

# **CONFLITO ENTRE AS FUNÇÕES DEFENSIVA E PRESTACIONAL DO ESTADO PARA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: uma análise casuística**

CONFLICT BETWEEN THE DEFENSIVE AND BENEFIT FUNCTIONS OF THE STATE  
TO PROMOTE THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: A case analysis

Jorge Eduardo Hoffmann<sup>1</sup>

Cristhian Magnus De Marco<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo pretende analisar o papel do Estado na promoção dos direitos humanos, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana, a pluralidade de sentidos que este princípio pode abarcar e o desafio do Estado para promovê-lo sem, ao mesmo tempo, desrespeitá-lo. Aborda-se o conceito de dignidade humana e procura-se apontar os elementos componentes deste conceito. Havendo basicamente duas formas genéricas de promoção estatal da dignidade da pessoa humana, pelo exercício das funções defensiva e prestacional, questiona-se se é possível diferenciá-las com precisão e se o desenvolvimento de uma das prestações não termina por avançar além dos limites da outra. Analisam-se casos julgados pelo STF para exemplificar o tema debatido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade da pessoa humana. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Dimensões defensiva e prestacional.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the role of the state in promoting human rights, with emphasis on the principle of human dignity, the plurality of meanings that this principle can encompass and challenge the State to promote it without at the same time, disrespect. Discusses the concept of human dignity and seeks to point out the elements of this concept. Basically there are two general forms of state promotion of the dignity of the human person, through the exercise of defensive and benefit functions, one wonders whether it is possible to differentiate them accurately and the development of an end not because of benefits go beyond the boundaries of another. It analyzes cases decided by the Supreme Court to illustrate the topic discussed.

**KEYWORDS:** Principle of human dignity. State. Human rights. Fundamental rights. Benefit and defensive functions.

## **1 INTRODUÇÃO**

Não é recente a discussão a respeito das condições para efetivação dos direitos humanos. Já em *A Era dos Direitos*, Norberto Bobbio (1992, p. 25) tratava da questão acerca do reconhecimento de tais direitos, tendo chegado à conclusão que o grande desafio para implementação dos direitos humanos não era tanto de ordem jurídica quanto de ordem prática.

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça. Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor e pesquisador do Programa Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

De fato, os artigos da Declaração dos Direitos do Homem, encontra-se extenso rol de direitos humanos. Tendo sido referida carta sufragada por diversos países, parecia a Bobbio que a questão meramente formal estaria resolvida.

É possível questionar se a Declaração dos Direitos do Homem é norma jurídica suficientemente abrangente para que se admita que os direitos humanos gozam de proteção universal. Baez (2012, p. 59) aponta que a Declaração é apenas um dos muitos documentos que a humanidade produziu reconhecendo a existência de direitos inalienáveis das pessoas e que ela nem mesmo representa “um consenso sobre valores universais aceitos por todas as nações”. Aponta, para sustentar o seu entendimento, a existência de outras cartas declaratórias de direitos humanos, citando a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Declaração Geral de Direitos Humanos do Islã, que teriam adicionado à carta de direitos da ONU a sua visão cultural a respeito desse tema.

Esta ponderação, no entanto, não afasta o acerto de Bobbio (1992, p. 38) quando chama a atenção para o problema relacionado à efetivação dos direitos humanos na comunidade internacional. Segundo ele, dificuldades de duas ordens são observáveis quando se está diante de tal tarefa.

A primeira seria de ordem jurídico-política, e diria respeito à forma pela qual os Estados relacionam-se entre si e com seus cidadãos. De fato, Estados que formalmente reconhecem os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem podem não agir para promovê-los internacionalmente e nem respeitá-los internamente para seus próprios cidadãos, havendo que se reconhecer o alto de grau de impotência da comunidade internacional diante desse fato. Bobbio (1992, p. 41) chega a afirmar que “com relação à tutela internacional dos direitos do homem, onde essa é possível talvez não seja necessária, e onde é necessária é bem menos possível”.

A segunda ordem de dificuldades diz respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais, já que os direitos do homem não seriam absolutos e nem constituiriam uma categoria homogênea. Não são absolutos, pois, do conflito entre direitos humanos resulta que um deles deverá ceder. Constituem uma categoria heterogênea porque o conjunto de direitos humanos hoje reconhecidos contém direitos entre si incompatíveis. Haveria, contudo, alguns poucos direitos que seriam, sim, absolutos, válidos “em todas as situações e para todos os homens sem distinção”. (BOBBIO, 1992, p. 42-43)

Não se discutirá se isso é de fato possível, mas é importante ver como, mesmo diante da pluralidade de direitos humanos, há alguns de maior importância, há um núcleo dos direitos humanos, tema a que se voltará mais adiante neste artigo.

Por ora, reconheça-se que o desafio da criação das condições políticas, econômicas e sociais propícias à concreta efetivação de direitos consagrados nos textos normativos internacionais, termina por constituir-se em matéria interna dos Estados nacionais. Assim, a concretização dos direitos humanos é decisão política, que traz consigo todas as características e nuances próprias desta seara, como, por exemplo, a aprovação democrática, a insatisfação popular, a necessidade de recursos econômicos, as mudanças conjunturais e de direção política, especialmente em sociedades democráticas, que adotam a salutar alternância periódica dos titulares das funções de comando do Estado.

Essa discussão bem poderia ser travada também em países sem tradição ou instituições democráticas. No entanto, este artigo não pretende estender-se na direção de uma análise de diferentes regimes ou formas de exercício do poder, atendo-se a uma abordagem bastante pontual de dificuldades próprias das democracias ocidentais, imersas, em maior ou menor grau, em uma economia de mercado.

