

MARCIO LUIZ MACENO

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SUA BANALIZAÇÃO E
POSSÍVEIS SAÍDAS DOUTRINÁRIAS PARA EVITÁ-LA**

CURITIBA

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SUA BANALIZAÇÃO E
POSSÍVEIS SAÍDAS DOUTRINÁRIAS PARA EVITÁ-LA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado pelo acadêmico Marcio Luiz Maceno ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a.Dr^a.Eneida Desiree Salgado

CURITIBA

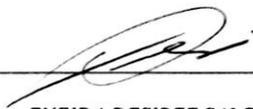
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCIO LUIZ MACENO

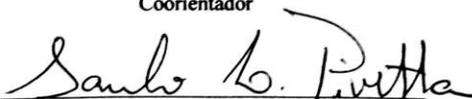
Dignidade da Pessoa Humana, sua banalização e possíveis saídas doutrinárias para evitá-la

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

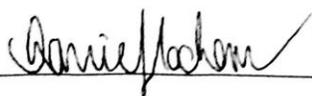


ENEIDA DESIREE SALGADO
Orientador

Coorientador



SAULO LINDORFER PIVETTA
Primeiro Membro



DANIEL WUNDER HACHEM - Direito Público
Segundo Membro

Dedico este trabalho à minha esposa, que foi a grande inspiradora para eu ter a coragem de enfrentar o grande desafio de fazer uma nova faculdade, depois de formado como engenheiro há catorze anos.

AGRADECIMENTOS

Nietzsche, em um de suas obras, “Humano, demasiado humano”, ácido como sempre, disse que “a exigência de ser amado é a maior das pretensões”. Não é o meu caso: sou amado e apoiado por várias pessoas que me ajudaram a trilhar estes cinco anos e dedico esta monografia a elas.

Não há como não agradecer à minha esposa, ainda namorada na época, que há seis anos, numa noite fria de inverno, em um bar de salsa onde saíamos para dançar, me pôs no caminho do saber jurídico. Depois de me ouvir reclamar pela décima vez que sentia que o meu trabalho, apesar de útil à sociedade em termos genéricos, já não me satisfazia, por estar muito mais relacionado à obtenção de lucros para acionistas sem rosto do que para contribuir com uma vida melhor, ela disparou: “Porque você não faz Direito?”.

Desde então ela vem me apoiando e entendendo os dias que não pude lhe dar muita atenção por causa das provas, dos trabalhos e da falta de tempo em geral em que implica fazer uma faculdade trabalhando. Durante todo este tempo na faculdade, nos casamos, tivemos uma filha linda, que veio a se juntar às minhas outras duas, de um casamento anterior, formando uma família carinhosa e unida.

Também dedico este trabalho às minhas filhas: uma diferente da outra, tanto física quanto emocionalmente. Marcela, a mais velha, já prestando vestibular, parecidíssima comigo em seu jeito de ser, querida e sempre carinhosa. Ana Luiza, a do meio, muito mais parecida comigo fisicamente, e dotada de muitas qualidades que só me fazem agradecer por ter tido ela: inteligente e determinada. Isadora, a mais nova, com só dois aninhos: minha verdadeira princesa de olhos azuis. Sem o carinho das três, das risadas que demos juntos, das brincadeiras, a trilha até a formatura seria, com certeza, muito mais árdua.

Aos meus pais também lembro agora. Sem o senso de ética, que aprendi com minha mãe e sem o otimismo, apesar de todas as dificuldades, que herdei do meu pai eu não seria eu, faltaria sempre alguma coisa.

Também dedico esta monografia aos meus colegas, a maioria deles, muito mais novos do que eu, mas que me aceitaram como igual, nas brincadeiras, nas dificuldades do curso e na convivência, em geral. À Carol e à Kaoana, minhas duas primeiras amigas na faculdade. Com elas tive a oportunidade de fazer uma apresentação de sociologia tão boa e emocionante, no primeiro ano, que levou às lágrimas alguns integrantes do nosso grupo. À Marina, Valéria, Mariana, Jonathan, Sindhai, Dario, Juliana e Tassiane, amigos que conheci melhor a partir do terceiro ano, com a divisão de turmas. Marina e nossas perguntas pré-prova, desafiando um ao outro, para poder ver se estávamos preparados para o teste. Valéria e sua incansável disposição para fazer o melhor possível, nos diversos trabalhos que enfrentamos juntos. Sindhai e nossas conversas sobre relacionamentos, sobre trabalho e sobre a vida em geral. Não posso esquecer também da Dani, que algumas vezes me ajudou entregando trabalhos e versões prévias desta própria monografia, quando estava fora da cidade, trabalhando.

Também não tenho como não mencionar todos os meus mestres na faculdade. Minha orientadora, Eneida, escolhida justamente por ser rigorosa com seus orientandos. Rigor este que, em certo ponto me fez duvidar de mim, mas que despertou uma das minhas maiores características: a busca por superar desafios. Suas marcantes aulas críticas de Direito Constitucional, fugindo da análise pura de nossa lei maior e buscando um melhor entendimento do que é realmente a democracia, não poderiam ser esquecidas de jeito nenhum aqui. Também Egon, meu primeiro professor de constitucional, que me fez escolher esta disciplina como minha predileta e cujos pensamentos sobre ativismo jurídico e sobre a função do poder judiciário em nosso Estado, em muito se coadunam com os meus. Uma das questões abordadas neste trabalho foi por ele também inspirada: o direito do cidadão à saúde. Sua discussão, em sala de aula, sobre casos em que o direito constitucional à saúde poderia ser usado como argumento para exigir do Estado o pagamento de despesas médicas não previstas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), serviu como incentivo para que eu pudesse me interessar cada vez mais pelos fundamentos teóricos dos direitos humanos. E o que falar do famoso caso, por ele contado, do arremesso do anão, que foi um dos meus primeiros contatos com toda a complexidade que envolve a análise do princípio da dignidade da pessoa humana. Finalmente, Fachin, e sua tópica sobre

análise crítica da jurisprudência civil, que me fez valorizar mais ainda a importância da argumentação jurídica bem fundamentada nas decisões jurisprudenciais.

“..a dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, se bem que com a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação.”

(KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes)

RESUMO

Este trabalho estuda o princípio da dignidade da pessoa humana, elencando saídas doutrinárias para evitar sua banalização nas decisões judiciais, através da análise de uma decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal brasileiro, escolhida por envolver em suas discussões, supostamente, a má aplicação do princípio em questão. Para isto realiza-se, inicialmente, uma análise detalhada do instituto, pesquisando suas raízes históricas e filosóficas e sua aplicação nas constituições modernas. Em seguida, revisa-se a doutrina mais moderna sobre este princípio. A partir desta base teórica parte-se para a construção de um novo caminho lógico de aplicação do princípio, utilizando-se de ferramentas teóricas tão diversas como a análise do mau uso de princípios em geral de Peter Schimdt, a solução lógica para colisões de princípios proposta por Robert Alexy e as teorias dimensionais de Ingo Wolfgang Sarlet e Luís Roberto Barroso sobre a dignidade humana. Da dialética destas duas teorias dimensionais esboça-se uma nova, buscando assim um mais adequado embasamento para a aplicação do princípio. Com o novo caminho lógico já construído, prossegue-se, aplicando-o à solução de controvérsias jurídicas complexas presentes na maioria das sociedades modernas. Feito isto, finaliza-se empregando o mesmo método de análise no caso paradigma escolhido, verificando-se se ocorreu ou não, no caso, uma banalização na aplicação do princípio.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; banalização; má aplicação; colisão de princípios; teorias dimensionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - O CASO: A BRIGA DE GALOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	13
1.1. O caso	13
1.2. Os argumentos levados ao Supremo Tribunal Federal.....	16
1.3. A decisão do Supremo Tribunal Federal	20
CAPÍTULO II – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS CONSTITUIÇÕES E NA DOCTRINA.....	28
2.1. A dignidade da pessoa humana nas constituições	28
2.2. A dignidade segundo Ingo Wolfgang Sarlet.....	34
2.3. Luís Roberto Barroso e as três dimensões da dignidade da pessoa humana	40
CAPÍTULO III – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ARGUMENTO: APLICAÇÃO DOS CONCEITOS APRENDIDOS EM CASOS DIFÍCEIS E NA ADI 1856/RJ	47
3.1 Delimitação do instrumental teórico.....	47
3.2 Aplicação dos conceitos na solução de casos difíceis	52
3.3 Aplicação dos conceitos na solução do caso da briga de galo.....	59
CONCLUSÃO.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	66

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana, um dos pilares da Constituição Brasileira de 1988, sendo um princípio reitor e fundamento da República, revela-se aberta a interpretações na análise de casos concretos. É justamente esta característica de abertura que a torna tão importante e aplicável a uma gama enorme de casos, mas que, ao mesmo tempo, a vulnerabiliza como princípio, pois permite sua banalização.

Luis Roberto Barroso, neste sentido, destaca a abrangência e os problemas na aplicação deste princípio:

A dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, (...).¹

Tais problemas acontecem devido à fluidez conceitual do princípio e da insipiência geral no meio jurídico que há sobre o mesmo. Isto sugere que para evitar a banalização de instituto tão caro às constituições modernas há de se melhor estudá-lo, buscando-se por métodos de aplicação mais elaborados. Esta é a principal razão para que tal tema fosse escolhido para esta monografia.

Consequentemente, pode-se definir o objetivo básico deste trabalho como estudar a banalização da dignidade da pessoa humana. Faz-se isto através da análise de um caso concreto, escolhido por ser à primeira vista representativo das distorções que podem acontecer durante a sua aplicação e por ter ocorrido no tribunal que deveria ser o guardião mor da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

O primeiro bloco deste texto apresenta o caso referido, a argumentação utilizada pelos lados opostos envolvidos na questão e, finalmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, buscando enfatizar o exato ponto da discussão onde aparece a possível distorção na aplicação do princípio.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 9-10.

Já o segundo capítulo busca estabelecer as bases teóricas para a análise do caso aqui estudado, fazendo, primeiramente, um retrospecto da introdução deste princípio na Constituição Federal de 1988 e, depois, uma revisão conceitual do que a melhor doutrina tem a falar sobre o assunto.

A terceira parte aproveita-se dos conceitos estudados no capítulo anterior para analisar, primeiramente, algumas controvérsias jurídicas complexas da sociedade moderna e, depois, o caso em questão, buscando pelo possível erro na aplicação do princípio, corrigindo-o, se necessário.

Para concluir, faz-se uma revisão das principais ideias abordadas durante o trabalho, apontando-se caminhos para uma melhor aplicação deste princípio tão caro ao sistema constitucional brasileiro atual.

CAPÍTULO I - O CASO: A BRIGA DE GALOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1. O caso

Trata-se de controvérsia apresentada perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Procurador Geral da República, tendo como interessados o Governador do Estado do Rio de Janeiro e a Assembléia Legislativa do mesmo estado, questionando a constitucionalidade da lei estadual nº 2.895, de 20 de março de 1998 que possui o seguinte texto:

LEI Nº 2.895, DE 20 DE MARÇO DE 1998. AUTORIZA A CRIAÇÃO E A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES (FAUNA NÃO SILVESTRE) PARA PRESERVAR E DEFENDER O PATRIMÔNIO GENÉTICO DA ESPÉCIE GALLUS-GALLUS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica autorizada a criação e a realização de exposições e competições entre aves das Raças Combatentes em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, cuja regulamentação fica restrita na forma da presente Lei.

Art. 2º - As atividades esportivas do galismo inerentes a preservação de aves das Raças Combatentes serão realizadas em recintos e/ou locais próprios nas sedes das Associações, Clubes ou Centros Esportivos denominados rinhadeiros.

Art. 3º - Todas as Associações, Clubes ou Centros Esportivos seguirão as normas gerais da presente Lei, e, supletivamente, cabendo a FEDERAÇÃO ESPORTIVA E DE PRESERVAÇÃO DO GALO COMBATENTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, na forma estatutária, elaborar regulamentos anuais desta atividade esportiva, de forma a viabilizar a preservação desta espécie nos campeonatos realizados anualmente nas Sedes das Associações.

Art. 4º - A devida autorização para a realização dos eventos (exposições e competições) programadas anualmente pelas Associadas, será obtido por requerimento à autoridade competente local da Guarnição e ou Agrupamento de Incêndio (Corpo de Bombeiro) sob a forma de um Alvará (Certificado de Registro) após ter sido efetuado o pagamento da(s) taxa(s) ao erário.

Art. 5º - Os locais onde se realizarão os eventos deverão ser vistoriados anualmente pela autoridade competente antes de fornecer o Alvará como medida preventiva de proteção e segurança dos sócios freqüentadores.

Art. 6º - Um médico veterinário e ou assistente capacitado atestará antes das competições, o estado de saúde das aves que participarão do evento.

Art. 7º - Em se tratando de competições internacionais com aves vindas do exterior, haverá um período mínimo de 72 horas para uma observação médica, mesmo que as aves venham acompanhadas de atestado de saúde.

Art. 8º - Fica terminantemente vedada a prática desta atividade em locais próximos a Igreja, Escola ou Hospital, se observando a distância mínima de 80 metros a fim de resguardar o silêncio, a ordem e o sossego público.

Art. 9º - Nos locais onde se realizam as competições é vedada a permanência de menores de 18 anos, a não ser quando acompanhadas dos pais ou responsáveis diretos.

Art. 10 - A Federação Esportiva e de Preservação do Galo Combatente do Estado do Rio de Janeiro normatizará em 30 dias, contados da vigência desta Lei, o ingresso e a autorização para funcionamento de Associações, Clubes ou Centros Esportivos.

Art. 11 - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 20 de março de 1998.²

Como se pode ver pelo próprio texto da lei, seu objetivo é permitir e regulamentar a briga de galos.

Este tipo de evento tem uma tradição milenar e pode ser encontrado na cultura de vários povos na história, como afirmam Marco Lunardi Escobar e José Otávio Aguiar:

A tradição é antiga: a primeira citação na história data de 5.000 a.C. no Código de Manu, a velha legislação da Índia, quando foram encontradas as primeiras regras destas competições(...)

A prática chegou ao Brasil com os espanhóis na colonização, em 1530, e logo se difundiu pelo território, o que popularizou a prática³

² RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998.

³ ESCOBAR, Mario Lunardi; AGUIAR, José Otávio. *O Direito Animal em Face da Espetacularização. O caso das rinhas de galo no nordeste brasileiro: Isso é manifestação cultural?* Belford Roxo: Uniabeu, v. 5, n. 10, mai./ago. 2012, p. 275-276.

