos merecem consideração. A imprecisão de seu conteúdo ocasiona, por vezes, a sua banalização. Dois casos julgados em 2011 pelo STF são emblemáticos. Resume o caso Barroso:

Em ação direta de inconstitucionalidade, de relatoria do Min. Celso de Mello, discutiu-se a constitucionalidade da lei do Estado do Rio de Janeiro⁷⁷ que permite a exposição e competição entre aves combatentes, notoriamente a briga de galo. A ADIn foi julgada procedente e a lei foi declarada inconstitucional sob o fundamento de que o texto legal caracteriza prática criminosa, 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,542 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.** (grifo nosso). (2014, p. 117).

No caso, o Ministro entende por bem arguir a dignidade humana para defender o direito de animais. Ocorre, ao menos, uma imprecisão terminológica. Diz Barroso que poder-se-ia falar até mesmo em “dignidade aos animais”, mas falar em dignidade humana não seria apropriado. (2014, p. 118).

⁷⁷ Lei nº 2.895/98.

Outro caso, em que teria ocorrido certa banalização foi o RE 363.889⁷⁸. É de se ressaltar a postura do Ministro Dias Toffoli, o qual posicionou-se contra o uso que julgou, indiscriminado, da dignidade. Foi consignado nos seguintes termos:

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

Entretanto discordou de sua posição o Ministro Luiz Fux, “afirmou ser a ‘imbricação’ entre o direito fundamental à identidade genética e o “núcleo do princípio da dignidade humana” o fundamento para se acolher o pedido. (BARROSO, 2014, p. 118). Em um entendimento antagônico, o Ministro além de não considerar de menor valor o uso da dignidade humana, ainda o alçou a posição de destaque nos seus fundamentos.

Desta breve análise, mormente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal percebemos um uso frequente da dignidade humana nos julgados. Sua importância é ressaltada permanentemente, como um fundamento ou valor maior a nortear o sistema constitucional. Outrossim, sua função efetiva, como argumento final não é facilmente perceptível. Ou seja, “verifica-se que raramente a dignidade é o fundamento central do argumento e, menos ainda, tem o seu conteúdo explorado ou explicitado”.⁷⁹ Costuma ser utilizada como *obiter dictum* mas não como *ratio decidendi*.

5.2 CASO PARADIGMÁTICO - REGIME INTEGRAL DE CUMPRIMENTO DE PENA – LEI DE CRIMES HEDIONDOS⁸⁰

Na mesma linha do que já apresentamos, nas decisões de julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Suprema Corte norte-americana, verificaremos a

⁷⁸ STF. DJ, 16 dez. 2011, RE nº 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli.

⁷⁹ *Ibid*, p. 122.

⁸⁰ STF. DJ, 01 set. 2006, HC nº 82. 959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio

presença da dignidade humana frente a um caso concreto. Como apresentamos, na Alemanha, o julgamento do tema frente a sua pena máxima – a prisão perpétua; e, da mesma forma, expusemos a função da dignidade no caso da pena de morte nos Estados Unidos, aqui estudaremos a presença do conceito ante a Lei dos Crimes Hediondos⁸¹ brasileira.

Como já observamos, a dignidade humana, dentre todas suas citações nos julgados do STF, encontra-se com mais forte presença, junto a temas de processo penal. Com mais força então, a importância de analisarmos o Habeas Corpus 82.959/SP, o qual tratou da constitucionalidade do óbice à progressão de regime quando tratar-se de crimes hediondos. Uma vez que não temos previsão constitucional para pena de morte ou prisão perpétua, tal decisão ensejaria o cumprimento mais gravoso de nosso sistema penal.

No caso, em sede de Habeas Corpus, foi arguida inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que tinha o seguinte texto original:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, este inicia seu voto lembrando decisão de semelhante tema no HC 69.657-1/SP. No seu entendimento quanto à inconstitucionalidade do §1º, art. 2º da Lei, colaciona seu voto anterior:

Esta matéria conduziu – me a afetar, na forma prevista no artigo 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a arguição de conflito do §1º do artigo 2º da Lei nº 8072/90 com a Constituição Federal, considerando quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do art. 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, **sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de**

⁸¹ Lei n. 8. 072, de 25 de julho de 1990.

contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos gravoso. (grifo nosso).⁸²

Na passagem, o Ministro expõe a relevância de levar a plenário a arguição de inconstitucionalidade do artigo em voga. Nesta linha, a dignidade aparece como associado a um chamado princípio implícito da atuação do legislador visando o bem comum. E de forma especial, ressalta o relator o tema da “esperança” do apenado de passar a regime menos gravoso. Lembramos que a esperança também foi um dos fundamentos o qual o Tribunal Constitucional alemão invocou, e que estudamos no segundo capítulo deste trabalho. Na oportunidade, falava-se em esperança de retorno ao convívio social, no cumprimento de prisão perpétua. Sendo assim, retirar a esperança por completo do apenado, era desconsiderar a sua dignidade humana. Aqui, o Ministro trata da esperança mínima em progredir de regime.