Tomando-se esta noção de Estado moderno ocidental como o paradigma para o desenvolvimento do raciocínio que ora se propõe, é preciso também estabelecer outro acordo com o leitor. Trata-se de assumir o princípio da dignidade da pessoa humana como o grande princípio plasmador dos direitos humanos. É farta a doutrina que autoriza esta premissa. Aliás, antes que se aborde a doutrina sobre o tema, é possível reconhecer que, a própria Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (1988), no inciso III do artigo 1º, alçou a dignidade da pessoa humana a um nível de sobreprincípio, tomando-o como fundamento da república, do que se pode extrair seu efeito ao mesmo irradiador e aglutinador sobre os direitos fundamentais arrolados no Título II.

E aqui uma ressalva: não se desconhece a distinção que comumente se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais, como é o caso de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem

o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem aos ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (2012b, p. 29)

Opta-se, contudo, pela utilização, em regra, da expressão “direitos humanos”, já que as dificuldades para sua implementação, no contexto que se aborda neste texto, são comuns àquele tipo de Estado democrático já assumido como paradigma para fins deste artigo. A concreção positiva dos direitos humanos, que os transformaria em direitos fundamentais, não é condição para que se reconheçam as dificuldades de torná-los eficazes no interior de

qualquer Estado. Contudo, quando os autores citados utilizarem a expressão “direitos fundamentais”, esta será mantida, sem que se faça ressalva a respeito, desde que a ideia subjacente esteja coerente com a possibilidade de uso indistinto de ambas as expressões.

De qualquer modo, a distinção neste momento não é de maior relevância, considerando-se a identificação entre as expressões e sua intimidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, na forma assumida por De Marco e Castro, para quem tais categorias “podem ser empregadas como sinônimas, já que ambas pretendem se referir a um conjunto de normas destinadas à tutelar os bens, interesses e valores básicos para a dignidade humana”. (2013, p. 183)

Disso resulta que a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como função estatal, valor fundamental justificador de direitos e critério interpretativo, por ser princípio que se encontra no núcleo essencial dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2013, p. 62-66)

Uma vez reconhecidos os direitos humanos no interior de cada Estado, e mais, reconhecida a sua obrigação de promover a dignidade da pessoa humana de seus cidadãos, surge a questão óbvia de como fazê-lo. Adianta-se que não se pretende arrolar ou sugerir medidas concretas de promoção da dignidade humana, mas sim estudar como podem entrar em conflito as medidas que o Estado adota para atingir suas finalidades. Quanto a estas, parte-se do paradigma de que o Estado existe em nome do bem comum, fazendo coro ao raciocínio de Dalmo de Abreu Dallari (1995, p. 91), quando afirma que “o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum...”.

Adota-se também a ideia de que a promoção do bem comum pode ser, pelo menos em grande medida, tomada como a realização do princípio da dignidade humana, ou, ainda que a promoção da dignidade atende ao bem comum, já que a vida em sociedade deve pressupor o bem estar de cada um dos membros dessa comunidade deve ser um objetivo de todos.

No entanto, tais premissas estão muito distantes de resolver a questão concreta acerca das medidas que devem efetivamente ser implementadas visando tais objetivos. Isso se deve, em grande medida, à indeterminação do que vem a ser bem comum ou dignidade da pessoa humana.

Portanto, antes de traçar considerações acerca dos caminhos que o Estado pode tomar para a realização concreta do princípio da dignidade humana, é necessário procurar entender

minimamente o que significa tal expressão. Traçados estes parâmetros mínimos de compreensão, buscar-se-á realizar uma breve abordagem das políticas públicas para concretização da dignidade da pessoa humana através de duas funções consagradas pela doutrina, a saber, a função defensiva e a função prestacional. Ao final, procurar-se-á traçar considerações acerca da questão de saber até que ponto é possível distinguir, através de conceitos jurídicos, uma função de outra, ou se, em determinadas situações, a opção pela adoção de práticas relativas a uma das funções não acaba por afastar, até de forma irrevogável, a possibilidade de adoção de medidas relacionadas à outra.

## **2 CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Independentemente das ações que o Estado deva adotar para promover a dignidade da pessoa humana, é necessário compreender o significado desta expressão. Trata-se de pressuposto lógico, pois sem esta compreensão prévia a missão estatal ficaria vazia de sentido, ou, pior, poderia ter qualquer sentido. Esta preocupação, no sentido de evitar que a dignidade da pessoa humana seja o argumento de defesa de qualquer política ou visão de mundo, é bem presente na doutrina. Neste sentido, Baez (2011, p. 25-26) afirma que as categorias dos direitos humanos fundamentais, e a dignidade entre elas, têm sido usadas para descrever “qualquer situação de frustração, de injustiça e de desentendimento entre civilizações”.

Expressões como justiça, bem, autonomia, dignidade, etc, são, num primeiro momento, vazias de sentido, conceitualmente imprecisas. Tratam-se de conceitos jurídicos que precisam ser preenchidos sempre que utilizados, dada a sua amplitude.

Conceitos jurídicos desta espécie têm a vantagem de moldarem-se a diferentes situações, prestando-se à utilização para resolução de questões jurídicas das mais variadas espécies. Isso se dá justamente pela falta de valor previamente atribuível a eles, como ocorre, por exemplo, com conceitos numéricos.

Porém, o intérprete do conceito não tem uma liberdade anárquica na sua tarefa, pois precisa demonstrar logicamente que a conclusão obedece a determinadas premissas lógicas. Fora disso, não se estará fazendo ciência do direito, mas, quando muito, apenas política ou simples exercício de retórica, sem que aqui se neguem os inúmeros contatos existentes entre o Direito e essas duas outras atividades humanas.

A atividade interpretativa deve buscar o conteúdo e o alcance dos conceitos jurídicos. (ENGLISH, 1983, p. 126) Conforme English, enquanto o alcance, ou extensão, de um conceito

é compreendido pela observação dos casos individuais que se adaptam ao conceito, o seu conteúdo é obtido por uma definição, a qual indicará as conotações conceituais.