O mesmo, porém, pode ser afirmado sobre instituições históricas como a escravidão. Consequentemente, o argumento, que busca caracterizar a briga de galos como instituição tradicional e cultural dos povos a ser protegida, perde a sua força.

Com a evolução da sociedade, este tipo de competição tem sido condenado contemporaneamente por sua característica de crueldade contra os animais, assim como se faz, por exemplo, com as touradas na Espanha. Na região da Catalunha, as touradas já são proibidas desde 2012, como fruto de um abaixo-assinado com 180 mil assinaturas, parte de uma Iniciativa Legislativa Popular aprovada pelo Parlamento Regional Catalão, em julho de 2010. Tal proibição torna esta região específica da Espanha a segunda a banir as touradas depois das Canárias, em 1991.⁴

Também no México existe uma preocupação latente na sociedade sobre este tema – vários grupos ativistas têm se manifestado contra as touradas, ajuizando ações pedindo a abolição da chamada tauromaquia, através de uma consulta cidadã. Alguns municípios deste país, como por exemplo, o de Tangancícuaro, já optaram por esta proibição, o que é mais um indício de um viés menos simpático a este tipo de competição cruel pelo mundo.⁵

Pronunciando-se sobre este embate entre cultura/tradição e crueldade contra animais, Marco Lunardi Escobar e José Otávio Aguiar afirmam:

O problema é que por muitas vezes esta função cultural entra em conflito com a vedação de práticas cruéis com a fauna, que também se trata de proteção constitucional. No caso das brigas de galo, tem-se um confronto claro entre o meio ambiente natural e meio ambiente cultural, no qual não importa se o animal sacrificado está em extinção, devendo toda a fauna ser protegida (...).⁶

É justamente esta controvérsia que é discutida nesta ação de inconstitucionalidade: deve prevalecer o patrimônio cultural, se é que as brigas de galo

⁴ Para ver mais: *Região espanhola da Catalunha dá adeus as touradas*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/regiao-espanhola-da-catalunha-da-adeus-as-touradas/n1597236092752.html>> . Acesso em fevereiro de 2014.

⁵ Para ver mais: *Município de Michoacán proíbe touradas e circo com animais*. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/02/07/2013/municipio-de-michoacan-proibe-touradas-e-circos-com-animais>>. Acesso em fevereiro de 2014.

⁶ ESCOBAR, Mario Lunardi; AGUIAR, José Otávio. *O Direito Animal em Face da Espetacularização. O caso das rinhas de galo no nordeste brasileiro: Isso é manifestação cultural?* Belford Roxo: Uniabeu, v. 5, n. 10, mai./ago. 2012, p.283-284.

possam ser consideradas como tal, ou vale a proteção à fauna e flora garantida pela Constituição Brasileira?

O caso será analisado aqui como um todo, para uma melhor compreensão do contexto fático e jurídico, mas a parte que realmente interessa, para os objetivos deste trabalho, será a relativa à argumentação, surgida dentro das discussões a respeito da ação, que coloca a dignidade da pessoa humana como princípio que poderia ser usado para justificar a inconstitucionalidade da lei. Lembre-se que se trata aqui de uma lei que propicia a regulamentação de uma atividade que sabidamente acarreta maus tratos a animais, mais especificamente aos galos de rinha. Maus tratos a animais, não a humanos. Poder-se-ia usar o princípio da dignidade da pessoa humana assim, de uma maneira demasiadamente reflexa?

1.2. Os argumentos levados ao Supremo Tribunal Federal

O Procurador Geral da República, em sua petição inicial, sustenta, resumidamente, que a lei em questão seria inconstitucional por ofender o preceito inscrito no art. 255, *caput* e seu § 1º, inciso VII:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.⁷

⁷ Brasil. Constituição Federal, de 1988.

Assim, de acordo com a petição inicial, existiria uma antinomia entre a lei estadual nº 2895/98 do Estado do Rio de Janeiro e a Constituição, em seu art. 225. A lei em questão regulamenta a briga de galos para, pretensamente, assegurar a proteção e assegurar o patrimônio genético da espécie Gallus-Gallus, mas sustenta a exordial que o efeito é justamente o contrário: o dispositivo normativo, na verdade, incentivaria competições que submetem animais à crueldade.

Para os fins deste trabalho é cabível ressaltar, neste ponto, que não há nenhum argumento na petição inicial que aponte para o uso da dignidade da pessoa humana como base legal para julgar a lei nº 2.895 inconstitucional.

Em oposição à exordial, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro quando chamada a se pronunciar, como interessada que era, manifesta-se no sentido da constitucionalidade da lei, pois o dispositivo legal visaria regulamentar, segundo ela, atividade já exercida por associações e federações esportivas espalhadas pela sociedade, propiciando-se assim a fiscalização e controle das competições por elas realizadas. Além disso, argumenta o órgão legislativo que o número de empregos gerados por estas atividades seria considerável, sendo situadas no Rio de Janeiro mais de 100 (cem) rinhas e mais de 70 (setenta) centros esportivos deste tipo.

Saindo do âmbito pragmático e indo para o jurídico, afirma também a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, com base nos ensinamentos de José Afonso da Silva⁸ – ao comentar o art. 24 da Constituição Federal de 1988 – que compete aos estados legislar concorrentemente com a União a respeito de matéria de caça, pesca e fauna:

Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;⁹

⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2ª ed., 1995, p. 128-129.

⁹ BRASIL. Constituição Federal, de 1988.

Assim, caberia à União apenas o estabelecimento de regras gerais sobre a matéria fauna, podendo o estado editar normas suplementares, como o fez neste caso.

Ainda segundo a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, para José Afonso da Silva¹⁰, a constituição protegeria a fauna sim, mas como conjunto de animais de uma região, compreendendo animais aquáticos, das árvores, do solo (insetos e microorganismos) e a fauna silvestre (animais de pelo e de pena). Nesta fauna não se incluiriam espécies domésticas, ou mesmo, as de cativeiro.

Por isto, o galo, segundo o ponto de vista da Assembleia deste estado, não faria parte da fauna, por se tratar de animal doméstico. Esta opinião é corroborada por pronunciamento formal do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Consequentemente, esta espécie não seria considerada como enquadrada na proteção dada pelo art. 225 da Constituição Federal.

Ademais, destaca a Assembleia do Estado do Rio de Janeiro que, mesmo considerando-se o galo como parte da fauna, o art. 225 da Constituição Federal de 1988 visa proibir a crueldade contra animais perpetrada pelo homem, o que não se aplicaria no caso da briga de galos, já que: “Na hipótese do chamado ‘galismo’ as aves lutam sem qualquer interferência direta do homem; brigam por seu espírito atávico, nada havendo a forçá-las a combater”.¹¹

Assim, não haveria nenhum impeditivo na Constituição para as brigas de galo, “sendo certo que, ante as circunstâncias históricas, que informaram a origem do preceito constitucional não se referem ao galismo, porém à chamada ‘farra do boi’ ”¹².

Argumenta também a Assembléia do Estado do Rio de Janeiro que, pelo princípio da interpretação das leis e dos atos normativos infraconstitucionais, deve-se sempre optar pelo sentido da lei que a torna constitucionalmente admissível. Não haveria então como declarar uma lei inconstitucional se é possível interpretá-la conforme a constituição.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2ª ed., 1995, p.128-129.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.865/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, 2011. Diário de Justiça Eletrônico, v. 198, 2011, p. 282. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>>. Acesso em fevereiro de 2014.

¹² Ibidem, p. 283.

Em seu argumento final a Assembléia do Estado do Rio de Janeiro é pragmática, dizendo que só tinha duas opções nesta matéria: não regulamentar a atividade e deixá-la ocorrendo à margem do Estado ou discipliná-la, implementando o poder de polícia do Estado para garantir a segurança das pessoas envolvidas nas competições e o bem-estar dos animais.

Por sua vez, o governador do Rio de Janeiro também participante do processo, entrando com um pedido de não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, argumenta ser ela inepta, visto que a exordial não apontaria os artigos da lei estadual contrários à Constituição Federal, nem fundamentaria de forma especificada porque cada artigo seria inconstitucional.

Além disso, segundo seu entender, não haveria como provar que a lei incentiva uma prática que colabora com a crueldade contra animais, visto que não existe a possibilidade de produção de prova em sede de controle de constitucionalidade abstrato. Como não se poderia enxergar diretamente na lei a convivência com a crueldade aos animais, dizer-se que isto ocorre seria temerário.

Alega o Governador do Estado do Rio de Janeiro também que o dispositivo constitucional apontado como ofendido para se declarar a inconstitucionalidade da lei não listaria quais práticas ensejariam crueldade contra animais. Em consequência, toda decisão sobre este tema seria de cunho essencialmente subjetivo e impreciso.

Segundo o chefe do poder executivo fluminense: “A indefinição deixa ao léu e sob o crivo do contexto probatório saber-se, por exemplo, se a prática de corridas de cavalos poderia ser enquadrada como conduta a ser programaticamente combatida, ante a falta de tipificação legal, levando à subjetividade, a conceitos fluídos e pouco palpáveis (...)”¹³.

Consequentemente, segundo o Governador do Rio, a condenação de condutas, como a participação em briga de galos, ofenderia ao princípio constitucional exposto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.865/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, 2011. Diário de Justiça Eletrônico, v. 198, 2011, p. 285. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>>. Acesso em fevereiro de 2014.

fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O mesmo valeria em relação ao princípio mais importante de constituição do estado brasileiro – a Democracia.

Em suma, argumenta o Governador do Rio de Janeiro que: “Não há, pois, no texto impugnado, ofensa direta ao texto constitucional, que ao contrário do alegado, traz em si regras de preservação e de poder de polícia, para a segurança de eventos que envolvem a participação de grande número de indivíduos, ordenando uma das formas de convívio social.”¹⁴

1.3. A decisão do Supremo Tribunal Federal

Preliminarmente, o Supremo Tribunal Federal decide por acolher o pedido de medida cautelar impetrado pelo Ministério Público Federal, suspendendo a eficácia da lei fluminense até o julgamento definitivo da questão, apoiando-se no entendimento inicial que a lei em questão realmente agrediria o preceito constitucional previsto no art. 225, § 1º, VII, por permitir a crueldade contra animais.

Nas sessões de julgamento deste processo foram levadas a cabo várias discussões sobre o tema, retratadas a seguir:

O voto do relator Ministro Celso de Mello começa por decidir pela não inépcia da petição inicial, visto que ela respeitaria o que é preconizado no art. 3º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999:

Art. 3º. A petição indicará:

- I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;
- II - o pedido, com suas especificações.¹⁵

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.865/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, 2011. Diário de Justiça Eletrônico, v. 198, 2011, p. 285. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>>. Acesso em fevereiro de 2014.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Ou seja, reconhece que a exordial pede pela inconstitucionalidade da lei nº 2.895/98, como um todo, sendo desnecessária a impugnação específica de cada artigo, encontrando-se os fundamentos jurídicos deste pedido na norma constitucional contida no art. 225, § 1º, inciso VII. Haveria claro antagonismo entre este dispositivo e a lei debatida em seu inteiro teor, como propõe a petição inicial.

Cita então jurisprudência anterior¹⁶ a este respeito, consubstanciando sua posição.

Falando mais especificamente sobre a desnecessidade de se impugnar especificamente cada artigo da lei em questão o voto analisado frisa ainda que, teleologicamente, a lei debatida buscaria regulamentar uma atividade francamente contrária ao ordenamento positivo brasileiro, mais especificamente ao dispositivo presente no art. 32 da lei nº 9.605/98:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.¹⁷

Ao destacar isto, o voto em questão deixa claro que todos os dispositivos da referida lei seriam ligados a uma finalidade única e deveriam ser impugnados globalmente então.

Atacando-se outra tese defendida pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, argumenta-se neste voto, que a crueldade contra os animais neste tipo de competição seria de senso comum e que, portanto, não precisaria ser provada.

¹⁶ “(...) ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL: INOCORRÊNCIA.- Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de ato emanado do Tribunal Superior Eleitoral, (a) indica, forma adequada, as normas de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre esse ato estatal de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.321/DF. Relator: Min. Celso de Mello, 2006. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, DF, v. 195, 2006, p. 841-815.

¹⁷ BRASIL. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Segundo a opinião do ministro seria então de conhecimento notório que as competições de briga de galo são inerentemente cruéis com os animais, sendo isto inegável e, portanto, descabíveis as alegações em sentido contrário.

Só esboçando-se uma reflexão sobre este argumento, é patente sua vulnerabilidade, pois não traz consigo nenhum dado fático para embasá-lo e escora-se em uma base totalmente subjetiva. Mais tarde no mesmo voto, porém, o ministro cita alguns dados fáticos, presentes em relatório do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), que parecem embasar sua opinião.

Entrando no mérito da questão, afirma o ministro que as brigas de galos seriam contrárias aos preceitos contidos no art. 255 da Constituição Federal de 1988, em seu *caput* e em seu § 1º, inciso VII, visto a patente crueldade contra os animais presente neste tipo de competição. Este posicionamento vai de encontro ao argumento utilizado pelo Ministério Público, na exordial.

Fica isto claro, na visão do ministro, pelo cunho de proteção ao meio ambiente contido no art. 225 da Constituição, cabendo ao Estado e a coletividade a tutela dos direitos de qualquer ser vivo, mesmo os irracionais, isto implicando na proibição de atividades que ponham em risco sua integridade física ou sua vida.

Esta proteção, segundo Celso de Mello, efetivaria um direito de terceira geração do ser humano, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, porque ao se preservar o meio ambiente proteger-se-ia o próprio homem e sua subsistência, proteger-se-ia também a vida das gerações futuras.

Citando alguns precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, o ministro deixa claro a posição dominante no tribunal sobre o mesmo assunto:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. 'Rinhas' ou 'Brigas de galo'. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regule, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas 'rinhas' ou 'brigas de galo'.¹⁸

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.776/RN. Relator: Min. Cezar Peluso, 2007. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728208/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3776-rn>>. Acesso em fevereiro de 2014.