Segue o relator, tratando da progressividade do regime:

A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção do rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social”.⁸³

Lembra o próprio interesse da sociedade, em não receber de volta em seu seio, um indivíduo embrutecido. Mas principalmente, ressalta a relação da progressividade do regime com o princípio da individualização da pena, quando volta a citar a dignidade da pessoa humana:

Assentar-se a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, **o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum.** A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja muito menos a sociedade que um dia mediante o livramento condicional ou, o mais provável o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir

⁸² STF. DJ, 01 set. 2006, HC nº 82. 959/SP, Voto Relator. Min. Marco Aurélio, p. 3.

⁸³ *Ibid*, p. 4.

mas para atuar como um partícipe do contrato social observados os valores mais elevados que o respaldam.⁸⁴

Após os votos iniciais, o Ministro Cesar Peluso pediu vista e, posteriormente, apresentou longo voto sobre o tema. A dignidade da pessoa humana é citada quando o Ministro trata do princípio da individualização da pena, a qual compreende o seguinte:

(a)proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); **c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).** (grifo nosso).⁸⁵

Depreende-se que a dignidade seria um parâmetro para a execução da pena. Sem maior explanação sobre a relação da dignidade com a individualização, o voto segue. O conceito ainda é citado mais duas vezes, somente a título de reforço argumentativo.⁸⁶

Finalmente, o Ministro Eros Grau faz duas menções à dignidade da pessoa humana. Primeiro, ao tratar de mudanças dos contextos sociais, as quais fazem com que a jurisprudência também se altere:

É o que atualmente se verifica. Tenho que, ao menos atualmente, a lei de 1.990 entra em testilhas com o disposto no artigo 5º, XLVI [individualização da pena], no artigo 1º, III [dignidade da pessoa humana] e no artigo 5º, XLVII, e [proibição da imposição de penas cruéis] da Constituição do Brasil.⁸⁷

⁸⁴ STF. DJ, 01 set. 2006, HC nº 82. 959/SP, Voto Relator. Min. Marco Aurélio, p. 6.

⁸⁵ STF. DJ, 01 set. 2006, HC nº 82. 959/SP, Voto Min. Cesar Peluso, p. 16.

⁸⁶ STF. DJ, 01 set. 2006, HC nº 82. 959/SP, Voto Min. Cesar Peluso - Duas menções à dignidade humana: (i) ao trabalhar a separação entre moral e direito: “Constituindo-se a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, laico, fundado **na dignidade da pessoa humana** (art. 1º, caput e inc. III) e na tolerância para com cultos, crenças, consciência e opinião (art. 5º, IV e VI), à medida que não prejudiquem direitos alheios, não pode o direito positivo assumir, ou seja, impor coativamente aos cidadãos, determinada concepção moral ou ‘de bons costumes’(...)”; (ii) ao transcrever Maria da Conceição Ferreira da Cunha: “Seria importante acentuar este aspecto: em sociedades democráticas, cujo existência reside no princípio da liberdade, ligado à exigência de **respeito pela dignidade humana** (de todo e qualquer homem, quaisquer que sejam as suas particulares convicções e modo de vida;(…) não se poderia vir defender a moral e a ideologia majoritária (...).” (grifo nosso).

⁸⁷ STF. DJ, 01 set. 2006, HC nº 82. 959/SP, Voto Min. Eros Grau, p. 3.

E, na segunda passagem, destaca-se a citação da dignidade da pessoa humana. Ainda que de maneira singela, o Ministro explica a relação da dignidade humana com a imposição de cumprimento de pena em regime integral:

No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena [art. 5º, XLVI], direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis [art. 5º, XLVII, e] e o respeito à dignidade da pessoa humana [art. 1º, III], sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais.⁸⁸

No processo em análise, o inteiro teor da decisão totalizou 218 páginas, verificando-se 16 citações à dignidade humana, quais sejam: 1 (uma) citação no sentido de quebra da esperança do apenado; (1) citação ladeando-a com a proibição de penas cruéis; 2 (duas) citações que foram meras transcrições da doutrina; (2) citações enumerando-a como princípio do Estado Democrático de Direito; (2) citações enumerando como um fundamento da República; (3) citações para explicar as razões de não termos de previsão prisão perpétua ou pena de morte (exceto em caso de guerra declarada) e, finalmente, (5) cinco citações relacionando-a com a individualização da pena.