Para Karl Larenz (2012, p. 625), a formação de conceitos jurídicos tem tradicionalmente seguido um raciocínio dedutivo, através do qual se formam conceitos abstratos pela reunião de características abstratas desse objeto. Seguindo esta orientação, o que se busca é reunir as características abstratas do conceito de dignidade da pessoa humana. Essa busca deve ser orientada aos fundamentos essenciais do conceito, pois, sendo ele dotado de grande capacidade de abstração, o descuido nesta tarefa pode fazer com que a pesquisa ande em círculos, atribuindo-se ao conceito características tão variadas que façam perder justamente aquilo que se procura, que é encontrar a sua essência, a fim de que se possa encontrar limites à sua extensão.

É certo que quanto mais abrangentes forem os conceitos, maior será o número de objetos que a ele podem se adaptar. A dignidade da pessoa humana tem essa característica e aqui não se procura negar tal fato. Aliás, é essa possibilidade de utilização do princípio em uma miríade de casos que o torna tão utilizado. O excesso e banalização da utilização do conceito é que precisam ser evitados, justamente para preservar o seu valor. Para tanto, o que propõe é uma tentativa de diminuir o grau de indeterminação do conceito.

Conceitos jurídicos indeterminados, seguindo-se a lição de English (1983, p. 213) e Garcia (2005, p. 85), precisam ser preenchidos por um ato de valoração. E a dignidade da pessoa humana seria um conceito indeterminado, em virtude da “necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta”. (2005, p. 85)<sup>3</sup>

Aliás, Garcia não se encontra isolado nesta posição, pois é amplamente reconhecido, apesar da falta de utilização da expressão “conceito jurídico indeterminado”, que a dignidade da pessoa humana pode ser assim considerada, citando-se a título de exemplo José de Melo Alexandrino<sup>4</sup>, Peter Häberle<sup>5</sup>, Béatrice Maurer<sup>6</sup> e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Para Emerson Garcia, os conceitos indeterminados podem ser derivados de três situações: “a) de uma imprecisão conceitual linguística; b) da incerteza resultante da necessidade de formulação de um juízo de valor; ou c) da exigência de realização de um juízo de prognose.” (2005, p. 85)

<sup>4</sup> ...“o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar”. (ALEXANDRINO, 2013, p. 13)

<sup>5</sup> “não se conhece uma formulação suficientemente substancial e ‘manejável’ sobre o que deva ser a dignidade humana”. (HÄBERLE, 2009, p. 76)

<sup>6</sup> A autora afirma que há uma “polifonia teológica e filosófica” a respeito do tema dignidade da pessoa humana e, após analisar diversas correntes filosóficas e teológicas a respeito desta questão, acaba por reconhecer a grande variedade de possibilidades explicativa e que “uma certa indeterminação permanece e permanecerá”. (MAURER, 2009, p. 122)

<sup>7</sup> Sarlet afirma ser a dignidade da pessoa humana “um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ‘ambiguidade e porosidade’ assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”. (SARLET,

Essa indeterminabilidade, contudo, não deve redundar na conclusão de que a dignidade não significa nada ou que pode significar qualquer coisa. Sarlet (2009, p. 18-19) aponta que a doutrina e a jurisprudência trataram “de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo”.

A ideia de que conceitos jurídicos indeterminados, como a dignidade da pessoa humana, possam ser melhor identificados por seus “contornos basilares e seu conteúdo”, parece ser preocupação bem difundida. Voltando a English (1983, p. 208-209), extrai-se a lição de que em tais conceitos sempre compõe de um núcleo conceitual e um halo conceitual, sendo que enquanto se está diante de noções claras do conteúdo e da extensão, estar-se-á tratando do núcleo conceitual, enquanto que a partir do surgimento das dúvidas, inicia o espaço do halo.

Frise-se que a utilização de termos em Sarlet e English não é concordante, pois ao que parece, Sarlet entende que a concretização do conteúdo é tarefa própria da jurisprudência, conforme citação acima. O espaço jurídico da aplicação concreta do conceito, quando então podem ser colacionados os casos em que o conceito tem aplicação, ou seja, a jurisprudência, é tratada por English (1983, p. 126) como a “extensão” do conceito, pois esta, tratada por ele também como “alcance” do conceito, será fornecida pelo conjunto de casos individuais que se adaptem ao conteúdo.

De qualquer forma, o que pretende aqui é evitar o uso demasiadamente subjetivo do conceito de dignidade da pessoa humana, embora se reconheça que isso seja, em larga medida, talvez até impossível. Esse pensamento orientará a tarefa que segue, a qual consiste em apontar um caminho para preenchimento do conteúdo do conceito (English), ou, como preferirem, apontamento de seus contornos basilares (Sarlet).

Uma tentativa de preenchimento do conteúdo do conceito prega que conceitos jurídicos indeterminados devam ser preenchidos por atos de valoração, conforme English (1983, p. 2013) e Garcia (2005, p. 85). Também Alexy (2012, p. 36) sustenta que uma das tarefas da dogmática jurídica é “dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado”.

No entanto, se for possível dizer que dignidade é aquilo que for subjetivamente valorado como tal, apenas se trocará uma indeterminação por outra. Sendo a dignidade da pessoa humana um princípio jurídico<sup>8</sup>, deve significar mais do preferências individuais.

---

2009, p. 18)

<sup>8</sup> Não se pretende aqui abordar as distinções entre princípios, normas e valores, e nem a questão relativa a explicar porque a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como um princípio. Adotar-se-á tal

Habermas (2012, p. 318) aponta para o problema que constitui a identificação entre normas e valores, pois desta maneira “os pretensos bens ou valores universais assumem uma forma a tal ponto abstrata, que é impossível reconhecer facilmente nelas princípios deontológicos, tais como dignidade humana, solidariedade, autorrealização e autonomia”.

Após pesquisa histórica e antropológica, Baez (2011, p. 35) chegou à conclusão de que o princípio da dignidade da pessoa humana possui duas dimensões: a básica e a cultural. A primeira diz respeito “uma qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade, integridade física e moral, materializando-se em um conjunto de direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano”. A dimensão cultural é relacionada às “formas e as condições como a dignidade humana, em sua *dimensão básica*, é implementada por cada grupo social ao longo da história”.