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA -ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. procedimento discrepante da norma constitucional denominado 'farra do boi'.¹⁹

Destaca ainda Celso de Mello que, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, existem decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de condenar a briga de galos e sua crueldade contra os animais. Este mesmo ponto de vista também seria encontrado na maioria da doutrina pátria, como se pode exemplificar pelo excerto abaixo, francamente contrário a este tipo de espetáculo cruel:

Destacamos, neste estudo, as denominadas 'brigas de galo', pois são de atual repercussão no meio jurídico e social (...). Há tentativas de legalizar esta prática no Brasil, sob a justificativa de ser 'uma conduta que faz parte da manifestação cultural de várias regiões' e 'uma realidade existente e enraizada na sociedade'. Nesta prática, os animais são provocados pelo homem, que os coloca na arena para uma luta até a morte de um deles. Envolve atos de crueldade. Para esse momento de luta, os galos são preparados, cortando-lhes cristas e barbelas sem o uso de anestesia. O bico e as esporas são reforçados com aço inoxidável, e a luta não termina enquanto um deles não morrer na rinha.²⁰

A seguir, apoiado no voto emitido pelo Ministro Carlos Velloso na decisão da medida cautelar sobre a mesma questão, Celso de Mello diz que a proteção dada pelo art. 225, § 1º, inciso VII se estenderia não somente aos animais silvestres, mas aos domésticos também, incluindo-se nela também os galos de rinha, posição que seria também apoiada majoritariamente pela doutrina jurídica pátria, já que não faria sentido

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 153.531/SC. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, 1997, p. 388.

Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500> >. Acesso em fevereiro de 2014.

²⁰ CADAVEZ, Lília Maria Vidal de Abreu Pinheiro. *Crueldade Contra os Animais: Uma Leitura Transdisciplinar à Luz do Sistema Jurídico Brasileiro*. Porto Alegre: Revista Direito e Justiça, vol. 34, nº 1, jan./jun. 2008, p. 113-115.

que o legislador constitucional tenha protegido os animais silvestres e deixado de fora logo os domésticos. A cláusula seria genérica e não específica.

É citada então a descrição dada pela advogada, membro da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Edna Cardozo Dias, sobre a preparação de galos de briga, presente na petição inicial do processo. Para resumir, este relato detalha minuciosamente o tipo de crueldade perpetrada contra os galos neste tipo de competição.

Não se poderia dizer então, segundo o ministro, que a atividade de rinha de galos seja cultural ou mesmo desportiva, muito menos expressão folclórica, já que fazer isto seria simplesmente se pretender burlar a norma constitucional.

Também não caberia o argumento que os galos brigam apenas por sua natureza atávica, já que, conforme relatório de várias instituições ambientalistas, existiria toda uma preparação anterior do animal pelo treinador, evidenciando-se assim a participação do homem neste espetáculo cruel. Além disso, a rinha de galo serviria como objeto de apostas e, portanto, seria, de certa maneira, ingênuo achar que não há interferência do homem.

Finalizando, Celso de Mello opta pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelos motivos já expostos.

É importante frisar, para os fins deste trabalho, que até aqui não houve nenhuma referência à dignidade da pessoa humana, nem na petição inicial, nem no pronunciamento da Assembleia do Estado do Rio de Janeiro, nem no pedido do Governador do estado, muito menos no voto do relator.

O primeiro voto, fora o do relator, é do ministro Dias Toffoli, que defende que o artigo 225, inciso VII, definiria como sendo a competência para estabelecer o grau de proteção ao meio ambiente da legislação ordinária. Esta legislação, inclusive, já existe, na forma da legislação criminal ambiental. Não haveria como se falar em inconstitucionalidade, se a gradação da proteção é dada pela lei e não pela carta magna. Por isto julga este ministro improcedente a ação.

Tomando um rumo diferente, em seguida, Ayres Brito busca deixar claro, em seu voto, que a referência feita à lei pelo inciso debatido do art. 225 não é no sentido de que a proibição da crueldade contra animais somente aconteça a partir da edição de leis

infraconstitucionais. Não se trata então de uma norma de eficácia limitada, na classificação de José Afonso da Silva, mas sim de uma regra de aplicabilidade imediata. A norma valeria por si só, não precisando de complemento legal para se fazer valer.

Frisa ainda em sua opinião que a briga de galo não seria manifestação cultural, nem esporte, caracterizando verdadeira tortura contra animais e acompanha o voto do relator, julgando procedente a ação.

Neste ponto, há uma intervenção do ministro Luiz Fux buscando ressaltar que, segundo seu entendimento, não há nenhuma lei modernamente que escape dos mandamentos constitucionais. Haveria na Constituição normatividade suficiente para proibir práticas como a briga de galo, sem precisar de leis que a especifiquem.

Na sequência, partindo para uma linha de pensamento diferente do relator, o ministro Marco Aurélio argumenta que haveria vício de forma na lei estadual – quem deveria disciplinar as vedações às práticas que coloquem em risco à fauna seria a lei federal. Além disso, a lei local não disciplinaria uma vedação, pelo contrário, autorizaria uma prática.

Segue-se outra intervenção, agora do ministro Gilmar Mendes observando que, em caso anterior, tratando da Farra do Boi, em Santa Catarina, discutiu-se também o embate entre o aspecto cultural do evento e a ideia de proteção aos animais. Naquele julgamento optou-se por condenar enfaticamente a crueldade contra os animais, sendo de menor importância o viés cultural da questão.

O mesmo ministro, neste ponto, busca estimular uma discussão sobre a possibilidade de um estado da federação autorizar a rinha de galos, apenas por não haver legislação federal a respeito. Completa dizendo que se esta prática fosse permitida em um estado e em outros não, as competições migrariam para outros estados, simplesmente.

Admite também que há reserva legal no texto constitucional, mas questiona-se se a simples falta de lei a regular a questão impediria o Poder Público de tomar medidas protetivas.

Diante do voto do Ministro Marco Aurélio e das colocações do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Dias Toffoli decide, neste ponto, mudar seu voto, inclinando-se pela

inconstitucionalidade formal da lei estadual, já que existe legislação federal já vigente – a lei de crimes ambientais 9.605/98. Vota assim pela procedência da ação.

É aberto então um debate pelo Ministro Celso de Mello, que defende que a expressão poder público inserida no art. 225, §1º, VII, referer-se-ia a todos os órgãos públicos, sendo ele federais, estaduais ou municipais. E ainda que a norma em questão teria aplicabilidade imediata e eficácia plena por ser norma proibitiva.

O Ministro Ayres Brito concorda com este ponto de vista, lembrando que no livro “Curso de Direito Constitucional” do próprio Ministro Gilmar Mendes há menção em várias passagens sobre ser a expressão poder público sinônima de Estado, pessoa jurídica estatal, compreendendo União, Estado, Distrito Federal e municípios. E como haveria a menção ao poder público haveria claramente um dever de proteção geral.

Findo o debate, segue o voto do ministro Gilmar Mendes acompanhando o posicionamento do relator, até por já haver jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal a respeito de uma lei essencialmente idêntica, declarando-a inconstitucional, assim como decisões correlatas a cerca de casos similares como o da Farra do Boi.

Segue-se mais um debate, agora iniciado pelo ministro Cezar Peluso. É neste debate que se chega ao ponto crucial na discussão do caso, para os objetivos pensados para este trabalho: o Ministro Peluso argumenta que não seria apenas o art. 225 da Constituição Federal que serviria de argumento contra a constitucionalidade da lei estadual em questão. Diz que também haveria ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, por ser a lei contestada um estímulo aos impulsos mais primitivos e irracionais do ser humano.

Ou seja, segundo ele, a proibição das rinhas de galo se encaixaria na vedação de todas as práticas que diminuem o ser humano.

Este posicionamento é acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que acrescenta às discussões o fato de que em Barcelona as touradas foram proibidas, porque, segundo ele, quando se trata cruelmente um animal estaria se ofendendo o núcleo da dignidade da pessoa humana.

Não somente quem participa das rinhas de galo, mas aqueles que podem ouvir os gritos dos animais e dos participantes teriam sua dignidade atingida, completa o ministro.

Finalizam-se as discussões com o voto da Ministra Cármen Lúcia, concordando com voto do relator e acrescentando o fato de que o dever de cuidar da fauna não seria só do poder público, mas da sociedade como um todo. Completa Cármen Lúcia seu voto, reafirmando que não deveria ser o Estado a proibir condutas pouco dignas de coletividades, mas a própria sociedade deveria evitar isto.

A decisão final do STF para este caso é a de, por unanimidade, rejeitar as preliminares arguidas pelas partes interessadas. Também por unanimidade, analisando-se o mérito da questão, decide-se pela inconstitucionalidade da lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, nos termos do voto do relator.

CAPÍTULO II – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS CONSTITUIÇÕES E NA DOCTRINA

2.1. A dignidade da pessoa humana nas constituições

A dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor reitor da Constituição Federal Brasileira, não foi criada no começo do século XX, nas Constituições do México de 1917 e na Alemã da República de Weimar, de 1919, como muitos podem pensar. Ele sempre existiu, conforme salienta José Afonso da Silva: “A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”²¹.

Inúmeras são as raízes filosóficas e até religiosas da dignidade da pessoa humana, mas destaca-se, neste campo, a influência de Kant, que de maneira ordenada, estabeleceu, no século XVIII, um sistema de valores morais totalmente calcado na racionalidade do ser humano.

Para Kant, uma ação para ser boa em si mesmo, ou em suas palavras, para ser um imperativo categórico, deve seguir a máxima: agir de maneira que a inspiração de sua vontade possa ser transformada em uma lei universal.²² Não há virtude específica estabelecida aqui, como acontece na ética de Platão, por exemplo. Há apenas um arranjo lógico que busca determinar a fórmula de uma ação totalmente ética.

Kant ainda define a ação ética de duas maneiras diferentes, mas segundo ele equivalentes à primeira: aja de maneira a usar o homem como fim e não como meio e considere que sua vontade é formadora de uma lei universal²³. A segunda formulação de imperativo categórico de Kant pode se resumir em uma ação segundo princípios

²¹ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, v. 212, abr./jun. 1998, p. 84-94.

²² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 59.

²³ *Ibidem*, p. 68.

humanitários, enquanto a terceira tem a ver com autonomia do homem em se autodeterminar.

Em um mundo ideal, onde todos se orientassem pelo imperativo categórico kantiano tudo teria preço ou dignidade, quando se tem preço há como se substituir a coisa, o objeto cognoscível de que se trata, mas não havendo preço, há dignidade, porque não há como se obter coisa equivalente de nenhum modo²⁴. Assim é o ser humano, com um valor intrínseco inerente.

Esta afirmação está em conformidade com a segunda formulação do imperativo categórico de Kant, ou seja, há dignidade quando se usa o homem como fim e não como meio.

A definição kantiana de dignidade é importante até hoje e influencia vários textos legais, sendo base para conceitos adotados em constituições pelo mundo todo.

Saindo da pura filosofia e entrando no ramo do Direito, a história da dignidade humana como princípio jurídico tem seu início apenas no começo do século XX. Foi somente nas Constituições do México e na Alemã da República de Weimar, já citadas, que ela começou a ser positivada como princípio, começando a se destacar, não mais como uma pura noção filosófica, mas como um direito concreto, irradiando seus efeitos para todo o ordenamento constitucional dos países que o adotaram.

Estas duas constituições influenciaram toda uma nova geração de novas constituições, com o passar do tempo e a partir, principalmente, do final da Segunda Guerra Mundial, constituições estas dotadas de um viés muito mais humanista que suas predecessoras. Abandonava-se o paradigma individualista, onipresente na proteção dos direitos do homem desde a Revolução Francesa, e começava-se a trilhar um novo caminho: o da solidariedade entre os seres humanos e da valorização do homem como um todo, não apenas a partir de uma mentalidade patrimonial. Pelo menos formalmente.

Pode-se perceber isto na Constituição atual de vários países pelo mundo, como no caso do Canadá, da Alemanha, Israel e muitos outros. Não importa se o princípio da dignidade da pessoa humana aparece no corpo de tais constituições ou em seu

²⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

preâmbulo, como no caso do Canadá. Mesmo neste último país, a sua Corte Suprema não se furta a usar o conceito de dignidade na solução dos mais diversos casos. Até em países como França e Estados Unidos, que não tem em suas constituições nenhuma referência a este princípio, ele é adotado e utilizado de forma cada vez mais diversa e fundamentada.²⁵

Contudo, frise-se, não é somente em textos de caráter humanista que o princípio da dignidade da pessoa humana está presente, ele também já foi utilizado, devido a sua característica de interpretação aberta, em documentos jurídicos de caráter menos voltado para a proteção dos direitos do homem, como no esboço de constituição francesa do Marechal Petain, de 1940, durante a colaboração com a Alemanha nazista, e na Lei Constitucional, de Franco, na ditadura espanhola.²⁶

No âmbito brasileiro, pode-se dizer que a Constituição de 1934, em seu artigo 115, foi a primeira a sugerir o direito a uma existência digna, ao estabelecer o funcionamento da ordem econômica nacional. Já a carta de 1937 nada disse a este respeito, tendo sido esta idéia resgatada na Constituição seguinte, a de 1946, em seu artigo 145. A dignidade humana também está presente na Constituição de 1967 (artigo 157) e na Emenda Constitucional 1/69 (artigo 160), atrelando-se agora a dignidade humana à valorização do trabalho. Note-se que até este ponto que a dignidade humana não é um valor autônomo, suficiente em si mesmo, mas um fundamento para outra coisa, seja a ordem econômica ou o trabalho. Sem trabalho não existiria dignidade? Esta é uma conclusão que não pode ser admitida²⁷.

Foi somente na Constituição de 1988 que a dignidade da pessoa humana, como ela é entendida modernamente, surgiu no ordenamento positivo brasileiro.

Nela, a dignidade da pessoa humana, surgiu como verdadeiro direito e fundamento do Estado Democrático já em seu art. 1º:

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 20-21.

²⁶ Idem.

²⁷ BRAGANÇA, Lúcio Roca. *A dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20398/a-dignidade-da-pessoa-humana-na-constituicao-de-1988/2>>. Acesso em maio de 2014.

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; (...) ²⁸

Isto se explica porque a Constituição de 88 foi fruto de um contexto histórico marcado pelo fim da ditadura no Brasil e pela abertura política – um tempo de esperanças para o povo brasileiro. Nada melhor que colocar como fundamento da república então um princípio que apela para a solidariedade das pessoas, aumentando o sentimento de nação.

É importante também o fato que a carta de 1988 foi produto de uma convocação de Assembleia Constituinte ímpar na história política brasileira. Pela primeira vez não havia projeto prévio a limitar o poder constituinte. Isto gerou um texto constitucional às vezes contraditório, por conjugar as diversas forças políticas presentes na sociedade brasileira no final da década de 90, mas que tem como mérito respeitar o consenso democrático na consecução de seus fins. ²⁹

A constituição de 1998 foi e é, até hoje, o texto constitucional brasileiro mais voltado para os valores democráticos, abordando tanto direitos individuais, quanto coletivos e sociais, moldados através da luta social durante a história política do Brasil. ³⁰

Contudo apenas positivar o direito à dignidade na Constituição não leva a uma mudança imediata na realidade factual, mas este é um ponto importante de partida na luta pelos direitos do ser humano.

²⁸ BRASIL. Constituição Federal, 1988.

