

# UM CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA (III): UM PONTO DE CHEGADA – UMA TEORIA PARA A DIGNIDADE HUMANA

Julio Pinheiro Faro<sup>1</sup>

Resumo: O trabalho procura apresentar um conceito jurídico de conteúdo mínimo da dignidade humana. Para isso, divide-se em três partes. A primeira parte traz uma crítica ao referencial teórico utilizado no trabalho. A segunda parte elege, provisoriamente e a partir do referencial teórico, os direitos e deveres para a formação do mínimo existencial na terceira parte. Esta, por fim, fornece uma proposta do que seria o mínimo existencial, encontrando-se, ao final, um conceito de dignidade humana.

Palavras-chave: Dignidade humana – Justiça como equidade – Direitos fundamentais. Deveres fundamentais – Mínimo existencial.

Abstract: This work intend presenting a legal concept of minimal content of human dignity. For this, it is divided into three parts. The first brings a critic to the theory adopted as a basis to the work. The second elects, provisionary and since the base theory, the rights and duties to form the existential minimum in the third part. This, finally, proposes a definition of existential minimum and a concept of human dignity.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Financeiro, Direito Tributário e Direito Processual Tributário na Estácio de Sá (Vitória/ES); Professor-Coordenador do Grupo de Estudos em Políticas Públicas e Desigualdades Sociais na FDV; Diretor Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Pesquisador vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da FDV; Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: julio.pfhs@gmail.com

Keywords: Human dignity – Justice as fairness – Fundamental rights – Fundamental duties – Existential minimum.

Sumário: 1. Introdução – 2. Os direitos e deveres essenciais: das necessidades ao mínimo existencial – 3. Eficácia da dignidade nas relações públicas e privadas – 4. Da dignidade da pessoa humana: em busca de um conceito mínimo – 5. Considerações finais.



## 1. INTRODUÇÃO

Nesta terceira parte pretende-se formular uma teoria que permita dizer que é dignidade humana. Assim, para alcançar tal objetivo, segue-se a seguinte estrutura: primeiro é tratada a questão do mínimo existencial, procurando-se indicar, de modo definitivo, os direitos e deveres realmente essenciais; em seguida faz-se a discussão sobre o fato de a garantia de respeito à dignidade decorrer apenas de relação vertical – com o Estado – ou advir, também, de relação horizontal – com particulares; por fim procura-se responder se dignidade humana é princípio ou regra, e, de tal forma, apresenta-se o seu conceito, concluindo o trabalho.

## 2. OS DIREITOS E DEVERES ESSENCIAIS: DAS NECESSIDADES AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Esta subsecção trata do conceito de mínimo existencial, partindo-se da discussão sobre as necessidades, aplicado aos direitos e deveres essenciais, que serão reavaliados, a fim de se

indicar um núcleo mínimo definitivo de direitos e deveres fundamentais.

O problema das necessidades humanas é muito discutido pela doutrina, sendo, por isso mesmo, confrontado seu conceito com outros, como os de desejos, instintos, interesses e aspirações<sup>2</sup>. Contudo, é preciso, desde já, dizer que “ninguém tem necessidades, porém ideias sobre as necessidades”, as pessoas têm, assim, “prioridades, graus de necessidade<sup>3</sup>”. Poder-se-ia, a princípio, conceituar necessidades como valores prioritários de cada sociedade em um determinado tempo e espaço que devem ser satisfeitos.

Esses valores prioritários devem possuir, decerto, um conteúdo mínimo que possibilite que eles sejam essencialmente os mesmos para os indivíduos que formam a sociedade, o que não é de todo difícil, porque, pela teoria da justiça como equidade, todas as pessoas na posição original são iguais, não se fazendo presente, pois, o fato do pluralismo. Isto é, o que se tem é a existência dos mesmos valores prioritários para os indivíduos. Faz-se, assim, necessário procurar por um critério que permita distinguir entre os graus de necessidade.