Esta forma de enxergar o princípio é bem adaptável àquilo que English dizia a respeito dos conceitos indeterminados, compostos por um núcleo e um halo. Contudo, o preenchimento do conteúdo do princípio, para English, é tarefa de valoração. Para Baez, pelo menos quanto à dimensão cultural, é matéria ligada ao desenvolvimento histórico de um povo.

As visões não são excludentes. A ideia de que princípios jurídicos devam, ao serem interpretados, passar por uma peneira valorativa do intérprete, é inafastável da atividade hermenêutica. Nenhuma interpretação é completamente isenta de subjetivismo, de valoração. A conciliação entre as duas visões, e o atendimento à advertência de Habermas, é possível desde que se compreenda qual é e como opera a “tábua de valores” éticos e morais do intérprete em uma dada sociedade.

O que se quer dizer com isso é que o hermeneuta deve interpretar o princípio da dignidade da pessoa humana através de um rol de valores e princípios que são construídos não apenas individualmente, mas sim histórica, cultural e coletivamente. A ordem jurídica, como afirma Habermas, adota determinados valores, mas o faz concebendo-os como atos legislativos, não mais como valores e sim como normas. (2012, p. 318)

A dignidade da pessoa humana poderia ser tomada como um princípio jurídico construído a partir de valores reconhecidos e adotados histórica e culturalmente em um sistema normativo. Aqui não se afirma e nem se perquire se a dignidade da pessoa humana é inata ou anterior ao Direito positivo. Apenas fixa-se o formal reconhecimento do princípio pelo ordenamento jurídico como premissa da sua concretização. Mais especificamente, é a

---

concepção como premissa, apenas destacando o entendimento de que princípios e normas têm sentido deontológico, normativo em sentido mais amplo, expressando, portanto, obrigações, enquanto valores têm sentido axiológico, expressando preferências compartilhadas intersubjetivamente.

constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana um pressuposto para concretização dos direitos civis que dele decorrem<sup>9</sup>.

De plano, é certo que não há como tratar da dignidade da pessoa sem vinculá-la ao desenvolvimento do reconhecimento dos direitos fundamentais. Sarlet entende que

...a íntima e, por assim dizer, indissociável – embora altamente complexa e diversificada – vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo. (2012b, p. 29-30)

Isso não significa, contudo, uma identificação da dignidade com o conjunto de todos os direitos fundamentais. A dignidade é o princípio que demanda a garantia de direitos fundamentais à sua proteção, sendo, ele mesmo, no entanto, anterior a estes. Do conjunto de direitos fundamentais é possível, na esteira de Sarlet (2012b, p. 102), afirmar que alguns deles encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, aos quais, o autor chama de direitos humanos. Os demais direitos fundamentais podem não ter relação do princípio da dignidade, sendo decorrentes da mera previsão no ordenamento constitucional positivo.

O foco está relacionado a esses direitos humanos que encontram seu fundamento no princípio da dignidade. No entanto, a ligação entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa é ampla.

Sarlet (2012b, p. 100-118) procura demonstrar uma série de direitos fundamentais que servem à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando o liame desta com: os direitos de liberdade e autonomia pessoal; o “reconhecimento e proteção da identidade pessoal”, como autonomia e integridade psíquica e intelectual, que é concretizada nos direitos à privacidade, intimidade, honra, imagem e nome; o direito geral de igualdade; a proteção da integridade física e emocional; o direito à vida; o direito de propriedade; direitos sociais e ao mínimo existencial; a proteção contra a pobreza; os direitos políticos (de cidadania e nacionalidade), notadamente como condições da democracia; e os direitos e garantias processuais. Afirma, ainda, que tais direitos não esgotam o rol daqueles conexos ao princípio da dignidade humana.

Contudo, apesar dessa quantidade de conexões entre o princípio em estudo e os direitos fundamentais, percebe-se que muitos desses direitos são instrumentais para a promoção de outros direitos, através dos quais, aí sim, acaba-se por dar efetividade ao

---

<sup>9</sup> Veja-se a respeito da construção social do reconhecimento princípio da dignidade da pessoa humana, Riva Sobrado de Freitas (2012, p. 176): “Partimos da afirmação de que a Dignidade Humana equivale a valor existente na sociedade e que corresponde a um ideia de justiça e de adequação essencial ao desenvolvimento da vida humana em sua plenitude. Naturalmente, a opção por considerá-la um valor social flexibiliza substancialmente seu conteúdo, possibilitando alterá-lo em conformidade com as transformações sociais no tempo e no espaço em que estiver situado”

princípio. É o caso de direitos sociais, vinculados à noção de mínimo existencial, por exemplo. A garantia de moradia ou à alimentação, acabam por proteger, na verdade, o direito à vida e à integridade física. Alguns direitos trabalhistas acabam por servir de instrumento de garantia do direito de igualdade, moldando relações entre naturalmente desiguais. Direitos processuais, notadamente os de índole processual penal, servem, numa análise finalística, como garantia de direitos de liberdade de locomoção, expressão e outros relacionados ao desenvolvimento da personalidade, o que resulta que tais garantias processuais servem à proteção da liberdade, autonomia pessoal e incolumidade física e psíquica.