²⁹ BRAGANÇA, Lúcio Roca. *A dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20398/a-dignidade-da-pessoa-humana-na-constituicao-de-1988/2>>. Acesso em maio de 2014.

³⁰ Para ver mais: KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. *Princípio da dignidade da pessoa humana*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em maio 2014.

O direito à dignidade da pessoa humana, na Constituição de 1988, é carregado de força normativa, seguindo a linha de outros princípios presentes na carta magna, ou seja, sua aplicação é cogente nos termos bem estabelecidos por constitucionalistas como Alexy.

Em sua obra, Alexy estabelece uma diferenciação entre regras e princípios: “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras tem o caráter de mandados definitivos”³¹. Ou seja, para ele, os princípios tem realmente força normatizante, mas sua aplicação é balizada pela otimização, pelo sopesamento dos valores elencados em cada princípio. Assim, cada caso deve ser resolvido em concreto, analisando-se condições fáticas e jurídicas.

É importante salientar que Alexy tem uma visão diferenciada para a dignidade da pessoa humana defendendo que ela não se manifesta na maioria das vezes como princípio, mas como regra. Melhor explicando, como, na maioria das vezes, a dignidade da pessoa humana pode se sobrepor a outros valores, ela se comporta como regra e não como princípio, por não ser razoável seu sopesamento ante outros princípios no caso concreto. Para casos, como o da pena de morte entretanto, uma realidade em outros países, a dignidade cederia em face à proteção da comunidade, mas isto muito raramente acontece.³²

Podem-se encontrar referências, mesmo que indiretas, à dignidade da pessoa humana em vários trechos da Constituição Federal, não só em seu art. 1º, inciso III. Já no preâmbulo constitucional, há menção ao Estado Democrático de Direito, como forma de se proteger direitos individuais e sociais. Por sua vez, no art. 1º, inciso I, coloca-se como fundamento da República a cidadania e no art. 170, caput, determina-se que a ordem econômica esteja a serviço de uma existência digna. Olhando o art. 226 encontra-se referência ao instituto da família e seu planejamento para garantir a

³¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução livre do autor. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 208.

³² CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. *A ponderação de princípios e a supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10617>. Acesso em maio 2014.

dignidade do homem. Voltando agora ao início da Constituição, define-se no art. 3º, inciso III, que a República tem como objetivo a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo-se desigualdades sociais e regionais. E por fim, em seu art. 6º, a Constituição estabelece como direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados³³.

Como se pode ver pelo parágrafo anterior a dignidade da pessoa humana está ligada intrinsecamente aos direitos, tanto os sociais quanto os individuais, e com eles se confunde, podendo-se dizer que não há como separá-los sendo a dignidade da pessoa humana um direito mais amplo que acolheria, dentro de suas múltiplas definições, muitos dos outros direitos do ser humano.

No entanto, apesar de importante aglutinador de outros princípios, a dignidade da pessoa humana não é absoluta e pode ser mitigada, em casos específicos, tais como na prisão legal de um indivíduo, que teria podada sua liberdade de ir e vir, parte integrante do conceito de dignidade. Pensa assim o ministro do STF, Gilmar Mendes, baseado em ensinamentos de Alexy, já elencados anteriormente:

o princípio da dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem de comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições.³⁴

Falando-se agora sobre sua conceituação, ela é fluida e dá margem a largas interpretações, espelhando a miríade de facetas sob as quais ela pode se apresentar no mundo jurídico.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, a dignidade da pessoa humana é: “Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo

³³ Para ver mais: KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. *Princípio da dignidade da pessoa humana*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em maio 2014.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.151.

respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade (...)”³⁵. Isto implica, segundo Sarlet, em um emaranhado de direitos e deveres fundamentais, que protejam o ser humano contra sua degradação, garantindo um mínimo existencial para uma vida saudável e promovendo sua autonomia em determinar o rumo de sua existência.

Já para Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, em construção, que na sua visão pode ser decomposto em três dimensões básicas: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

O foco das duas próximas seções será justamente o de esmiuçar a visão destes dois constitucionalistas, entrando-se em detalhes que nos darão uma visão mais completa de um princípio com uma significação tão ampla. Eles foram escolhidos porque ambos têm obras específicas onde tentam analisar a dignidade humana em seu conteúdo, dividindo-a em dimensões. Além disso, a influência de seus escritos na doutrina pátria é patente, servindo de base para diversos outros trabalhos.

2.2. A dignidade segundo Ingo Wolfgang Sarlet

Para Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana seria um conceito jurídico e não apenas filosófico, justificada sua posição no fato de que, conforme pensamentos de Denninger, em contraponto a Habermas, a jurisdição constitucional não poderia se abster de resolver conflitos que envolvam as dimensões da dignidade humana.³⁶

Poder-se-ia dividir a dignidade humana em várias dimensões, sendo a primeira delas encontrada em várias teorias que a definem como algo intrínseco ao ser humano³⁷, advinda de um poder divino ou da própria natureza.

Neste sentido, São Tomás de Aquino defende que “o corpo humano tem a máxima dignidade, uma vez que a forma que o aperfeiçoa, a alma racional, é a mais

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p.365.

³⁷ *Ibidem*, p. 367.

digna”³⁸, em um viés espiritualista, enquanto Kant, baseando-se apenas na razão pura, preceitua que “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”³⁹.

Seria a dignidade então irrenunciável e inalienável, fazendo parte do próprio ser humano e tornando-o o que ele é. A dignidade deve ser protegida e respeitada, portanto, mas nunca poderia ser criada, concedida ou alienada.⁴⁰

Ela seria inerente até àqueles que cometem os atos mais degradantes e indignos, não podendo ser ignorada nem mesmo nestes casos. E mais, manifestar-se-ia como um dado prévio, algo que nasce com o próprio homem, e não como uma construção jurídica desenhada para proteger um direito do ser humano. Por isto deveria ser defendida mesmo sem sua positivação em um ordenamento jurídico.⁴¹

No entanto, a sua positivação seria um passo importante rumo a uma defesa eficaz de seu conteúdo moral, em consonância com a seguinte lição de Flávia Piovesan: “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”⁴².

A dignidade do homem, seguindo uma noção kantiana, teria base em sua autodeterminação e autonomia, entendida como capacidade abstrata do ser humano de determinar e escolher suas condutas. Capacidade abstrata, frise-se, não se negando a dignidade, por exemplo, de um grave deficiente mental⁴³. Teria base, mas não seria apenas isto, assim como não seria apenas inerente a cada ser humano.⁴⁴

Muitos outros autores analisam a dignidade da pessoa humana partindo de uma matriz kantiana, como Luis Roberto Barroso, autor a ser mais bem estudado a frente,

³⁸ AQUINO, São Tomás de. *Suma de Teología*. 4. ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, p. 411.

³⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-68.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 365.

⁴¹ Ibidem, p.367.

⁴² PIOVESAN, Flávia. *Implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos no âmbito intra-governamental e federativo*. In: Painel in the Workin Session: Implementation through intraste levels of government, including federal, state/provincial and municipal jurisdictions. Washington, USA: Inter-American Commission on Human Rights. 1º mar. 2003, p. 1.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 368.

⁴⁴ Ibidem, p. 369.

Fabio Konder Comparato⁴⁵ e Afonso da Silva⁴⁶, denotando-se a grande influência que este filósofo alemão teve na construção do instituto.

Uma segunda dimensão a ser destacada da dignidade do homem seria a comunitária, ou uma dimensão relacional e comunicativa, nas palavras de Sarlet, já que todos são iguais em dignidade e direitos, como afirma a Declaração Universal, de 1948. Segundo Sarlet, só se pode realmente caracterizar a dignidade humana fazendo-se um contraponto entre a dignidade em forma de autonomia e a dignidade como valor social, ressignificando-a em um contexto comunitário. Sacrificar-se-iam aspectos individuais da dignidade do homem em prol da comunidade⁴⁷.

Existiria ainda uma terceira dimensão da dignidade da pessoa humana, a dimensão de dignidade como construção, como fruto de um contexto histórico-cultural. Não seria a dignidade algo apenas inerente ao ser humano, mas também uma construção jurisprudencial e doutrinária, desdobrando-se em várias regras prestacionais que assegurariam direitos aos indivíduos, direitos conquistados progressivamente com a luta de todos⁴⁸.

Mas não se poderia admitir que ao se adotar esta terceira dimensão da dignidade humana, diminua-se a importância do valor inerente do homem, do ser humano como um fim em si mesmo: fazer isto seria incorrer no mesmo erro de Luhmann, que ao criar sua teoria do conceito dinâmico da dignidade, afirmou que sua construção dependeria das habilidades e possibilidades individuais de cada um, uma verdadeira aquisição do ser humano enquanto ser racional e não algo natural, nascido com o homem⁴⁹.

Como consequência, não se trataria aqui de se desqualificar a dignidade de seres humanos que, por impossibilidade fática, não possam agir afirmativamente em

⁴⁵ Ver COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

⁴⁶ Ver SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*, In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212 (abril/junho, 1998), p. 89.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 369.

⁴⁸ Ibidem, p. 373.

⁴⁹ Luhman, Nikla. apud BRATILOVEANU, Izabela. *Dignity of human person*. Tradução livre do autor, 2014, p. 4. Disponível em < http://cis01.central.ucv.ro/upload/lucrari_dr/745_rez-en.pdf > . Acesso em maio de 2014.

busca de sua dignidade, tais como no caso dos nascituros e dos absolutamente incapazes⁵⁰.

Complementar a esta última dimensão analisada surgiria uma quarta: a dignidade humana como atuação positiva e negativa do Estado. O Estado deveria abster-se de se imiscuir no campo privado de decisões de indivíduos racionalmente autônomos, mas não poderia ao mesmo tempo, deixar de protegê-los, agindo prestacionalmente. É nesta dualidade que residiria o grande desafio da aplicação do princípio.

Esta lição tem base nos estudos de Dworkin sobre aborto, eutanásia e direitos individuais, onde pode ser encontrada uma definição de dignidade dividida em uma voz ativa e uma voz passiva dentro do mesmo instituto. A dignidade como voz ativa seria delimitada pela “compreensão de que as pessoas se importam, e devem importar-se, com sua própria dignidade”⁵¹, ou seja, não deveriam dela abdicar de maneira alguma, dentro de suas possibilidades, enquanto a voz passiva cuidaria da proteção da vida digna pelo seu valor intrínseco. Estas duas faces da dignidade seriam conectadas, coexistindo em harmonia. Se uma faltasse, a outra prevaleceria.

Conseqüentemente, em casos onde autonomia do indivíduo fosse comprometida, não podendo ser exercida a luta pela própria dignidade, por algum fator interno ou externo (doença mental, senilidade), o Estado devesse assumir sua faceta protetiva, garantindo ao indivíduo uma vida digna⁵².

Esta é a visão resumida de Sarlet a respeito das dimensões em que pode ser entendido o princípio da dignidade da pessoa humana. Em uma seção posterior, veremos uma abordagem do princípio parecida com esta, dividindo-se o instituto em dimensões, mas na visão de Luís Roberto Barroso.

Falando agora sobre mínimo existencial, Sarlet considera que este conceito se confundiria com o de dignidade do homem, sendo deste indissociável, justamente por

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 376.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 338-340.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 376.

estes dois institutos se relacionarem intimamente com o núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais.⁵³

Desde a metade do século XX, já existiriam juristas que defendiam que a dignidade da pessoa humana não teria a ver apenas com liberdade, mas também com as condições mínimas materiais que garantiriam uma existência digna ao ser humano, como Otto Bachof.⁵⁴

Isto seria ainda mais presente hoje em dia, já que é opinião majoritária que não há existência digna nos limites extremos da pobreza. Não se trata apenas de sobreviver, mas também de poder se ter alternativas viáveis para se desenvolver sua personalidade.

Neste sentido Ricardo Lobo Torres: “O mínimo existencial constitui uma das condições para o exercício da liberdade e dos direitos humanos. Pode se expressar no princípio da igualdade, da proclamação do respeito á dignidade humana (...)”⁵⁵.

Entretanto, não se poderia confundir então o mínimo existencial com o mínimo vital ou de sobrevivência, visto que este último não teria como ponto de partida uma existência digna, mas apenas a sobrevivência do indivíduo. Garantir-se-ia a vida, mesmo se ela fosse indigna. Não seria só aplacar a fome do ser humano, mas fazer mais, dar condições que permitam o indivíduo se desenvolver como homem⁵⁶.

Para Luiz Edson Fachin, complementar ao instituto do mínimo existencial há também o direito ao patrimônio mínimo, um patrimônio que daria ao possuidor as condições mínimas de existência, protegido pelo Estado, com base no ordenamento jurídico. Em seus ensinamentos a proteção dada à propriedade privada na Constituição de 1988, incluiria também a “tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não seria incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial”⁵⁷. Este conceito de patrimônio mínimo teria várias consequências jurídicas, como por exemplo, o estabelecimento, já bem delineado juridicamente, do instituto do bem de família.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios*. In Revista do Cejur, v.1, n.1, 2013, p. 29.

⁵⁴ Ibidem, p. 31.

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In Revista de Direito Administrativo, nº177, jul/set de 1989, p.75.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 35.

⁵⁷ FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 232.

Voltando à Sarlet, o mínimo existencial estaria baseado no direito fundamental à vida e na dignidade da pessoa humana, e, portanto, incluiria a dimensão sociocultural deste segundo princípio⁵⁸. Falar-se-ia aqui da dignidade humana como o direito às prestações culturais básicas, como no caso da educação fundamental.

O direito à educação fundamental também é incluído dentro do escopo do mínimo existencial por Ricardo Lobo Torres, sob o conceito *status positivus libertatis*⁵⁹, construção doutrinária que inclui muito outros direitos básicos.

Não seria necessário, como conclusão lógica da relação ontológica entre mínimo existencial, direito à vida e dignidade da pessoa humana, que este primeiro direito estivesse positivado no texto constitucional. A positivação dos outros dois já o abrangeria.

Neste ponto, Sarlet é claro: “(...) o que importa, nesta quadra, é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.”⁶⁰

No caso brasileiro não há esta previsão explícita de direito ao mínimo existencial, na constituição de 1988, nem houve nas anteriores, conforme preceitua Ricardo Lobo Torres: “O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico. Mas aparece algumas vezes no texto básico com referência a certos direitos”.