O primeiro critério que se vislumbra é o da *carência*, ou seja, de que as necessidades são graduadas de acordo com as carências que os indivíduos possuem de valores para atingir os seus objetivos. A noção de carência, no entanto, não se constitui como critério de eleição de valores primários, por duas razões: a uma, porque é possível, e até comum, que o indivíduo eleja para alcançar seus objetivos o suprimento de alguma carência supérflua, imprescindível tão-somente para realizar um prazer imediato e momentâneo, mas prescindível para o conjunto de sua vida; a duas, porque existe o que se pode chamar de problema do valor da liberdade, de modo que

---

<sup>2</sup> DE LUCAS, Javier; AÑÓN ROIG, María José. Necesidades, razones, derechos. *Doxa*, n. 7, 1990, pp. 60-61.

<sup>3</sup> WALZER, Michael. Obra citada, 2003, p. 88.

mesmo que os direitos às liberdades básicas sejam os mesmos para todos, é indubitável que alguns indivíduos tenham mais condições – maior acesso aos meios necessários – para atingir os seus objetivos, enquanto outros não tenham essa sorte<sup>4</sup>.

Portanto, valores prioritários não podem ser confundidos com preferências individuais por carências supérfluas nem com carências individuais de acesso aos meios necessários para alcançar objetivos de vida, devendo, por outro lado, serem classificados como exigências de uma vida minimamente digna. Assim, as necessidades devem possuir um conteúdo baseado em escolhas genéricas e objetivas, sem que haja a incidência de quaisquer desejos, interesses ou condições particulares, adotando-se como necessidades básicas as que são deveras imprescindíveis para a persecução de um plano de vida baseado no atendimento de níveis mínimos de dignidade<sup>5</sup>.

As necessidades básicas são chamadas pela teoria da justiça como equidade de *bens primários*, que são cinco: direitos, liberdades, renda e riqueza, oportunidades, e auto-estima. Todos esses bens são escolhidos pelas pessoas na posição original em conformidade com os princípios de justiça eleitos, e, assim, com fulcro nos direitos e deveres fundamentais, constituindo-se como coisas objetivamente<sup>6</sup> eleitas para que os indivíduos possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres. Esses cinco tipos de bens primários formam, portanto, um conjunto de coisas que dão maior segurança ao sujeito para alcançar suas metas e interesses, e “que são imprescindíveis para a manutenção de uma vida humana digna<sup>7</sup>”.

---

<sup>4</sup> Ver: RAWLS, John. Obra citada, 2002b, pp. 221-222; AÑÓN ROIG, María José. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 28-29, 191; SANTIAGO NINO, Carlos. *Autonomía e necesidades básicas*. *Doxa*, n. 7, 1990, p. 24.

<sup>5</sup> Ver: ZIMMERLING, Ruth. *Necesidades básicas y relativismo moral*. *Doxa*, n. 7, 1990, p. 41; RAWLS, John. Obra citada, 2002b, pp. 97-98.

<sup>6</sup> Racional e razoavelmente eleitas, de acordo com a teoria da justiça como equidade.

<sup>7</sup> MÖLLER, Josué Emílio. Obra citada, 2006, p. 55.

Os bens primários, na teoria da justiça como equidade, são definidos a partir das “necessidades das pessoas enquanto pessoas morais<sup>8</sup>”. Ora, tal doutrina define pessoas morais como aquelas que respeitam e cumprem os princípios de justiça por elas escolhidos, posto saberem que quanto mais cooperarem para a manutenção de uma sociedade bem-ordenada, maior a probabilidade de atingirem seus objetivos de vida. Assim, não se busca a igualdade na distribuição de bens primários, mas uma maior distribuição deles, para que não haja redução de expectativas, mas sim que “o quinhão de recursos que cabe a cada um é suficiente para que cada pessoa possa se empenhar na realização” de seus próprios objetivos<sup>9</sup>. Caso se pretendesse a igualdade na distribuição de bens primários, conseqüentemente haveria uma redução de expectativas, o que não é razoável e nem racionalmente aceito, até porque, bem mais fácil que retirar de quem já tem é dar a quem não tem. Desta forma, as pessoas têm valores prioritários básicos e valores prioritários circunstanciais: aqueles se referem aos valores mínimos que todo e qualquer indivíduo deve possuir; enquanto estes dependem de circunstâncias que a vida de cada pessoa lhe oferece<sup>10</sup>.