Não se pretende com isso reduzir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e nem mesmo do princípio da dignidade da pessoa humana. A intenção é apenas demonstrar que o princípio possui um núcleo duro, formado por alguns direitos fundamentais que possuem uma força irradiadora de normatividade e coesão para todo o ordenamento jurídico-político, e que podem ser aglutinados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de nenhum autor minimizar o princípio da dignidade da pessoa, é possível observar em autorizada doutrina que o respeito à liberdade e autonomia da vontade dos indivíduos sempre compõe o núcleo do conceito. Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 85), reconhece como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana os “princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade”. A esta conclusão chega, com base na filosofia de Kant, após reconhecer que o substrato material da dignidade desdobra-se em quatro postulados:

i) o sujeito moral (ético) reconhecer a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

Em outras palavras, é a mesma concepção de Barroso (2013, p. 72), quando afirma:

Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

Assim, garantias à vida com qualidade razoável, do que decorrem direitos à integridade física e psíquica, à liberdade, aí incluída a autonomia da vontade, e de igualdade, do que se poderia desdobrar a dimensão comunitária do princípio da dignidade, podem ser tidas como componentes do núcleo de direitos fundamentais que compõe o princípio.

Assim, se uma dada comunidade, um dado Estado, promove, tolera e garante tais direitos fundamentais, estaria trilhando um caminho favorável à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, do que se poderia concluir na possibilidade de graduação de

níveis de proteção, aí sim um campo para especulações acerca da contextualização histórica e cultural da efetividade do princípio.

Porém, a questão aqui debatida não é esta. Cuida-se, sim, de indagação acerca de como, genericamente, o Estado pode promover o princípio da dignidade da pessoa humana, e se, ao fazê-lo, não poderia incorrer em contradições que fizessem com que os direitos fundamentais componentes do núcleo do princípio entrassem em contradição insanável.

Para dar continuidade a essas indagações, é necessário traçar algumas considerações acerca das formas pelas quais o Estado promove os direitos fundamentais, enfatizando aqueles que compõe o núcleo da dignidade da pessoa humana.

### **3 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Neste momento do texto, não se pretende fazer uma avaliação das formas pelas quais o Estado pode promover, concretizar, o princípio da dignidade da pessoa humana, mas apenas fazer uma breve exposição de como esta missão estatal pode ser realizada. Partindo do reconhecimento de que o Estado tem função relevante nesta seara, busca-se traçar as linhas gerais de sua atuação. A discussão casuística acerca do momento em que o Estado deve agir de uma determinada forma ou outra terá lugar ao final deste artigo.

Toma-se como paradigma que o princípio da dignidade da pessoa humana possui um núcleo formado por determinados direitos humanos, os quais encontram-se aglutinados no princípio e que, ao serem violados, acarretam também o desrespeito à dignidade humana. Essa identificação básica entre dignidade e determinados direitos humanos norteará o restante do raciocínio que aqui é desenvolvido.

Com isso, não se afastam as correlações que muitos autores fazem entre dignidade da pessoa humana e uma série enorme de direitos fundamentais. Apenas enfatiza-se o dever estatal de, primeiro, garantir padrões mínimos de respeito aos direitos que compõe o núcleo da dignidade. Outra consequência é que o Estado, fundado do princípio da dignidade, tem um norte a seguir na escolha das políticas públicas de promoção do bem comum. O princípio teria, portanto, papel seletivo e diretivo das ações estatais, inclusive no plano legislativo, evidentemente, pois a Constituição não faz distinção entre os poderes da república quando adota o princípio em questão como fundamento do Estado.

Enfim, a atuação do Estado na promoção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, na promoção do princípio da dignidade humana, pode se dar basicamente de dois modos. Primeiro, através de abstenções, situação esta em que o Estado evita de atuar

contrariamente aos direitos fundamentais das pessoas, como por exemplo, não interferindo na autonomia da vontade que os indivíduos têm a respeito da religião que resolvam professar, da pessoa com que pretendam casar, da profissão que decidam exercer ou dos pensamentos que resolvam externalizar. Além disso, a garantia estatal de que terceiros também não exerçam indevida intromissão no âmbito de liberdade pessoal de cada pessoa é uma forma de garantir defensivamente o respeito aos direitos fundamentais. Enfim, trata-se basicamente de garantias de não intervenção na esfera da autonomia pessoal.

Também pode se dar através de prestações de caráter material, quando as vicissitudes da vida, do tempo, da comunidade, da economia, da história ou das características pessoais de cada um impedem que os indivíduos, por sua própria e livre vontade possam exercer sua autonomia em seu próprio benefício. É claro que, através desta espécie de atuação, o Estado deve intervir materialmente para, por exemplo, socorrer a criança em situação de risco, o idoso em situação de abandono, o consumidor diante da hipossuficiência econômica, o réu pobre frente ao aparato impessoal e muitas vezes desumano do Estado.

Assim, têm-se direitos de defesa (também chamados direitos de liberdade) e direitos a prestações (também conhecidos como direitos cívicos), sem descurar a possibilidade de acréscimo do que alguns chamam de “direitos de participação” (MENDES, 2008, p. 255), os quais, todavia, não serão abordados.

Os direitos de defesa exigem uma abstenção do Estado, evitando a sua ingerência sobre determinados bens e demandando reparo quando estes bens foram agredidos. Os direitos de defesa (a) proíbem intervenções do Estado no âmbito de liberdade dos indivíduos, (b) protegem determinados bens jurídicos contra a ação do Estado e (c) vedam a eliminação de determinadas posições jurídicas. (MENDES, 2008, p. 256)

Os direitos de prestação existem para “libertar os indivíduos das necessidades”. (MENDES, 2008, p. 257) Tais direitos não demandam omissões, ações negativas, do Estado, mas sim ações positivas, sejam elas materiais ou jurídicas, a fim de reduzir desigualdades naturais ou circunstanciais que privem os indivíduos da possibilidade de gozar das liberdades asseguradas pelos chamados direitos de defesa.

Muito embora à primeira vista a distinção resolva satisfatoriamente o papel a ser desempenhado pelo Estado na proteção dos direitos fundamentais e, por consequência, da dignidade da pessoa humana, a realidade mostra que muitas vezes, em nome da proteção deste princípio, incrementa-se a proteção a um determinado direito ao mesmo tempo em que se reduz a proteção a outro. Como isso ocorre através de atos ou omissões do Estado que podem

ser classificados de acordo com o critério acima mencionado, é natural que a implementação de uma medida defensiva pareça demandar uma compensação prestacional e vice-versa.