Mas existe e é bem clara a proteção aos direitos sociais, como à assistência social, à saúde, à moradia, à previdência social, etc. Isto faria que alguns aspectos do direito ao mínimo existencial fossem abarcados pela previsão de proteção a estes direitos, mas, obviamente, não se poderia ficar nisto, pois este não se confunde plenamente com aqueles, que poderiam ser interpretados inclusive sob sua luz.⁶¹

Alguns dizem inclusive, segundo Sarlet, que o mínimo existencial consistiria no núcleo essencial dos direitos sociais, e, conseqüentemente, não poderia ser suprimido

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios*. In Revista do Cejur, v.1, n.1, 2013, p. 37.

⁵⁹ TORRES TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In Revista de Direito Administrativo. nº177, jul/set de 1989, p. 72.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 37.

⁶¹ Ibidem, p. 39.

de forma alguma pelo Estado ou pela sociedade. Isto seria decorrência do princípio da proibição do retrocesso social, que preconiza que o mesmo “será sempre – prima facie – inconstitucional, carecendo de uma justificativa constitucionalmente adequada e que atenda ao princípio da proporcionalidade – necessária, adequada e razoável – sob pena de ser impugnado em sede de controle de constitucionalidade”⁶². Como não se vislumbraria que existisse alguma justificativa constitucional adequada para se atacar o núcleo essencial dos direitos sociais, ele seria protegido de toda forma.

No entanto, quando se fala em núcleo essencial do próprio mínimo existencial, não haveria como reduzi-lo, à priori, a um rol delimitado de direitos subjetivos. Poder-se-ia imaginar quais direitos subjetivos, positivos ou negativos fariam parte dele, mas nunca dizer que só estes direitos seriam a essência do mínimo existencial. Disto depreender-se-ia que o mínimo existencial seria composto por uma dupla função do Estado: a positiva ou prestacional e a negativa ou defensiva, como ocorreria com outros direitos fundamentais.⁶³

Para concluir a posição de Sarlet sobre o mínimo existencial ele seria, ao mesmo tempo, condição e limite para a democracia, pois não haveria como se pensar em participação política verdadeira dos cidadãos, sem dignas condições de existência, e nem poderia a democracia pensar em suprimi-lo.⁶⁴

2.3. Luís Roberto Barroso e as três dimensões da dignidade da pessoa humana

Para Luís Roberto Barroso deve-se fazer um esforço para conceituar a dignidade da pessoa humana, por se tratar de “conceito valioso, com importância crescente na

⁶² FUHRMANN e SOUZA, Ítalo Roberto. *Proibição do retrocesso e direitos sociais*, p. 568. Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Direito/72277-ITALO_ROBERTO_FUHRMANN_E_SOUZA.pdf> . Acesso em junho de 2014.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios*. In Revista do Cejur, v.1, n.1, 2013, p. 39.

⁶⁴ Ibidem, p. 40.

interpretação constitucional, e que pode desempenhar um papel central na fundamentação de decisões envolvendo questões moralmente complexas.”⁶⁵

Para cumprir esta tarefa ele também se baseia nos ensinamentos éticos kantianos, que pregariam o domínio do ser humano sobre suas paixões, e divide a dignidade da pessoa humana em três dimensões: o valor intrínseco de todo ser humano, a autonomia de cada indivíduo e a limitação a esta autonomia determinada por valores legítimos sociais (valor comunitário).⁶⁶

Pode-se perceber aqui uma correlação com a teoria das dimensões da dignidade humana de Sarlet⁶⁷. Enquanto Sarlet prefere estudar a dignidade humana, dividindo-a em quatro aspectos diferentes: o ontológico, o comunicativo e relacional, o histórico-cultural e o negativo-prestacional, Barroso trabalha com as três dimensões citadas acima.

O valor intrínseco do ser humano seria intimamente ligado à natureza ontológica do homem. À tudo que lhe faz homem e o distingue de outras espécies. Não seria um valor a posteriori, atribuído, mas um valor a priori, derivado do simples fato de ser humano. Marca-se aqui uma posição contra o utilitarismo, pois o homem não seria um meio a ser utilizado, mas um fim, e uma posição contra o autoritarismo, já que o Estado existiria por meio e para o indivíduo e suas necessidades e não o contrário.⁶⁸

A dimensão do valor intrínseco do homem de Barroso pode ser relacionada, pelo menos em parte, à dimensão ontológica da dignidade, em Sarlet⁶⁹. Os dois autores bebem fortemente dos ensinamentos de Kant, para chegar a suas conclusões. Mas na teoria de Sarlet, a dimensão ontológica agrupa o valor do homem por si mesmo e sua autonomia em se autodeterminar, enquanto Barroso prefere colocar a autonomia do ser humano como uma dimensão separada.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 11.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 76 et. seq.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 366 et. seq.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 76-77.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit. p 366.

O valor intrínseco seria um valor objetivo, estando presente em bebês de colo ou em pessoas idosas, já sem o uso adequado da razão. Este fato não os impediria de ter dignidade⁷⁰.

Desta primeira dimensão da dignidade da pessoa humana poder-se-ia derivar direitos como o à vida⁷¹ e à igualdade⁷². Também o direito à integridade física seria derivado do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Kant, autonomia do homem é o “conceito segundo o qual todo o ser racional deve considerar-se como legislador universal por todas as máximas da sua vontade para, deste ponto de vista, se julgar a si mesmo e às suas acções”⁷³. Partindo desta definição, modificando-a, Barroso fundamenta seu conceito de autonomia do ser humano, a segunda dimensão da dignidade humana em sua teoria, no livre arbítrio do indivíduo, em sua capacidade de racionalmente tomar suas próprias decisões, de se autodeterminar e definir como vai viver sua vida. No entanto Barroso foca em uma autonomia pessoal e não moral como a kantiana. Aqui se foge do conceito kantiano de autonomia, que envolve o uso racional da mente para se chegar a uma ação que possa se tornar lei universal. Autonomia seria simplesmente viver como se quer, segundo seus próprios valores e desejos.⁷⁴

Para se ter autonomia seria necessário se possuir três fatores: a razão, a independência livre de coerção e a escolha de alternativas reais e não impossíveis.⁷⁵ Aqui se pode cruzar as condições para uma plena autonomia do ser humano ao chamado mínimo existencial, defendido por Sarlet e já estudado aqui. Sem o mínimo necessário para se viver dignamente⁷⁶, não há como se autodeterminar, simplesmente não existe autonomia.

Na autonomia kantiana o indivíduo se autodeterminaria não sendo influenciado por fatores externos, mas somente pela sua própria razão. Já na autonomia proposta

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 77.

⁷¹ Idem.

⁷² Ibidem, p. 78.

⁷³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 75.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 81-86.

⁷⁵ Ibidem, p. 82.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios*. In Revista do Cejur, v.1, n.1, 2013, p. 33.

por Barroso, haveria limitação por situações e contextos sociais e estatais. O autor propõe então se conceituar a autonomia como o conjunto de decisões básicas sobre a vida do ser humano, onde o Estado ou a sociedade não pode se imiscuir.⁷⁷

No sentido jurídico de autonomia, conforme Barroso, seriam incluídas as liberdades básicas, relacionadas à autonomia privada do indivíduo e o direito à participação política, mais relacionado à autonomia pública do homem. As liberdades de expressão, de religião e de associação seriam facetas da autonomia privada, assim como a liberdade sexual e de reprodução. Restringi-las não seria inapropriado, em certos casos, de acordo com os limites fáticos do caso e pensando-se nos valores comunitários da sociedade. A autonomia privada seria a autonomia contra invasões inapropriadas do Estado na vida do indivíduo, relacionada às liberdades civis. Já a autonomia pública se relacionaria com a cidadania e com a participação na vida política. Esta segunda autonomia estaria relacionada com o direito de votar, de se lançar a cargos públicos, de se associar politicamente e de participar do debate público em condições justas.⁷⁸

Sarlet defende em sua teoria uma dimensão relacional e comunicacional da dignidade da pessoa humana.⁷⁹ A relação desta com o conceito de dimensão de valor comunitário, defendido, como visto a seguir, por Barroso, é quase que direta.

Para este último autor, o valor comunitário implica em dizer que a dignidade da pessoa se emoldura dentro dos contornos sociais estabelecidos pelos demais indivíduos. O mundo ao redor e seus valores interagem com a dignidade do indivíduo. As crenças comuns a um grupo social e as normas estabelecidas pelo Estado representariam os valores do mundo ao redor do indivíduo, sendo os valores de outros indivíduos tão livres quanto os dele.⁸⁰

Haveria restrição, mas uma restrição necessária a se viver em grupo. O grau desta restrição é que deveria ser discutido, já que cabe aos próprios indivíduos, através da democracia, o estabelecimento do mesmo, buscando-se metas coletivas. Mesmos

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 82.

⁷⁸ Ibidem, p. 83.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p 369.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. 2013, op. cit., p. 87.

os valores liberais admitem que pode existir limitação do Estado a certas liberdades para possibilitar a vida em sociedade. Mas tais limitações só poderiam ser oriundas de um consenso, de discussões onde a maioria dos indivíduos da sociedade possa colocar seu ponto de vista, aceitando a decisão do grupo.⁸¹

Sarlet pensa de maneira similar à Barroso, defendendo que a dignidade humana “sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade”⁸².

O valor comunitário poderia ser legitimado pela busca de três objetivos: a proteção de direitos de outrem, a proteção da dignidade do próprio indivíduo e a proteção dos valores sociais comuns ao grupo. Mas isto envolveria riscos: a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros poderia ser efetivada por se buscar punir, civil ou criminalmente, condutas que ofendam estes direitos, mas dever-se-ia optar por punições justas e proporcionais, evitando-se abusos.⁸³

Já quanto aos outros dois objetivos, a proteção dos valores sociais e do indivíduo em si, ao promovê-los pode-se incorrer no risco de incentivar o paternalismo, no sentido estabelecido por Gerald Dworkin⁸⁴, de interferência do Estado ou de algum indivíduo na vida de outrem, contra sua vontade, com a pretensa justificativa de se evitar um dano à pessoa, e o moralismo. Claro que se aceita e se espera um certo grau de paternalismo ou moralismo em uma sociedade, mas deve-se evitar uma tirania da maioria, cerceadora da autonomia do indivíduo.⁸⁵

Por tirania da maioria, na visão de Stuart Mills, entende-se que ela aconteceria quando há limitação da autonomia, sendo “a própria sociedade o tirano – o colectivo

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 88.

⁸¹ Idem.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 371.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. 2013, op. cit., p. 88-98.

⁸⁴ V. Paternalism. In: DWORKIN, Gerald; ZALTA, Edward N. *Stanford Encycloedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sm2010/entries/paternalism/>>. Acesso em abril de 2014.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p.91.

social acima dos indivíduos que a compõem”⁸⁶. O indivíduo teria que ceder em seus desejos e vontades por pressão social externa. Oprimir-se-ia com a desculpa de proteger.

Para ilustrar a complexidade dos temas quando se busca limitar a autonomia dos indivíduos em prol de valores comunitários, Barroso diz que: “Dois grandes exemplos são a descriminalização das drogas e o *hate speech*. A descriminalização das drogas ainda que das chamadas ‘drogas leves’ constituiria tema controverso e complexo já há muitas décadas”⁸⁷. Já o *hate speech*, caracterizado por “manifestações de ódio, desprezo, ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”⁸⁸, segundo Daniel Sarmento, é tido como inaceitável na maioria das países, mas o mesmo não aconteceria no Estados Unidos, nação que marca uma posição solitária em prol da liberdade de expressão.

Para se aplicar a limitação imposta pelos valores comunitários à autonomia do indivíduo seria necessária a presença de três fatores: a violação de um direito, o dano efetivo ou potencial para o indivíduo e para outros e o nível de consenso na sociedade sobre o assunto. Quando há dano a outrem seria mais fácil se justificar a intromissão do Estado no assunto, mas quando o dano, efetivo ou potencial, fosse contra o próprio indivíduo as razões deveriam ser bem ponderadas para não se cair na armadilha já discutida do paternalismo.⁸⁹

Mesmo adeptos do realismo moral, conceito que segundo David O. Brink⁹⁰ seria a “alegação que existem fatos ou verdades sobre a moral que são objetivos no sentido que eles podem ser obtidos independentemente das crenças ou atitudes morais do observador“, ou seja, haveria uma moral absoluta independente dos valores internos do indivíduo, concordam que isto não pode ser aplicado para todas as verdades morais.

⁸⁶ MILLS, Stuart. *On Liberty*. Tradução livre do autor, p. 34. Disponível em <<http://www.econlib.org/library/Mill/mlLbty1.html>> . Acesso em maio de 2014.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.94.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª tiragem, 2010, p. 208.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit, p.95-96.

⁹⁰ Brink , David O. *Realism, Moralism and Moral Semantics*. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=3117452>>. Acesso em maio de 2014.

Por isto, segundo Barroso, o nível de consenso na sociedade sobre a reprobabilidade da conduta que agrediria a dignidade deve ser forte, para a que moralidade pública fosse um argumento crível para inibição desta conduta. Condutas como pornografia infantil ou incesto teriam, certamente este nível de reprovação na sociedade, mas algumas outras como aborto e uniões homoafetivas seriam controvertidas, carecendo de uma análise mais profunda. Caberia ao Estado interpretar os valores comunitários de consenso em uma sociedade, sem optar, unilateralmente, por um lado da disputa moral quando a opinião da sociedade se divide em relação a uma questão polêmica, mesmo que houvesse uma maioria clara.⁹¹

Questões genuinamente morais não podem ser definidas pela ditadura da maioria, não se poderia forçar um indivíduo a fazer o que não quer, sem uma justificativa forte, calcada em valores comunitários. O ideal seria o Estado se abster de usar seu poder de coerção e deixar seus indivíduos a seu livre arbítrio. Um exemplo claro disso seria o da união sexual entres duas pessoas do mesmo sexo, que não poderia ser reprimida e deveria ser deixada aos desígnios dos indivíduos.⁹²

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.97.

⁹² *Ibidem*, p.98.

CAPÍTULO III – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ARGUMENTO: APLICAÇÃO DOS CONCEITOS APRENDIDOS EM CASOS DIFÍCEIS E NA ADI 1856/RJ

3.1 Delimitação do instrumental teórico

Para poder analisar os casos a serem descritos nas próximas páginas, será necessário delimitar o instrumental teórico a ser aplicado. Isto será feito através da escolha, revisão e, em alguns casos, reformulação dos conceitos teóricos estudados até aqui, para que formem um instrumental mais adequado a sua aplicação prática nos chamados casos difíceis.

Também serão introduzidos alguns conceitos novos, não necessariamente relacionados diretamente à dignidade da pessoa humana, mas que possam ajudar a tarefa proposta neste texto.