Destacamos, em primeiro lugar a variedade de assuntos nos quais se faz referência à dignidade humana. Parece isso denotar sua generalidade. Demonstra que seu sentido é amplo ou, de outra forma, impreciso. Mais ainda, sua principal manifestação esteve junto ao princípio da individualização da pena. Ocorre que, neste caso, ela foi enumerada ao lado de tal princípio, como um complemento, ou como um princípio genérico frente ao princípio específico. Nisto, lembramos Barroso ao afirmar que a dignidade, na jurisprudência, tem se dado, em regra geral, como um reforço argumentativo.

Consideramos que o tema da limitação a progressão de regime seria um momento adequado para a invocação da dignidade humana, de forma significativa, caso esta exercesse função decisória nos julgados. Isto porque, o processo trata-se de questão no âmbito do processo penal, onde mais fortemente é verificada a

⁸⁸ STF. DJ, 01 set. 2006, HC nº 82. 959/SP, Voto Min. Eros Grau, p. 3.

presença da dignidade humana. E, com mais, sentido, relaciona-se com imposição de um regime de cumprimento de pena que seria o mais gravoso no ordenamento pátrio.

De toda sorte, o que deriva da análise concreta é que, ao menos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a dignidade é tida como um valor maior a orientar todo o sistema, mormente, os direitos fundamentais. Como disse Barroso, ela pode apresentar-se como uma “força axiológica superior”. (BARROSO, 2014, p. 119). Todavia, entendemos que, como causa de decidir, nada obstante a gama de julgados em que está presente, sua menção é mínima.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou, a princípio, que fossem expostas as origens do conceito de dignidade humana, e as circunstância pelas quais essa ascendeu ao patamar de valor consensual a ser buscado pelas nações. Visualizamos suas principais influências: religiosas, filosóficas e históricas.

Nesta linha, elencamos as críticas que lhe são opostas, algumas das quais são repetidas por diferentes estudiosos. Dentre as quais se destaca sua vagueza de sentido: há uma dificuldade permanente de identificar o verdadeiro conteúdo subjacente à dignidade humana. Esse “espaço vazio” que permeia o sentido da dignidade humana é um campo fértil a diversas críticas, mormente, quando fundamenta decisões judiciais. Além disso, a própria razão prática da utilização do conceito nas fundamentações decisórias dos magistrados é, sobremaneira, vista com maus olhos pelos críticos. Questiona-se, principalmente, se a utilização de um conceito que seria, demasiadamente vago, é um ganho na concretização de direitos ou, de outra forma, é um instrumento a permitir que o julgador insira seus próprios valores, podendo ocasionar abusos.

A partir disso, nosso intuito foi o de identificar a elaboração de contornos mais precisos das balizas que permeiam o conceito de dignidade humana, bem como, avaliar seu real valor prático no âmbito das decisões judiciais. Propomo-nos, assim, a analisar os dois principais modelos jurídicos que influenciam o nosso Direito Constitucional pátrio e, ao final, fazermos uma análise comparativa com as feições que a dignidade assume na nossa própria Corte suprema. Para tanto, utilizamos como pano de fundo comparativo, o tema da dignidade humana ante o cumprimento de pena. Buscamos analisar, as penas máximas que, nos casos, eram impostas em cada um dos países. Tal estudo nos permitiu uma melhor identificação dos diferentes posicionamentos adotados nos países.

Com a análise feita das jurisprudências do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Suprema Corte norte-americana e, ao final, no Supremo Tribunal Federal, consideramos satisfatórios nossos resultados. Foi possível identificar, com alguma clareza as diferentes feições que assumiu o conceito ante os grandes casos decididos pelas Cortes.

No Tribunal Constitucional Federal alemão, verificamos a dignidade humana em um patamar de destaque naquele sistema constitucional. Sua função é crucial a orientar as decisões tomadas pela Corte. Isto, pois, ocorre de maneira prática, com a invocação da dignidade como fundamento de decisões, principalmente na afirmação e justificação do sistema de direitos fundamentais daquele país.

De outra feita, não sem dificuldade, o Tribunal Constitucional Federal, logrou estabelecer algum parâmetro para a delimitação do entendimento acerca da dignidade humana. Sua definição negativa firmou-se no sentido de analisar o conteúdo do conceito, a partir da verificação de sua violação ante o caso concreto. No âmbito da prisão perpétua, foi possível verificar um exemplo da dignidade humana como fundamento maior para a mudança de entendimento quanto ao cumprimento da pena mais gravosa no sistema constitucional alemão.