#### **4 CONFLITO ENTRE AS FUNÇÕES DEFENSIVA E PRESTACIONAL EM CASOS QUE ENVOLVAM SUPRESSÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

Como já se explanou, as funções do Estado não são plenamente isentas em relação aos direitos fundamentais, sempre os tangenciando. Absolutamente qualquer ação estatal pode ser apreciada em cotejo com algum direito fundamental, nem que seja um direito fundamental de participação, não abordado neste texto, mas que chame a reflexão a respeito da legitimidade da decisão, por exemplo.

Além disso, os âmbitos de proteção defensiva e prestacional não são absolutamente claros, posto que é “possível extrair direitos a prestação de direitos de defesa e direitos de defesa dos direitos de prestação”. (MENDES, 2008, p. 265)

Se há, em certa medida, uma ambivalência entre direitos de prestação e direitos de defesa, isso não chega a significar a impossibilidade de que determinadas ações ou omissões estatais venham, em nome de um determinado direito, macular outro a ponto tal que o deixe excluído da proteção do Estado, o que não se pode admitir, sob pena do Estado deixar de cumprir sua função essencial, consubstanciada no bem comum e aqui amplamente identificada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tensões entre direitos de prestação e de defesa são da praxe política e jurídica cotidianas nem regime democrático, e não é disso que se cuida neste momento. O balanceamento entre estes interesses, obedecidas as regras democráticas e o jogo de ponderação e proporcionalidade no momento em que se ampliam determinados direitos e diminuem a proteção a outros, faz parte da vida em comunidade e pode alterar-se em função dos eventos históricos, do momento econômico, da cultura e do grau de desenvolvimento de cada país.

No entanto, o que se procura neste texto é uma resposta para a questão relativa a até que ponto pode o Estado avançar ou se omitir sem que isso configure uma violação a direitos fundamentais de índole diversa daquele protegido, e especificamente quando se trata de afastar a autonomia da vontade individual em nome da implementação de uma política de Estado, normalmente voltada para a concretização de um direito prestacional. Ou, em outras palavras, pergunta-se se a implementação de direitos prestacionais deve observar a garantia do núcleo essencial da autonomia da vontade.

Segundo Sarlet (2012a, p. 344), “a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.” Numa analogia com a arte, a garantia de um mínimo essencial evitaria que os direitos fundamentais se transformassem em um quadro de bela moldura mas desprovido de pintura, haja vista que a excesso de restrições a tais direitos poderia fazer com que perdessem seu “significado para a vida social como um todo”. (2012a, p. 346)

Apesar da advertência de Sarlet (2012a, p. 346) no sentido de que “o núcleo essencial dos direitos fundamentais não se confunde com o maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais”, este artigo afirma que isso não significa que seja possível se falar em respeito à dignidade da pessoa humana sem o respeito ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais que formam o conteúdo deste princípio. A autonomia da vontade não é e nem contém a dignidade, mas é seu componente. Talvez seja possível cogitar em total autonomia da vontade individual, como, por exemplo, no caso do toxicômano que livremente decide abusar do uso do entorpecente. No entanto, não é possível dizer que tal pessoa tenha uma vida digna.

Por outro lado, também não é possível satisfazer o princípio da dignidade sem respeito à autonomia individual, sob pena de transformar o ser humano em um autômato. É preciso resguardar ao indivíduo o poder de decisão sob aspectos relevantes de sua vida privada e mesmo comunitária, mantendo um campo de atuação alheio às decisões do Estado e de terceiros. Não é também razoável que a invocação do princípio da dignidade, como tem acontecido, seja alheia às suas consequências (NEUMANN, 2009, p. 226), muitas vezes contrárias ao próprio princípio, ou que provoque mais exclusão do que integração do indivíduo no seio da comunidade por ele prezada.

Para melhor visualizar algumas destas questões, analisar-se-á, a partir de agora, uma situação específica em que a intervenção estatal em nome do princípio da dignidade da pessoa humana pode redundar em consequências que, de acordo com o conceito aqui utilizado, acabam por acarretar violações ao próprio princípio, o que sem dúvida é um contrasenso.

## **5 CASUÍSTICA**

Antes de abordar algumas situações em que a defesa da dignidade da pessoa humana acabou violando a própria dignidade, registre-se que, aqui, para fins de desenvolvimento do raciocínio, compreende-se a dignidade da pessoa humana como um princípio formado por um conjunto de direitos humanos, ou fundamentais, se positivados, sem os quais não se garante às

pessoas o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a própria dignidade. Partindo dessa premissa, analisar-se-ão dois julgamentos do Supremo Tribunal Federal – STF em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi argumento central para análise de intervenções legislativas (exercício da função prestacional legislativa pelo Estado), sob o enfoque da constitucionalidade.

A primeira situação analisada é a previsão contida no artigo 41 da Lei nº 11.340/06<sup>10</sup> – Lei Maria da Penha, que teve como uma de suas principais consequências retirar da mulher a possibilidade de resolver não exercer o seu direito de representação, relativamente ao crime de lesões corporais leves, tendo em vista previsto no artigo 88 da Lei nº 9.099/95<sup>11</sup>.

Trata-se de medida prestacional de caráter legislativo que visa proteger um direito elementar e fundamental inerente à dignidade da pessoa humana, que é o direito à integridade física e psíquica. Ao mesmo, no entanto, reforçou, ainda que não explicitamente, é evidente, a noção de que a mulher não é capaz de tomar decisões por conta própria, necessitando ver afastada a sua autonomia, a qual é substituída pela sabedoria do Estado provedor, doravante o maior conhecedor das necessidades femininas. Ainda, há uma opção política aí embutida que afeta a igualdade entre homens e mulheres. Muito embora a Constituição permita o tratamento desigual, desde que previsto em lei, é evidente que as razões para tanto precisam ser calcadas em direitos fundamentais de equivalente importância.