O ponto de partida para este intento será o de delinear os conceitos explicitados por Jan Peter Schdmit em sua reflexão sobre o princípio da boa fé objetiva, presente no art. 422 do Código Civil de 2002.⁹³ Apesar de o texto tratar especificamente da boa fé objetiva, o tratamento dado nele ao princípio, visando a crítica de decisões judiciais pobremente fundamentadas, pode ser estendido facilmente a outros princípios gerais do ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da dignidade humana.

O primeiro ponto abordado por Schmidt em seu texto é a utilização de princípios em decisões judiciais, como fundamento de sua *ratio decidendis*, apenas para reforçar argumentos calcados em dispositivos específicos da legislação brasileira e melhor aplicáveis ao caso concreto, com a pretensão de se dar uma legitimidade extra a decisão.⁹⁴

Este procedimento, aparentemente inócuo, tem seus perigos por banalizar a aplicação do princípio e dificultar a pesquisa jurisprudencial sobre o mesmo, já que

⁹³ SCHMIDT, Jan Peter. *Luz e sombra na aplicação do princípio da boa fé na práxis judiciária brasileira*. No prelo, 2015, p.1 et. seq.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 6

abarrota a jurisprudência com casos nos quais o princípio não deveria ser necessariamente invocado, para sua solução.⁹⁵ Além disso, corre-se o risco maior de, ao se usar o princípio em sua generalidade, chegue-se a conclusões inexatas, podendo-se induzir outros juízes a decisões erradas. No caso do apelo ao princípio da boa fé objetiva, por exemplo, em um caso de vício redibitório encontrado após o período de garantia contratual, resolvido por dispositivos específicos do Código do Consumidor, poder-se-ia acusar o vendedor de deslealdade em geral, sendo ele responsável pelo ressarcimento do dano, mesmo após o término do prazo de garantia legal.⁹⁶

Neste ponto, é oportuno se falar de uma metáfora apresentada por Lênio Streck, conforme ouvida de Luiz Alberto Warat, sobre o jogo da Katchanga Real. Streck conta, em livre adaptação, uma história onde existe um cassino que aceita todos os tipos de jogos.

Neste cassino, um belo dia, entra um forasteiro e pede para jogar a Katchanga, jogo desconhecido neste cassino. O dono do cassino, e também crupiê, aceita, não tendo alternativa, já que o cassino aceita todo tipo de jogo, como já dito antes. O jogo começa e algumas cartas são compradas e colocadas na mesa. O crupiê aprende conforme o jogo se desenvolve. Subitamente então o forasteiro grita Katchanga e pega todo dinheiro apostado. O crupiê não entende direito, mas imagina que o forasteiro pôde pedir Katchanga e pegar o dinheiro porque as cartas na mesa não formavam uma sequência. Começa um novo jogo, o crupiê toma cuidado para formar uma sequência com as cartas antes de colocá-las na mesa. Mesmo assim, depois de alguns minutos, o forasteiro grita Katchanga de novo e pega todo o dinheiro de novo. O crupiê não entende nada, mas toma uma decisão. Quando começa o novo jogo, o crupiê espera passar um pouco de tempo e grita Katchanga, o forasteiro simplesmente balança a cabeça, olha o crupiê com desdém e grita Katchanga Real, pegando todo o dinheiro de novo.

Moral da história: em um jogo que ninguém conhece todas as regras, sempre há uma palavra mágica que pode ser tirada da cartola para ganhar a rodada. É assim com

⁹⁵ SCHIMIDT, Jan Peter. *Luz e sombra na aplicação do princípio da boa fé na práxis judiciária brasileira*. No prelo, 2015, p. 7.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 8.

os princípios, visto sua característica de abertura interpretativa, se não forem tomados os devidos cuidados na sua aplicação. Aplicá-los como solução mágica para todos os problemas jurídicos, além de revelar certa indolência, leva a uma discricionariedade e uma hermeticidade inadmissível nas decisões jurisprudenciais.⁹⁷

É deste ponto que também fala Peter Jan Schmidt em seu texto: a utilização dos princípios como verdadeiras varas de condão para se resolver casos que poderiam ser solucionados simplesmente se apelando a dispositivos específicos do ordenamento legal. Usa-se o caminho mais curto para a solução, mesmo que este não seja o mais adequado, tendo-se como resultado uma fundamentação pobre, altamente abstrata e desvinculada do caso concreto. Ao observador externo esta decisão seria hermética em suas razões, levando a equívocos durante seu estudo.⁹⁸

Falando agora mais especificamente sobre dignidade da pessoa humana, já foi constatado anteriormente que as teorias de Sarlet e de Barroso a respeito do princípio guardam muitas semelhanças. A ideia aqui seria construir um conceito não inteiramente novo, mas com certa inovação, a partir das ideias dos dois autores. Não se trata de reconstruir a roda, mas de se aproveitar o que há de melhor em cada teoria para se chegar a uma nova e mais adequada ao uso prático.

Para começar é claro que a dimensão ontológica, defendida por Sarlet, pode ser perfeitamente acomodada dentro das dimensões de valor intrínseco do homem e de autonomia do ser humano, defendidas por Barroso, como visto anteriormente. Ao se olhar as duas teorias, seria mais interessante manter as duas primeiras dimensões da dignidade humana da teoria de Barroso, devido a sua maior didaticidade e ao fato de melhor explicitarem a independência entre o valor intrínseco e a autonomia do homem, na análise da dignidade do homem. Com isto, fica mais claro que mesmo que o homem tenha sua autonomia prejudicada por algum fator externo ou de saúde, ele nunca perde sua dignidade, nos termos estabelecidos por seu valor intrínseco. Sua autonomia deve ser respeitada, mas se ela não existir não há perda de dignidade.

⁹⁷ STRECK, Lênio. *A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em julho de 2014.

⁹⁸ SCHIMIDT, Jan Peter. *Luz e sombra na aplicação do princípio da boa fé na práxis judiciária brasileira*. No prelo, 2015, p. 9-10.

A respeito do conceito de Sarlet de mínimo existencial, ele pode ser perfeitamente considerado dentro da dimensão de autonomia da dignidade humana de Barroso. Visto que as condições para uma verdadeira autonomia do homem devem ser sempre respeitadas e sem elas fica difícil falar em verdadeira construção da dignidade do homem por ele mesmo.

A dimensão de valor comunitário de Barroso é correlata à dimensão relacional e comunicacional de Sarlet, o que faz que a opção para construção de uma teoria nova, a partir das outras duas, de um ou de outro conceito seja indiferente. No entanto, considerando-se a nomenclatura dada pelos dois autores é melhor, por motivos didáticos e práticos, optar-se pela terminologia de Barroso: a dignidade com sua dimensão de valor comunitário.

Sobre a dimensão da dignidade do homem como construção histórico-cultural ela não aparece na teoria de Barroso e nem pode dela ser inferida, pelo menos não diretamente. Seu aspecto de construção sequencial no tempo dos direitos associados à dignidade humana é extremamente importante e por isto não poderia ser ignorado aqui. Opta-se então por se incluir esta dimensão na nova teoria proposta aqui, sendo tal dimensão correlacionada na nova teoria à proibição de retrocesso em termos de proteção à dignidade humana.

A respeito da dimensão negativa-prestacional da dignidade humana proposta por Sarlet, ela pode ser facilmente relacionada às dimensões de autonomia e de valor intrínseco do homem, seu aspecto negativo trata dos assuntos onde o Estado não deve se imiscuir para preservar a autonomia do ser humano e seu aspecto prestacional aparece justamente quando faltam as condições mínimas para que o homem exerça sua dignidade.

Em suma, propõe-se aqui uma teoria de análise da dignidade humana, decomposta em quatro dimensões: o valor intrínseco do homem, sua autonomia, os valores comunitários e sua correlação com a dimensão anterior e o aspecto histórico-cultural da dignidade. Será esta a teoria que será utilizada na análise de casos difíceis a ser empreendida mais a frente neste trabalho.

Mudando-se o foco agora e discorrendo sobre regras de ponderação de princípios, necessárias mais à frente para que seja possível sopesar princípios frente ao

princípio da dignidade humana, e mesmo, ponderar as várias dimensões da dignidade entre si, será aqui analisado o princípio da proporcionalidade, sob a ótica de Robert Alexy.

Para este autor, o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado para que se otimize a aplicação, conforme a realidade fática e jurídica, de dois princípios em colisão. Para isto este princípio se divide em três aspectos: a idoneidade ou adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação julga-se se a pretensão de realização de um princípio, através de determinados meios, prejudica a realização de outros princípios, sem, no entanto, alcançar o fim de fomentar o princípio originalmente defendido. Já a necessidade preconiza a escolha, entre dois meios que viabilizem a realização de um princípio, do meio que menos impacte na concretização de outro.⁹⁹ Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito considera as vantagens e prejuízos da adoção de determinada medida, visando-se implementar um princípio.

Ou seja, os dois primeiros aspectos cuidam de uma otimização: a adoção de um princípio, por meios que não impeçam a realização de outro. Já o terceiro aspecto admite ganhos e prejuízos na realização de princípios, sopesando-as.¹⁰⁰ Por outro lado, os dois primeiros aspectos cuidam das possibilidades fáticas na realização de dois princípios que se chocam, enquanto o terceiro cuida das possibilidades jurídicas.

Falando de proporcionalidade em sentido estrito, Alexy teoriza que ela deve ser aplicada conforme as chamadas leis da ponderação: identificam-se as normas em conflito, comprova-se a importância de realizar um princípio, justificada faticamente, e prova-se que isto deve ser feito, considerando os prejuízos ao princípio em sentido contrário.¹⁰¹

Com isto encerra-se esta seção, já de posse do arsenal teórico a ser utilizado nos casos a serem analisados a seguir.

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*, Revista de Direito Administrativo n 217, 1999, p. 114-115.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 135.

¹⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 95.

3.2 Aplicação dos conceitos na solução de casos difíceis

Casos difíceis são dilemas existentes no mundo jurídico que se manifestam quando não existem regras que normatizem a decisão sobre uma questão específica. Para abordar este tipo de problema o mais adequado é a utilização de princípios, que por seu caráter de abertura em sua interpretação mais se adéquam a esta modalidade de caso.

Dworkin é um dos estudiosos de casos difíceis que defende a aplicação de princípios para a sua solução. Nas palavras de Lenio Streck: "... Dworkin trabalha a questão dos *hard cases*, que incorporam, na sua leitura, em face das dúvidas sobre o sentido de uma norma, dimensões principiológicas, portanto, não consideradas no quadro semântico da regra"¹⁰².

O primeiro caso difícil trabalhado aqui vai ser o da criminalização do aborto.

Luis Roberto Barroso faz uma análise primorosa sobre o assunto¹⁰³ em seu livro dedicado à dignidade da pessoa humana. Seus argumentos começam por narrar o fato de que a principal diferença entre os países que criminalizam ou não o aborto é a taxa de incidência de abortos arriscados e que a proibição do aborto seria uma discriminação contra as mulheres mais pobres, alijadas de atendimento de saúde, neste caso.

Entrando na análise das dimensões da dignidade da pessoa humana, Barroso afirma que, neste caso, na dimensão do valor intrínseco do homem entram em conflito três direitos: o direito à vida do feto, considerando-se para fins argumentativos que um feto possa ser tratado como vida humana, o direito à integridade física e psíquica da mãe, visto as mudanças sofridas na gestação, além de seu direito à igualdade com o homem, já que a mulher, como única a sofrer o ônus integral da gravidez deveria ter o direito a interrompê-la. Contrapor-se-iam dois direitos da mãe frente a somente um direito do feto. Passando para a dimensão da autonomia o argumento é de que a mãe

¹⁰² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's empire*, p. 21.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 99-102..

deveria ter liberdade para decidir sobre o aborto, e mesmo que esta liberdade seja contraposta a uma suposta vontade do feto de nascer, a mãe seria só instrumento para isto e não fim. E por último, na dimensão do valor comunitário, apesar de vários grupos religiosos importantes serem contra o aborto, é fácil notar que na sociedade mundial não há um consenso forte, o que desautorizaria a limitação da autonomia da mulher decidir pelo aborto.¹⁰⁴

Cabe aqui uma crítica aos argumentos usados por Barroso, usando-se as ferramentas listadas na seção anterior.

Na dimensão do valor intrínseco do homem, Barroso usa uma conta aritmética simples, dois direitos contra um, para induzir o leitor a tender para o lado da legalização do aborto. É proposta aqui uma ideia diferente, analisar a colisão de três direitos fundamentais, mas substituindo o direito à vida do feto, que é controvertido na doutrina, pelo direito ao não sofrimento do mesmo, sob o ângulo da proporcionalidade alemã. Seria adequado realizar o direito à integridade física e psíquica da mãe através do aborto, já que se obteria o resultado desejado através deste método. O mesmo vale para o direito à igualdade – ao se permitir a mãe abortar protege-se este direito, mesmo que o custo disto seja o não nascimento do feto. No entanto, a necessidade do aborto pode ser contestada, se não forem tomados alguns cuidados. Alguns pesquisadores afirmam que o feto sente dor a partir da sétima semana de gestação, enquanto outros dizem que isto acontece só no início do segundo ou terceiro trimestre. Ou seja, em abortos ocorridos em períodos mais próximos do início da gestação, a dor do feto não existiria. Fica difícil querer impor sofrimento ao feto, se esta possibilidade já existe, o que desaconselharia o aborto depois de determinado período de gestação. O prisma de necessidade aconselha então que se autorize o aborto, mas apenas antes do período em que o feto sofra algum risco de sentir dor, ou então use-se anagésicos para evitar que isto aconteça. Por fim, com relação à proporcionalidade, em sentido estrito, pode-se argumentar que, como o sofrimento do feto foi mitigado na análise do prisma da necessidade e considerando-se que caracterizar o feto como vida humana é bem controverso, queda razoável a autorização do aborto.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 99-102.

Analisando agora a dimensão da autonomia da mulher, é patente que ela não pode ser contestada, pois o direito da mulher de poder decidir o que acontece com seu corpo é líquido e certo, não cabendo contestação em contrário. O pensamento de Barroso sobre a utilização da mulher como meio para o nascimento do feto é extremamente preciso e deve ser respeitado.

Finalmente, entrando-se na dimensão do valor comunitário, a coisa muda de figura, não é tão patente quanto afirma Barroso, pelo menos a nível nacional, o não consenso social forte a respeito do aborto. Talvez isto aconteça em âmbito internacional, acomodando-se as diferenças entre as culturas de diferentes países, mas não é o caso no Brasil. Considerando que o Brasil é um país de maioria católica ou, pelo menos cristã, e que o consenso social é influenciado por este tipo de dado, a mentalidade média do cidadão brasileiro tende a não concordar com o aborto, por considerar que o feto é uma vida, ignorando a controvérsia que existe na doutrina a respeito disso¹⁰⁵. Se não fosse assim, não se teria tantas mães solteiras na sociedade brasileira. Claro que este país é um estado laico e que razões religiosas não deveriam entrar no mundo jurídico, mas não se trata aqui de religião, mas de seu reflexo na moralidade pública. Por isto, pelo menos no panorama atual sociopolítico do país, os valores comunitários autorizariam a limitação da autonomia da mulher em abortar.