Os valores prioritários circunstanciais são subjetivos, porque criam preferências individuais em relação a coisas, do ponto de vista aqui defendido, supérfluas, já que se situam fora do rol de prioridades básicas (real ou minimamente essenciais), não sendo imprescindíveis para perseguir qualquer plano de vida, senão aquele da pessoa que criou determinada preferência. Os valores prioritários básicos são objetivos, porque genericamente escolhidos para alcançar todo e qualquer plano de vida, criando, assim, exigências mínimas a serem atendidas. Logo, expressões melhores que *necessidades* são,

---

<sup>8</sup> AUDARD, Catherine. Glossário. In: RAWLS, John. Obra citada, 2002a, p. 373.

<sup>9</sup> VITA, Álvaro de. Obra citada, 2007, p. 252.

<sup>10</sup> VITA, Álvaro de. Obra citada, 2007, p. 155.

*valores prioritários básicos* ou *exigências mínimas*. Diante disso, não se pode conceituar necessidades como valores prioritários a serem satisfeitos, devendo-se procurar outro conceito que melhor se adeque aos propósitos aqui desenvolvidos. Propõe-se, então, um conteúdo para essas exigências mínimas com base nos bens primários propostos pela teoria da justiça como equidade de Rawls: oportunidades, direitos, liberdades, renda e riqueza, e auto-estima.

Em relação a esses bens, deve-se observar que eles são, na verdade, apenas dois: direitos e auto-estima. Ora, liberdades e oportunidades são – como já indicado – direitos, aquelas se referem ao princípio das liberdades básicas iguais (direitos à liberdade) e estas se referem ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades (direitos à igualdade), de modo que apenas falta ser acrescentado o direito à fraternidade (referente ao princípio da diferença). A renda e a riqueza são “entendidas como meios polivalentes (que têm valor de troca)<sup>11</sup>”, ou seja, bens materiais economicamente apreciáveis; são elas que promovem a desigualdade necessária no seio da sociedade, já que uns têm mais meios polivalentes que outros, fazendo, então, atuar o princípio de diferença. E, no outro grupo está a auto-estima, que serve para promover nos indivíduos uma sensação quanto ao “seu valor enquanto pessoas<sup>12</sup>”, ou seja, um bem primário que incide sobre os direitos determinando a medida em que eles devem estar presentes para assegurar uma vida minimamente digna a todos.

Os bens primários não decorrem do princípio de diferença, e sim se tornam mais nítidos com ele. Ora, com este princípio, fica clara a existência de desigualdades entre os indivíduos da sociedade, e a percepção das desigualdades permite que se destaquem os sujeitos afortunados e os menos afortunados. A clareza sobre a existência de bens primários

---

<sup>11</sup> RAWLS, John. Obra citada, 2003, p. 83.

<sup>12</sup> RAWLS, John. Obra citada, 2003, p. 83.

está no fato de que estes constituem fatores que devem existir para todos os indivíduos, mesmo que não haja distribuição igual; ou, dito de outro modo: são fatores que devem existir minimamente na vida de todos os membros da sociedade, daí a sua relação com as exigências mínimas.

Na posição original, sob o aparato do véu de ignorância, por não conhecerem os indivíduos de suas próprias situações políticas, econômicas e sociais, e também destas situações em relação à sociedade à qual pertencem; não é razoável nem pode ser racional que os bens primários se refiram a recursos de poder político, econômico e/ou social, de modo que nem seria próprio utilizar de termos como recursos ou bens, sendo mais acertado falar-se em direitos e auto-estima. Os indivíduos não escolhem os *bens primários* depois de já terem conhecimento de seus respectivos planos de vida; até porque, se fosse assim, seria muito difícil, senão impossível, fazer a escolha, porque cada um preferiria ter um direito ao qual tem menos acesso.

Daí que, na teoria de Rawls, os indivíduos, depois de removido o véu de ignorância, estão sujeitos a duas coisas: às suas próprias escolhas e às contingências naturais (históricas, sociais, de *status*, culturais, genéticas e de sorte, por exemplo), que geram desigualdades entre os indivíduos. A percepção destas desigualdades faz com que se destaquem os sujeitos afortunados e os menos afortunados, de modo que a diferença é que aqueles, ao contrário destes, além de terem feito as escolhas certas (ou as mais certas), contaram com contingências que lhes foram favoráveis. Dworkin, em sua teoria da igualdade, utiliza de dois outros termos para se referir às escolhas e às contingências, respectivamente: sorte por opção e sorte bruta<sup>13</sup>. Explicando que a primeira “diz respeito a resultados de apostas deliberadas e calculadas”, ou seja, escolhas que poderiam ou não ser feitas; enquanto que a

---

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 91.

segunda “diz respeito ao resultado de riscos que não são apostas deliberadas”, isto é, contingências.