O STF, ao julgar o Habeas Corpus nº 106.212/MS (BRASIL, 2011), entendeu ser constitucional o artigo 41 da Lei nº 11.340/06, fundamentando seu entendimento na disposição do parágrafo 8º do artigo 226<sup>12</sup> da CRFB. Prevaleceu, portanto, a visão de que uma medida de caráter prestacional, em defesa da integridade física das mulheres, prevalece sobre a livre disposição de sua vontade.

O impedimento a que as pessoas decidam se devem ou não exigir do Estado a deflagração da persecução penal contra seus algozes não é novidade. Pelo contrário, a grande maioria dos tipos penais é de ação pública incondicionada, por uma série de razões que aqui não caberiam mencionar, mas que poderiam ser resumidas na noção de que o crime é fato social de tamanha gravidade que afeta toda a comunidade e não somente a pessoa diretamente lesada pela sua prática.

---

<sup>10</sup> Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

<sup>11</sup> Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

<sup>12</sup> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

No entanto, no caso em questão há uma especificidade, consubstanciada na diferenciação que passa a existir em razão da vítima da violência tratar-se de homem ou mulher. Para vítima mulher, a ação penal contra o seu agressor será pública incondicionada, enquanto para vítima homem a ação será pública condicionada à representação<sup>13</sup>. Como o exercício do direito de representação é uma faculdade da vítima, os homens mantêm hígida sua autonomia de vontade neste aspecto, enquanto mulheres vítimas de violência doméstica não mais.

Na decisão, o Ministro Luiz Fux, afirma em seu voto que “realmente o histórico do surgimento da Lei Maria da Penha é da própria tutela da dignidade humana”. Seria possível dizer, então, que os homens não têm a sua dignidade adequadamente preservada?

A razão para o tratamento desigual, mesmo entre mulheres, já que aquelas que são vítimas de violência fora do contexto doméstico não são afetadas pela norma em comento, foi, segundo a decisão, o princípio da igualdade, conforme resume o voto do Ministro Luiz Fux:

Então, efetivamente, também concordo com o argumento de encerramento do Ministro Marco Aurélio que, na essência, significa dizer o seguinte: mulheres que sofrem violência doméstica não são iguais às mulheres que não sofrem violência doméstica. De sorte que essa é a verdadeira aplicação do princípio da isonomia: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. (BRASIL, 2011)

A invocação da dignidade humana foi instrumento dos votos dos Ministros Carmen Lúcia e Cezar Peluso (BRASIL, 2011). Já para o Ministro Joaquim Barbosa, a opção de política criminal do legislador visa justamente a preservação da liberdade:

...vejo que as previsões da lei buscam proteger e fomentar o desenvolvimento do núcleo familiar sem violência, impedindo que, sob o manto da família e da intimidade, seja imposta uma submissão física, econômica e psicológica à mulher com a consequente limitação da sua liberdade. (BRASIL, 2011)

Ou seja, a lei retira parte da autonomia da vontade da mulher, aspecto de sua liberdade, para garantir a igualdade e até mesmo a própria liberdade. Perde-se a liberdade para ter mais liberdade, o que não deixa de ser uma conclusão com traços contratualistas. De qualquer forma, o argumento é interessante, na medida em que preserva a preocupação em defender o aspecto igualitário da dignidade, ao mesmo tempo em que não se afasta do aspecto libertário componente do mesmo princípio.

Haveria, segundo a decisão, um tratamento desigual, porém legítimo, pois fundado em direitos fundamentais, como o a própria liberdade, a igualdade<sup>14</sup> e outros decorrentes

<sup>13</sup> “A representação constitui uma manifestação de vontade que dá notícia sobre a ocorrência do fato punível e, ao mesmo tempo, pede que se instaure a persecução penal.” (GALVÃO, 2011, p. 649)

<sup>14</sup> Tratando do valor intrínseco dos seres humanos como aspecto do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso afirma que esta demanda o reconhecimento do direito à vida, do direito à igualdade perante a lei e na lei, o que implicaria na proibição de discriminações ilegítimas, do direito à integridade física e psíquica. (2013, p. 76-80)

destes dois primeiros, como é o caso da inviolabilidade de domicílio, mencionada pelo Ministro Ayres Brito. (BRASIL, 2011)

Contudo, pode-se questionar se para o caso em questão não seria possível ter se chegado a uma conclusão oposta, ou seja, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06. Com razões também lastreadas em direitos fundamentais, poder-se-ia afirmar, por exemplo, que as mulheres vítimas de violência doméstica podem suportar um tratamento que mantém a desigualdade físico-muscular de seus algozes afastada da apreciação legal, e conseqüentemente a manutenção de um risco maior à sua integridade física e psíquica, e, porque não, à sua liberdade, em nome da preservação de sua autonomia privada e da igualdade para o exercício dessa autonomia. O mesmo discurso, com polaridade invertida, defendendo a preservação da dignidade da pessoa.

Outra decisão do STF que aponta um conflito entre a dimensão prestacional, especificamente de caráter legislativo, e os direitos fundamentais diretamente relacionados à dignidade humana, foi a proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 3.510 (BRASIL, 2010), na qual se discutiu a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/05<sup>15</sup>. O argumento central da ADIn era a defesa do direito fundamental à vida, partindo da ideia de que o embrião humano constitui uma vida humana, e que a violação desta afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado brasileiro.

Na ementa do acórdão ficou assentado que o artigo em questão não ofendia a vida e nem a dignidade humana, na medida que “a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade”. (BRASIL, 2010) Além de ligar o princípio da dignidade não apenas à vida, mas à vida com qualidade, o acórdão relacionou o princípio aos direitos relativos ao planejamento familiar, autonomia do casal que decide ter filhos e garantia de condições de bem-estar dos filhos. Mais enfaticamente, afirmou-se que o planejamento

---

<sup>15</sup> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

familiar “é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”.