Além disso, cabe como argumento extra contra a adoção do aborto pelo Brasil, como direito da mulher, a possibilidade de fácil acesso a métodos contracepcionais na atualidade. Claro que para que o acesso seja realmente fácil a Política Nacional de Planejamento Familiar¹⁰⁶ teria que ser reformulada para aumentar a distribuição de contraceptivos mais eficientes e focar também no aspecto educacional da prevenção da gravidez indesejada.

É importante deixar claro que a intenção nesta parte do texto não foi esgotar o tema de criminalização do aborto, que comporta muito mais especificidades, marcando firme posição contra o mesmo, mas sim dar um exemplo de como a teoria de

¹⁰⁵ *Mais de 70% dos brasileiros são contra legalização do aborto, diz pesquisa*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,mais-de-70-dos-brasileiros-sao-contralegalizacao-do-aborto-diz-pesquisa,575302,0.htm>> . Acesso em maio de 2014.

¹⁰⁶ *Planejamento familiar*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>>. Acesso em maio de 2014.

dimensões da dignidade humana, em conjunto com o princípio da Proporcionalidade alemã, pode ser utilizada para resolver casos difíceis.

Só para complementar, a dimensão histórico-cultural da dignidade humana, adotada na teoria que este trabalho defende, não é tão importante aqui, pois não há posição bem definida sobre o aborto na doutrina, sendo o assunto controverso. Ou seja, se num futuro distante ou próximo o direito de abortar fosse fixado como líquido e certo, pela mudança do panorama social do país, o argumento histórico-cultural poderia ser trazido à baila se fosse editada lei que visasse proibi-lo de novo, já que o direito ao aborto seria resultado de uma luta de cada indivíduo da sociedade. O mesmo aconteceria, paradoxalmente, se o direito ao aborto fosse considerado, no futuro, inexistente frente ao direito à vida do feto, o qual não mais seria questão controversa. Consequentemente, o ato de editar uma lei que regulasse o aborto poderia ser enfrentado sob a mesma alegação de conquista de direito de geração em geração, presente na dimensão histórico-cultural da dignidade humana.

Passando-se para análise de um segundo caso, é controversa no direito pátrio a possibilidade do direito à saúde amparar cidadãos que demandem judicialmente o custeio de seus tratamentos médicos pelo Estado. Isto acontece porque há de se considerar que o direito a saúde do indivíduo deve ser contrabalanceado pelas limitações orçamentárias do governo em atender a todos os pedidos de tratamento.

Neste sentido, afirma Barroso que “proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis”¹⁰⁷ e que “tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional”¹⁰⁸.

Existem casos de tratamentos cuja real eficácia seria dúbia, e a necessidade não seria tão premente, onerando-se os cofres públicos sem uma justificativa razoável. Dá-se como exemplo deste tipo de ocorrência o tratamento de retinose pigmentária, também conhecido por cegueira noturna, custeado no exterior pelo Sistema Único de Saúde (SUS), por ordem em decisão liminar do Tribunal Regional Federal da 4º

¹⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009, p. 3.

¹⁰⁸ Idem.

Região. Este tratamento além de ter sua eficácia não comprovada, não envolve doença que apresente risco de vida ou de debilidade grave, pelo menos a curto prazo.

O mesmo tribunal decide, posteriormente, pela cassação da liminar, por não existir prova da não existência no Brasil de tratamento como o de Cuba. Além disso, após algum tempo, o STJ decide também, em outro caso, pela não concessão do tratamento gratuito em Cuba, por haver parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselhando o tratamento dado naquele país, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a portaria 763, proibindo-o.¹⁰⁹

Vê-se que a questão é complexa e que generalizá-la, através de soluções não afeitas a considerar os pormenores de cada caso, seria um erro. A afirmação do direito à saúde só poderia ser resolvida em caso concreto. Os argumentos no tratamento deste tipo de ação envolvem, via de regra, o mínimo existencial e o direito à saúde, emanando da dignidade humana¹¹⁰, em contraposição ao princípio da reserva do possível¹¹¹, o qual prega uma análise mais pragmática do direito, ao definir que o Estado tem recursos finitos e que tem que escolher quais necessidades do cidadão atender, não podendo auxiliar a todos ao mesmo tempo.

Para sistematizar este tipo de decisão, utilizando-se a teoria de dimensões neste trabalho defendida, apresenta-se aqui sua aplicação no caso acima de retinose pigmentária.

Primeiro há de se pensar se a dignidade da pessoa humana deve ser invocada aqui, pois o direito à saúde já daria, em uma análise mais rápida, firme base para se arguir o custeio pelo SUS do tratamento. No entanto, o direito à saúde não atua sozinho no caso, a necessidade de todos do bom aproveitamento dos recursos finitos do Estado também age aqui. Contrapõe-se um direito individual a um direito da coletividade. Isto

¹⁰⁹ TEIXEIRA, Tatiana Cardoso; PACHECO, Pablo Viana. *A judicialização do direito à saúde e o princípio da reversa do possível: necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8957>. Acesso em maio 2014.

¹¹⁰ ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. *Da efetivação do direito à saúde no Brasil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em maio 2014.

¹¹¹ Para ver mais: PEREIRA, Delvechio de Souza. *O orçamento público e o processo de judicialização da saúde*. Brasília:2010. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>> . Acesso em maio de 2014.

leva a crer que se usando a dignidade humana como parâmetro pode-se melhor analisar o caso, já que ela envolve direitos individuais limitados por valores ou interesses comunitários, como já visto anteriormente. Com isto prova-se que a dignidade humana não é usada aqui apenas como reforço legitimador do argumento, como indica Jan Peter Schmidt em texto analisado anteriormente¹¹².

Iniciando-se pela dimensão do valor intrínseco do homem, é claro que o custeio pelo Estado de doença do cidadão se justifica por si só. Sua vida e sua integridade física derivam diretamente de seu valor intrínseco, e como decorrência disto, a saúde do ser humano deve ser protegida. Já se tratando da autonomia do ser humano, a segunda dimensão da teoria defendida aqui, em sua faceta de mínimo existencial para uma condição digna de vida autônoma, é também claro que devem ser dados pelo Estado os meios para que o cidadão construa sua existência digna. Portanto, cuidar de sua enfermidade, mesmo que ela seja não tão grave, pelo menos em seus estágios iniciais, como a cegueira noturna não é, seria adequado. Isto se justifica porque esta doença afeta consideravelmente o cotidiano das pessoas que a possuem. Agora, quanto à dimensão de valor comunitário deve-se tomar cuidado considerando que o tratamento oferecido em Cuba é caro, tem sua eficiência duvidosa e que como foi dito ele não é tão premente, pois os danos na visão só começam a piorar com o tempo, dependendo de pessoa para pessoa. Contrapor-se-iam nesta dimensão o direito à saúde frente o direito da coletividade de justa distribuição dos recursos finitos do orçamento. Ou seja, ao se custear o tratamento de um indivíduo poder-se-ia comprometer os recursos orçamentários reservados à saúde para que se tratem muitos outros. Usando-se novamente a proporcionalidade alemã, como parâmetro de aferição na colisão de princípios, percebe-se que no prisma da adequação o tratamento no exterior pode não ser o mais adequado à garantia do direito à saúde, já que a sua eficácia não é comprovada e, portanto, utilizar recursos do orçamento público para que ele seja efetivado seria pouco razoável. No prisma da necessidade, percebe-se que não existem tratamentos comprovadamente eficazes no mundo, então não haveria meio a

¹¹² SCHIMIDT, Jan Peter. *Luz e sombra na aplicação do princípio da boa fé na práxis judiciária brasileira*. No prelo, 2015, passim.

se escolher que implementasse o direito à saúde¹¹³, não se justificando novamente o uso de recursos públicos em um tratamento experimental, pelo menos para uma doença que só pode causar danos com o tempo, não sendo o tratamento tão urgente. Como os dois primeiros sub-princípios do princípio da proporcionalidade desaconselham o tratamento no exterior nem é necessário se recorrer à proporcionalidade em sentido estrito para se resolver o caso.

Mas e se fosse tratado aqui de uma doença grave que tivesse tratamento eficaz e não fosse custeada pelo SUS? Seria adequado garantir o direito de um só doente em uma ação individual deixando todos os outros doentes da mesma doença desamparados. Visualizar-se-ia aqui um melhor caminho para implementação do direito à saúde nas ações coletivas promovidas pelo Ministério Público, com vista a incluir nas tabelas do SUS o tratamento da doença em questão. Com isto, balanceiam-se, pelo menos para doenças graves, as necessidades do indivíduo e o interesse da sociedade, estendendo o direito para todos os doentes daquela enfermidade.¹¹⁴

Claro que seria esta uma solução judicial e, portanto, pontual por definição, ou seja, restrita apenas a uma enfermidade em cada caso. Melhor seria se o próprio Estado aprimorasse sua atuação na efetivação do direito do indivíduo à saúde, reconhecendo de ofício a necessidade de custear uma maior gama de tratamentos, o que, inclusive, coadunar-se-ia com o objetivo de promoção do desenvolvimento nacional, defendido pela Constituição de 1988.¹¹⁵

Como complemento, é necessário assinalar que uma vez que tal doença fosse incluída nas tabelas do SUS, ela não mais poderia ser retirada, na ausência de fatos científicos novos, garantindo-se assim a dignidade humana em sua dimensão histórico-cultural.

¹¹³ *Retinose pigmentar*. Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/pagina-einstein/Paginas/retinose-pigmentar.aspx>> . Acesso em maio de 2014.

¹¹⁴ *MPF move ação para inclusão no SUS de medicamento para tratamento de osteoporose avançada*. Disponível em: < <http://www.prgo.mpf.mp.br/direitos-do-cidadao/noticias/1872-mpf-move-acao-para-inclusao-no-sus-de-medicamento-para-tratamento-de-osteoporose-avancada.html>>. Acesso em maio de 2014.

¹¹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento*. p. 341-392. Disponível em < <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/417/324>> . Acesso em junho de 2014.

3.3 Aplicação dos conceitos na solução do caso da briga de galo

Como parte final deste trabalho será analisado o caso paradigma escolhido como representante da banalização da dignidade humana nos tribunais brasileiros. Escolheu-se este julgamento tanto por ser um exemplo claro, pelo menos em uma rasa primeira análise da má aplicação deste princípio tão importante, quanto por ter ocorrido em no tribunal guardião da Constituição Brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

O objetivo aqui é ultrapassar esta primeira impressão superficial de banalização do instituto e buscar uma análise mais profunda e detalhada do caso, usando as ferramentas teóricas delineadas até aqui.

Para começar, usando as definições de Jan Peter Schmidt sobre a utilização de princípios inadequadamente na jurisprudência brasileira, nota-se que a decisão final sobre a inconstitucionalidade da lei nº 2895/98 – RJ pautou-se por usar o art. 225 da Constituição Federal, que proíbe a crueldade contra animais, como argumento decisivo para retirar esta norma do ordenamento jurídico brasileiro. Só em meio às discussões entre os ministros do STF surgiu a dignidade humana como uma justificativa extra para se decretar a não validade da lei em questão.

O primeiro problema de aplicação da dignidade humana aparece justamente aqui: a utilização do princípio como argumento legitimador da decisão, em complemento a outros dispositivos mais específicos e adequados ao uso no caso concreto. Ao se fazer isto, banaliza-se o instituto utilizando-o quando não necessário, diminuindo sua força dispositiva. Melhor guardar o poder deste verdadeiro fundamento da república brasileira para quando ele for realmente necessário.

Quando se usa deste artifício em uma decisão judicial, geralmente escolhe-se um princípio que seja base fundamentadora do próprio dispositivo específico empregado, formando um raciocínio tautológico. Mas este nem ao menos é o caso aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana se aplica apenas para proteger o ser humano, como já diz seu nome, e não os animais. A proibição da crueldade contra elementos da fauna não deriva direta e logicamente da proteção à pessoa humana.

Claro, pode-se argumentar que o ser humano só pode existir se o meio-ambiente estiver protegido e bem conservado, mas isto não se confunde necessariamente com a dignidade humana: o direito a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de terceira geração¹¹⁶, difuso por definição, pertencente a todos como comunidade enquanto a dignidade humana é um direito com um viés mais individual, não no sentido do liberalismo, mas com o objetivo de proteger o ser humano em sua essência e existência autônoma, mesmo que esta proteção seja limitada por valores comunitários.

Adicionalmente, fala-se hoje em dia da existência da dignidade animal¹¹⁷, tema ainda controvertido no direito pátrio, carecendo de maior aprofundamento doutrinário, mas que poderia muito melhor embasar a proibição da crueldade contra animais.

Entrando agora no campo da análise dimensional da dignidade humana, proposta neste trabalho, relacionando-a com a existência ou não de ofensa a este princípio no caso em questão, percebe-se que ao se permitir a crueldade contra os galos de briga envolvidos, em uma disputa pretensamente esportiva, não se pode dizer que se agrida diretamente o valor intrínseco do ser humano. No caso em pauta não se utiliza o homem como meio para algo, mas o galo para a diversão dos homens. A máxima de se ter o homem como fim e nunca como meio não pode ser usada como argumento para impedir a regulamentação da briga de galos como espetáculo esportivo.

Nem ao menos se pode invocar o argumento que a utilização do animal para fim tão pouco honroso como a pura diversão do ser humano afetaria reflexamente a dignidade do homem, pois a dignidade é auto-construída, conforme reza sua dimensão de autonomia, o homem escolhe seu modo de viver e de atender seus desejos, mesmo que isto seja limitado, em um segundo momento por valores comunitários. Ou seja, nem aqueles que promovem e atuam diretamente em espetáculo tão cruel teriam afetada sua dignidade, muito menos os que servem de plateia sofreriam do mesmo mal.

Poder-se-ia ir por outro caminho e dizer que a dignidade das outras pessoas da comunidade, não envolvidas diretamente nos eventos de briga de galo, seria atingida

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.9.

¹¹⁷ Para ver mais: LACERDA, Bruno Amaro. *Animais como pessoas e "dignidade animal"*. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/14520>. Acesso em maio de 2014.

de qualquer jeito, como sustentada por um dos ministros do STF nas discussões a respeito do caso, mas fazer isto seria forçar demais os limites interpretativos do princípio. Não há direito de outrem em real perigo aqui. Tal aplicação reflexa da dignidade humana seria despropositada e pouco aderente aos fundamentos que embasam este valor jurídico tão importante para as constituições modernas.