O elo entre os bens primários da teoria de Rawls e a teoria da igualdade de Dworkin está na justificativa que este utiliza para explicar as transferências entre os mais afortunados e os menos afortunados: o seguro<sup>14</sup>. Assim, afirma Ronald Dworkin, quem decide fazer ou não um seguro está fazendo “uma aposta calculada<sup>15</sup>”, está optando por ganhar ou não a aposta, está aceitando correr um risco futuro e incerto. No entanto, comprar ou não um seguro não quer dizer, em absoluto, que a sorte por opção passa a prevalecer sobre a sorte bruta, porque o seguro trabalha sobre uma álea, um risco futuro e incerto, que pode ou não ocorrer; ora, o sujeito não assume o risco de o evento ocorrer ou não, e sim o risco de receber ou não a indenização, e mais, o indivíduo pode pagar seguro cuja indenização seja menor que o prêmio pago. Mas não é esse tipo de seguro, feito após a remoção do véu de ignorância, que interessa aqui, e sim o seguro feito antes de se pensar em afastar o véu. Isso decorre da própria interpretação crítica da teoria de Rawls, como observa Dworkin: “a versão de Rawls do contratualismo não permite que as pessoas façam escolhas com relação aos princípios fundamentais da justiça com base em sua própria situação ou vantagens peculiares<sup>16</sup>”. Assim, a escolha dos bens primários é feita à medida que se elegem os princípios de justiça, portanto ainda sob o véu de ignorância. Os bens primários são o seguro que os indivíduos na posição original fazem para o resto de suas vidas ao eleger os bens mínimos que gostariam ter mais que quaisquer outros, a fim de “obter um maior sucesso na realização de suas intenções e na promoção de seus objetivos, quaisquer que sejam eles<sup>17</sup>”.

---

<sup>14</sup> Ver: DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. Entrevista feita por Octávio Luiz Motta Ferraz. *Novos Estudos*, n. 77, 2007, p. 234.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. Obra citada, 2005, p. 91.

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. Obra citada, 2005, p. 184.

<sup>17</sup> RAWLS, John. Obra citada, 2002b, p. 98.



Portanto, os bens primários são mais bem representados pelas expressões direitos mínimos e auto-estima, que se apresentam como exigências mínimas eleitas pelas pessoas na posição original como de existência minimamente necessária para que tenham uma vida quando nada digna, ou seja, formam o que se pode chamar de mínimo existencial. Diante disso, podem-se utilizar com um mesmo sentido, tanto a expressão *exigências mínimas*, que, como demonstrado, se referem aos bens primários, ou melhor, aos direitos mínimos e à auto-estima, enquanto *mínimo existencial*.

Mas os valores prioritários, é importante lembrar, não são formados apenas por direitos mínimos e auto-estima, mas também por deveres. Assim, há que perguntar onde, no que se convencionou chamar exigências mínimas, se inserem os deveres fundamentais, como deveres mínimos, ou, quem sabe, *mínimos exigíveis*?

Esses deveres podem ser vistos no rol de bens primários, embora não sejam ali referidos expressamente. E, de fato, eles estão ali, porque, como visto no capítulo anterior, os deveres se prestam à manutenção da sociedade (mediante pagamento de tributos), da ordem constitucional e do respeito à situação jurídica de terceiros. Assim, não faz sentido, pelo menos não agora – embora pudesse fazer algum à época que Rawls formulou sua teoria –, que o que se chama mínimo existencial tenha por conteúdo os direitos e auto-estima, excluindo de sua esfera de abrangência deveres, que, por sua natureza, não podem ser tratados como exigências mínimas dos indivíduos, e sim como mínimos exigíveis desses indivíduos. Portanto, o mínimo existencial forma-se por exigências mínimas e por mínimos exigíveis.