No caso da Lei nº 11.105/05, o Estado, através de medida prestacional, procura garantir o direito à vida, na medida em que espera os frutos das pesquisas derivadas da manipulação de células-tronco e sua aplicação na cura de doenças e melhoria da qualidade de vida das pessoas. Ao mesmo tempo, limitou a liberdade que cada casal ou cientista teria a respeito da destinação das células e, também, pelo menos na visão dos autores da ADIn, preteriu o direito à vida. O Estado poderia ter se omitido e adotado postura defensiva, permitindo que cada casal e cada cientista resolvessem a respeito do uso dessas células. Há, ao mesmo tempo, uma limitação da liberdade em nome da concretização de direitos relacionados à bens materiais e uma limitação à persecução desses materiais, informada por necessidades de caráter ético<sup>16</sup> da vida em comunidade e da preservação de um determinado nível de autonomia para os indivíduos envolvidos em tais situações.

Ainda que se reconheça o papel central da autonomia da vontade individual, este centro é ocupado também por outros direitos fundamentais, razão pela qual

...a autonomia privada, como um elemento essencial da dignidade humana, oferece um relevante parâmetro para a definição do conteúdo e do alcance dos direitos e liberdades, mas não dispensa o raciocínio jurídico da necessidade de sopesar fatos complexos e de levar em consideração normas aparentemente contraditórias, com a finalidade de atingir um equilíbrio adequado diante das circunstâncias. (BARROSO, 2013, p. 83)

Os exemplos de situações como estas poderiam repetir-se à exaustão. No entanto, não se tem tamanha pretensão em um artigo de poucas linhas. O que fica evidenciado é que o debate jurídico sobre atos da vida civil, como a decisão de ter filhos ou a decisão de pedir que o Estado que preste auxílio para coibir agressões físicas, está cada vez mais constitucionalizado sob o enfoque dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana. Longe disso significar a irrelevância da legislação infraconstitucional, tal mudança de paradigma provoca uma constante renovação das instituições jurídico-políticas, possibilitando-se a adaptação do Direito à modernidade, haja vista a larga carga axiológica dos direitos fundamentais<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Segundo Barroso, “a autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa.” (2013, p. 81)

<sup>17</sup> Sobre a constitucionalização dos direitos civis, veja-se Gustavo Tepedino: “...a interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.” (2006, p. 22)

Além disso, dos casos analisados, fica a impressão de que o STF nos dois casos analisados, teve a preocupação com soluções em temas de conflito de direitos individuais que contemplassem justificativas calcadas em amplo rol de direitos fundamentais.

## **6 CONCLUSÃO**

Várias categorias abordadas neste trabalho são conceitos jurídicos de elevado grau de indeterminação e que, por isso, podem ser utilizados como esteio de discursos antagônicos, o que, por um lado, pode constituir-se em indicativo da pouca precisão terminológica com que são utilizados, e por outro, da importância político-jurídica dos termos, haja vista sua apropriação por todos os lados do debate.

A fim de que não sejam banalizados, é preciso que a hermenêutica lhes dê um significado mínimo. A proposta inicial deste artigo foi buscar esse núcleo fundamental da dignidade em alguns direitos humanos que comporiam o núcleo duro da dignidade, direitos estes que podem ceder, elastecer-se, sobrepor-se, mas nunca podem ser dizimados, sob pena de perecimento da própria dignidade. O respeito a esse grau mínimo de respeitabilidade dos direitos humanos que compõe a essência da dignidade deve ser tarefa, objetivo e paradigma do funcionamento do Estado, em sua finalidade de promover o bem comum, categoria esta que poderia ser substituída sem prejuízos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao buscar realizar o bem comum através da promoção da dignidade da pessoa humana, o Estado age prestacional ou defensivamente. Especificamente no que se refere à diminuição da esfera de autonomia privada diante da imposição de medidas prestacionais, o que importa é compreendê-la como um dos aspectos da dignidade, que não pode ser eliminada e nem se sobrepor sem razões apropriadas sobre outros direitos fundamentais, razões estas que devem buscar seu arrimo nestes mesmos direitos.

A implementação dos direitos fundamentais depende, muitas vezes, de produção legislativa que pondere estes direitos e que também garanta todos. Liberdade, autonomia, igualdade e dignidade parecem conceitos que funcionam na forma de um moto-contínuo jurídico, pois se alimentam uns dos outros em uma relação espiral, ao mesmo tempo em que formam um circuito aberto às novas experiências do Direito e da vida humana.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *Direitos Fundamentais e Justiça* –

*Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, n. 11. Disponível em <[http://www.dfg.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/11\\_Dout\\_Estrangeira\\_1.pdf](http://www.dfg.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/11_Dout_Estrangeira_1.pdf)>. Acesso em 29 julho 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012. 669p.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier. CASSEL, Douglas. (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Unoesc, 2011, 600p.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al (Org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Editora Unoesc. 2012. p. 15-71.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 132p.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995. 260p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em 27 jan. 2014.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06

– AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher. Paciente Cedenir Balbe Bertolini e Impetrante Defensoria Pública da União. Coator Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Habeas Corpus nº 106.212/MS. 24 de março de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%2Escla%2E+e+106212%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 26 jan. 2014.

De MARCO, C. M.; CASTRO, M. F. As dimensões e perspectivas do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 000-000, jan./jun. 2013.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. 397p.

FREITAS, Riva Sobrado de. *Dignidade humana e liberdade de convicção: um exame da eficácia material deste direito na experiência francesa e possíveis repercussões no mundo ocidental*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier. CASSEL, Douglas. (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Unoesc, 2011, 600p.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – parte geral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1077p.

GARCIA, Emerson. *Dignidade da Pessoa Humana: referenciais metodológicos e regime jurídico*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 21, 2005.

HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 354p.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. 727p.

MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, 496p.

NEUMANN, Ulfried. *A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade humana: construindo uma dimensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240p.

SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a. 1263p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012b. 192p.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 462p.