Pelo estudo das decisões da Suprema Corte norte-americana, logramos verificar que a dignidade ali não é um consenso. Há alguma relevância assumida em determinados casos, porém, de maneira geral, sua função decisória é incipiente. De outra forma, também o desenvolvimento da definição de dignidade não é elaborado na Suprema Corte. Suas aparições se dão, principalmente, de maneira implícita, subjacente ao conteúdo das emendas constitucionais.

E, nesta linha, no que tange ao tema da pena de morte, verificamos que a dignidade esteve inerente a discussões acerca da oitava emenda, com a busca por definição da expressão constitucional “penas cruéis e incomuns”. Com a análise de caso, foi-nos possível observar que, com muita dificuldade a dignidade serviu como causa a fundamentar e decidir uma grande questão. Percebemos, todavia, que esse papel decisório não é mantido, de modo geral. Ocupando ainda, lugar secundário no rol de valores invocados pela Suprema Corte.

No Brasil, é inegável o prestígio de que goza a dignidade humana, mormente no direito constitucional. A frequência com que é citada nas decisões não é pouca. Seu destaque maior se dá nas questões penais e processuais penais. Todavia, verificamos que a dignidade não possui, por regra, caráter decisório. Sua menção nos votos, acaba por ser, até mesmo dispensável.

Quanto a sua definição, carecemos fortemente de um aperfeiçoamento jurisprudencial neste sentido. As decisões que invocam a dignidade humana, via de

regra, não demonstram critérios para tanto, tampouco, trabalham o sentido que entendem abarcar esse conceito.

A dignidade humana no Brasil é, vista, acima de tudo, como um valor maior, um fundamento da República que embasa todo o sistema de direitos fundamentais, senão todo o ordenamento. Entretanto, nosso entendimento foi no sentido de haver equivocidade em sua classificação como um princípio. Não deveria buscar-se na dignidade humana tal função. Como vimos, nosso sistema constitucional é amplo, detalhado e repleto de normas com natureza mais adequada à concretização de direitos.

A partir de seu *status* de valor superior, entendemos que a dignidade deveria ser compreendida, com mais clareza, como um postulado, uma norma de segundo grau. Com mais propriedade, a dignidade humana, teria o condão de ser um sobreprincípio orientador do sistema, e instrumento de parâmetro ante a colisão de direitos. Certo é que a amplitude do tema da dignidade humana continuará permitindo seu estudo a partir de seus diversos aspectos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Controle de Constitucionalidade n. 45/187. 1977. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>. Acesso em: 01 dez. 2016.

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

BRASIL. Lei n. 8. 072, de 25 de julho de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 01 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82. 959/SP. DJ, 01 set. 2006. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206> Acesso em: 01 dez. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Controle de Constitucionalidade n. 408 U.S. 238. 1972. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/408/238.html>>

BOGNETTI, G. The concept of human dignity in European And U.S. Constitutionalism. **European and U.S. Constitutionalism**, 23-24 Maio 2003. 65-80.

GIACOMUZZI, J. G. Dignidade Humana e Direito Administrativo no STF: uma breve análise. In: STORCK, A. ; MACDONALD, P. B. C.; LISBOA, W. B. **Temas de filosofia política e jurídica**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015. p. 111-147.

GOODMAN, M. Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence. **Nebraska Law Review**, v. 84, 2005. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol84/iss3/3>>.

HOBBS, T. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1999.

JACKSON, V. C. Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse. **Montana Law Review**, p. 15-40, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/106>>.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**: Edição Bilingue Portugues / Alemão. Tradução de Guido Antonio de Almeida. [S.I.]: Barcarolla, 2010.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MCALLISTER, M. C. Human Dignity and Individual Liberty in Germany and the United States as Examined through Each Country's Leading. **11 Tulsa J. Comp. & Int'l L.** 491, 2003.

MCCRUIDDEN, C. In Pursuit of Human Dignity: an introduction to current debates. In: MCCRUDDEN, C. **Understanding Human Dignity**. [S.I.]: Press, Oxford University, 2013. Cap. 1.

PEDUZZI, M. C. I. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia concreta. **Revista do TST**, Brasília, v. 75, n.1, jan/mar 2009.

ROUSSEAU, J.-J. **Discurso Sobre a Origem das Desigualdades**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SARLET, I. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHWABE, J. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig; Leonardo Martins, *et al.* 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo (recurso eletrônico)**. 5. ed. atual. até a EC 90/2015. ed. Brasília: Secretaria de documentação, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicao eosupremo/>>.