Analisando agora a dimensão de valor comunitário da dignidade humana concretamente em jogo no caso, percebe-se que há consenso social forte na sociedade contra as rinhas de galo, pelo menos quanto a sua crueldade. Mas este consenso gira em torno da crueldade contra os animais, não se levando muito em conta se esta seria ou não uma atividade digna por parte do homem. O Estado agir, por este ângulo, para impedir as rinhas de galos de briga seria demasiado paternalismo, o que não deve ser admitido frente à autonomia do ser humano.

Pode-se fazer aqui uma correlação com o famoso arremesso de anões, causa de controvérsia judicial na França. Segundo Berti, tratava-se de “um inusitado certame conhecido como arremesso de anão (lancer de nain), consistente em transformar um indivíduo de pequena estatura, um anão, em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão”¹¹⁸. Note-se que o anão se voluntariava para o espetáculo e por ele recebia uma quantia em dinheiro e que nunca correu perigo de injúria física, pois dispunha de equipamentos de proteção e o tapete sobre o qual ele era arremessado era acolchoado¹¹⁹.

O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge insurgiu-se contra esta ideia interditando o espetáculo. No entanto, a casa noturna onde estava ocorrendo o certame em litisconsórcio com um dos anões, entrou com uma ação junto ao Tribunal Administrativo de Versalhes, alegando cerceamento da liberdade de iniciativa e pedindo que a interdição fosse levantada. O pedido foi atendido pelo Tribunal, acolhendo os argumentos dos impetrantes, mas depois houve anulação da decisão pelo Conselho de Estado francês, argumentando que a dignidade humana estava acima da autonomia do

¹¹⁸. BERTI, Silma Mendes. *Direitos da personalidade*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 39, 31/03/2007 . Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718>. Acesso em maio de 2014.

¹¹⁹. DUARTE, Hugo Garcez; OLIVEIRA, Juliana Silva. *Uma análise do direito à liberdade de profissão frente ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11053&revista_caderno=9> . Acesso em maio 2014.

indivíduo neste caso, em um entendimento muito criticado, já que o próprio anão havia declarado no processo que tinha dificuldade em conseguir emprego e que o espetáculo era sua única fonte de renda.

Não havia neste caso prejuízo real ou potencial para o anão, visto que ele mesmo não achava a atividade indigna, tanto que entrou com ação para poder continuar exercendo-a, e que sua segurança física estava garantida pelas salvaguardas tomadas pelos organizadores do evento para que ele não se machucasse.

A situação do anão é similar à tratada no caso da legalização das rinhas de galo – seria paternalismo o Estado se imiscuir desta maneira na vida do anão. Se ele mesmo não achava pouco digna sua ocupação, a comunidade não poderia intervir contra ela.

Em suma, prova-se aqui detalhadamente que a dignidade da pessoa humana não serve de modo algum como argumento a favor da proibição de brigas de galo e que seu uso errôneo, em um tribunal da estatura do STF, apenas contribui mais ainda para o alargamento de sua banalização como princípio jurídico. Não se pode usar um princípio desta importância levianamente, sem analisá-lo em seus fundamentos, apenas porque quer se dar uma legitimidade extra às decisões judiciais. Fazer isto seria atentar contra o uso futuro do mesmo princípio em decisões em que realmente seria necessário se lançar mão dele para um resultado mais adequado e justo a realidade social.

CONCLUSÃO

Como visto através dos diversos conceitos e discussões trazidos neste trabalho, a dignidade da pessoa humana é ainda um princípio que tem sua utilização executada de maneira não satisfatória muitas vezes. Apesar de suas bases filosóficas remontarem a vários séculos atrás, este princípio ainda dispõe de uma teorização insuficiente no panorama jurídico mundial.

No primeiro bloco deste trabalho foi proposta a análise detalhada de um caso paradigmático que envolvesse a dignidade da pessoa humana e sua pretensa má utilização na solução da controvérsia em questão. O caso escolhido foi o da ADI n. 1856/RJ, que trata da declaração de inconstitucionalidade da lei nº 2.895/98 do Estado do Rio de Janeiro.

Esta lei visava a regulamentação das chamadas brigas de galo e o principal argumento defendido pelo Procurador Geral da República em seu intento de retirar esta norma do ordenamento jurídico brasileiro foi o da ofensa à Constituição em seu art. 225, que preconiza resumidamente a proteção à flora e à fauna e a proibição da crueldade contra animais.

O julgamento no Supremo Tribunal Federal seguiu jurisprudência passada da mesma corte acolhendo os argumentos do Ministério Público, mas não sem antes incluir em suas discussões uma referência carente de uma maior fundamentação à dignidade da pessoa humana. Este foi o principal motivo para se escolher este caso. Buscava-se um exemplo de má aplicação do princípio constitucional, justamente o tema deste trabalho, na corte suprema do judiciário brasileiro e esta controvérsia destacou-se nas pesquisas jurisprudenciais executadas, durante a fase de planejamento do projeto, como o alvo ideal para este tipo de estudo.

No segundo bloco deste texto propôs-se um aprofundamento teórico sobre o princípio em estudo e para isto foram escolhidos três temas principais: a dignidade humana nas constituições, a visão de Ingo Sarlet sobre o princípio e a tentativa de sistematização de sua aplicação executada por Luís Roberto Barroso. O primeiro tema abordado visava à contextualização do princípio, através de uma busca de suas raízes

filosóficas e jurídicas e de uma análise histórica de sua evolução mundialmente e no Brasil. Já o segundo tema e o terceiro temas buscavam uma melhor conceituação do princípio da dignidade humana e para isto foram escolhidos dois dos maiores doutrinadores neste assunto: Ingo Sarlet e Luís Roberto Barroso. De Sarlet pôde-se retirar uma análise dimensional do princípio estudado, visando seu melhor entendimento. Para este autor a dignidade poderia ser estudada em quatro dimensões: a ontológica, a comunicativa e relacional, a histórico-cultural e a negativa-prestacional. Além disso, pôde ser aproveitado deste mestre o conceito do chamado mínimo existencial, faceta inseparável da dignidade do homem. Já de Barroso, foi escolhida como peça de análise sua teoria dimensional sobre a dignidade do homem, justamente para fazer um contraponto à teoria anteriormente apresentada por Sarlet. Barroso defende a divisão analítica do princípio em somente três dimensões: o valor intrínseco, a autonomia e sua limitação frente as valores comunitários.

Passando-se para o terceiro bloco do trabalho, em sua primeira parte, buscou-se uma delimitação teórica das ferramentas a serem utilizadas na análise da aplicação da dignidade do homem. Foram inicialmente apresentadas as discussões doutrinárias de Jan Peter Schimdt sobre a má utilização e banalização de princípios em geral na fundamentação de decisões jurídicas. Tal autor defende, resumidamente, que um princípio só deve ser invocado como argumento para solução de uma controvérsia se não há norma específica que a possa solucionar. Em sequência foi discorrido sobre a sistematização alemã, defendida por Alexy, para a solução de conflitos entre princípios. Este autor, basicamente, divide a decisão de aplicação de um princípio em detrimento a outro em três facetas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Finalmente, analisando-se as teorias dimensionais de Sarlet e Barroso sobre a dignidade do homem, optou-se pela construção de uma nova teoria, que incorporasse os pontos fortes de cada uma delas. O resultado foi uma teoria de dimensões do princípio que sustenta sua análise nos seguintes aspectos: o valor intrínseco, a autonomia, a limitação dos valores comunitários e o aspecto histórico-cultural. A justificativa para escolha destas dimensões especificamente encontra-se mais detalhada no corpo do trabalho.

Na segunda parte do terceiro bloco, chegou-se finalmente ao ponto de análise de casos difíceis através das ferramentas teóricas delimitadas anteriormente. Optou-se, primeiramente, pela análise da constitucionalidade de decisões que defendam o direito ao aborto e de decisões que busquem o financiamento pelo Estado de tratamentos médicos específicos, não incluídos nas tabelas do Sistema Único de Saúde. Feitas estas análises e comprovando-se a eficiência das ferramentas teóricas escolhidas para a fundamentação de decisões em casos difíceis chegou-se a análise das discussões a cerca da utilização do argumento de ofensa à dignidade do homem, para se declarar inconstitucional uma lei que regulariza a briga de galos.

Através das ferramentas teóricas de análise escolhidas foi possível deixar bem claro a má utilização do princípio da dignidade humana na decisão em questão, provando-se inequivocamente, com um estudo aprofundado, que não caberia neste tipo de questão constitucional o recurso do princípio estudado. A tese inicial deste trabalho sobre a banalização da dignidade humana foi então comprovada. Mesmo na corte constitucional suprema brasileira, o princípio é mal entendido em suas bases teóricas e, portanto, mal aplicado, servindo de reforço argumentativo genérico para qualquer posicionamento jurisprudencial, mesmo que a necessidade de se recorrer a este princípio seja nula.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*, Revista de Direito Administrativo n 217, 1999.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. *Da efetivação do direito à saúde no Brasil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037 >. Acesso em maio 2014.

AQUINO, São Tomás de. *Suma de Teología*. 4. ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Belo Horizonte: Interesse Público, v. 14, n. 76, nov./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009.

BRAGANÇA, Lúcio Roca. *A dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20398/a-dignidade-da-pessoa-humana-na-constituicao-de-1988/2>>. Acesso em maio de 2014.

Brasil. Constituição Federal, 1988.

Brasil. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Brasil. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.865/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, 2011. Diário de Justiça Eletrônico, v. 198, 2011, p. 282. Disponível em :

< <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>>. Acesso em fevereiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.321/DF. Relator: Min. Celso de Mello, 2006. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, DF, v. 195, 2006, p. 841-815.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.776/RN. Relator: Min. Cezar Peluso, 2007.

Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728208/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3776-rn>>. Acesso em fevereiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 153.531/SC. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, 1997. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em fevereiro de 2014.

BERTI, Silma Mendes. *Direitos da personalidade*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 31/03/2007. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718>. Acesso em 27/11/2011.

BRINK , David O. *Realism, Moralism and Moral Semantics*. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=3117452>>.

Acesso em maio de 2014.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004

CADAVEZ, Lília Maria Vidal de Abreu Pinheiro. *Crueldade Contra os Animais: Uma Leitura Transdisciplinar à Luz do Sistema Jurídico Brasileiro*. Porto Alegre: Revista Direito e Justiça, vol. 34, nº 1, jan./jun. 2008.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. *A ponderação de princípios e a supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10617>. Acesso em maio 2014.

DA SILVA, Afonso José. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2ª ed., 1995.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's empire*.

DUARTE, Hugo Garcez; OLIVEIRA, Juliana Silva. *Uma análise do direito à liberdade de profissão frente ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11053&revista_caderno=9 >. Acesso em maio 2014. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012.

ESCOBAR, Mario Lunardi; AGUIAR, José Otávio. *O Direito Animal em Face da Espetacularização. O caso das rinhas de galo no nordeste brasileiro: Isso é manifestação cultural?* Belford Roxo: Uniabeu, v. 5, n. 10, mai./ago. 2012.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FUHRMANN e SOUZA, Ítalo Roberto. *Proibição do retrocesso e direitos sociais*, p. 568. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Direito/72277-ITALO_ROBERTO_FUHRMANN_E_SOUZA.pdf> . Acesso em junho de 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. *A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento*.

Disponível em:

< <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/417/324>> . Acesso em junho de 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. *Princípio da dignidade da pessoa humana*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em maio 2014.

LACERDA, Bruno Amaro. *Animais como pessoas e “dignidade animal”*. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/14520>. Acesso em maio de 2014.

Luhman, Nikla. apud BRATILOVEANU, Izabela. *Dignity of human person*. Tradução livre do autor, 2014, p. 4.

Disponível em: < http://cis01.central.ucv.ro/upload/lucrari_dr/745_rez-en.pdf > . Acesso em maio de 2014.

Mais de 70% dos brasileiros são contra legalização do aborto, diz pesquisa. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,mais-de-70-dos-brasileiros-sao-contra-legalizacao-do-aborto-diz-pesquisa,575302,0.htm>> . Acesso em maio de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILLS, Stuart. *On Liberty*. Tradução livre do autor.

Disponível em: < <http://www.econlib.org/library/Mill/mlLbty1.html> > . Acesso em maio de 2014.

MPF move ação para inclusão no SUS de medicamento para tratamento de osteoporose avançada. Disponível em: < <http://www.prgo.mpf.mp.br/direitos-do-cidadao/noticias/1872-mpf-move-acao-para-inclusao-no-sus-de-medicamento-para-tratamento-de-osteoporose-avancada.html> > . Acesso em maio de 2014.

Município de Michoacán proíbe touradas e circo com animais. Disponível em: <http://www.anda.jor.br/02/07/2013/municipio-de-michoacan-proibe-touradas-e-circos-com-animais>. Acesso em fevereiro de 2014.

Paternalism. In: DWORKIN, Gerald; ZALTA, Edward N. *Stanford Encycledia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sm2010/entries/paternalism/>>. Acesso em abril de 2014.

PEREIRA, Delvechio de Souza. *O orçamento público e o processo de judicialização da saúde*. Brasília:2010. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>. Acesso em maio de 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos no âmbito intra-governamental e federativo*. In: Painel in the Workin Session: Implementation through instraste levels of government, including federal, state/provincial and municipal jurisdictions. Washington, USA: Inter-American Commission on Human Rights. 1º mar. 2003.

Planejamento familiar. Disponível em:

<<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>>. Acesso em maio de 2014.

Região espanhola da Catalunha dá adeus as touradas. Disponível em:

<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/regiao-espanhola-da-catalunha-da-adeus-as-touradas/n1597236092752.html> . Acesso em fevereiro de 2014.

Retinose pigmentar. Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/pagina-einstein/Paginas/retinose-pigmentar.aspx>> . Acesso em maio de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafio*. Revista do Cejur, v.1, n.1, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª tiragem, 2010.

SCHMIDT, Jan Peter. *Luz e sombra na aplicação do princípio da boa fé na práxis judiciária brasileira*. No prelo, 2015,

SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, v. 212, abr./jun. 1998.

STRECK, Lênio. *A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em julho de 2014.

TEIXEIRA, Tatiana Cardoso; PACHECO, Pablo Viana. *A judicialização do direito à saúde e o princípio da reversa do possível: necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8957>. Acesso em maio 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In *Revista de Direito Administrativo*. nº177, jul/set de 1989, p.75.