Há, agora, que se fazer uma apuração do conceito de mínimo existencial. Começou-se a seção afirmando que as pessoas possuíam necessidades, e que estas seriam definidas como aqueles valores prioritários dos seres humanos. É

destacado que essa definição é imprópria, porque seria um exercício tautológico, porque tais necessidades são constituídas por valores prioritários de dois tipos, circunstanciais (ou preferências) e básicos (ou exigências). Assim, porquanto a expressão *necessidades* induza ao menos pelo que aqui se entende ao engano<sup>18</sup> – já que o que se procura é delimitar o que o ser humano necessita para uma vida minimamente digna, e isso não deve abranger as preferências, mas tão-somente as exigências; preferiu-se, então, usar uma expressão que fala por todas: *mínimo existencial*, que remete aos *direitos e deveres mínimos* e à auto-estima.

Como os bens primários são os direitos e deveres mínimos e a auto-estima, que formam o mínimo existencial, não se pode adotar a tese comumente escolhida de que este mínimo se refira apenas aos direitos fundamentais sociais<sup>19</sup>, devendo-se, pois, optar pelo entendimento de que todos os direitos fundamentais contribuem para formar o mínimo

---

<sup>18</sup> WALZER, Michael. Obra citada, 2003, p. 88.

<sup>19</sup> Ver, por exemplo: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: AVELÁS NUNES, Antônio José; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). *Diálogos constitucionais: Brasil / Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 463; SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006a, pp. 563-564; BARCELLOS, Ana Paula de. Obra citada, 2007, p. 100; TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1. Não adotar esse posicionamento não quer dizer refutá-lo, mas sim adequá-lo. A ideia de que os direitos fundamentais sociais formam o mínimo existencial, tem uma razão de ser: a época em que a teoria começou a ser desenvolvida pela doutrina, isto é, na década de 1950. Nesta época, pós-guerra, pós-Holocausto, falava-se muito em necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana, de modo que se entendia que não bastava apenas o respeito aos direitos à liberdade – a essa época, bastante desenvolvidos; era preciso haver o respeito, também, aos direitos à igualdade, daí o desenvolvimento da doutrina de que o mínimo existencial é formado pelos direitos fundamentais sociais. Portanto, a ideia cardinal da tese não está errada; aliás, está parcialmente de acordo com a teoria de Rawls, porque, para este, o segundo princípio (igualdade equitativa de oportunidades), que representa os direitos à igualdade (sociais), deve existir para que se possa exercer o primeiro princípio (liberdades).

existencial. Alguns, é claro, contribuem mais, e aí estão os direitos à igualdade, porque se apresentam como a condição para o exercício dos direitos à liberdade, o que não quer dizer que estes e os direitos à fraternidade não formem o mínimo existencial, e nem que os deveres não se incluam nesse rol – aliás, como é intuitivo destacar, os deveres fundamentais acabam por atuar, também<sup>20</sup>, ao lado dos direitos à igualdade, financiando o aparato estatal. De aí ser mais exato, apenas a título de classificação, falar-se em três mínimos existenciais, um liberal, um social e outro ecológico<sup>21</sup>.

O mínimo existencial consiste na essência dos direitos e deveres fundamentais, depois de realizadas todas as restrições autorizadas pela CF/88 ao seu conteúdo, restando o que lhes é essencial, funcionando como uma proteção ao seu conteúdo mínimo<sup>22</sup>. Assim, o mínimo existencial funciona como aquele conjunto de direitos e deveres (mínimos) que todo indivíduo inserido numa sociedade (brasileira, inglesa ou italiana) deve possuir, independente das condições políticas, sociais e econômicas da comunidade em que viva<sup>23</sup>.

Com essa concepção, vislumbra-se que, salvo numa análise focada apenas nos direitos à igualdade, não se pode

---

<sup>20</sup> Isto porque, como visto no capítulo dois, os deveres fundamentais também limitam as liberdades.

<sup>21</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Obra citada, 2003, p. 10.

<sup>22</sup> HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 58.

<sup>23</sup> Em sentido contrário: FACURY SCAFF, Fernando. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, Martonio (org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150. O autor afirma que o mínimo existencial não possui amplitude universal, sendo, quando muito, local ou regional. A posição do autor não é adotada neste trabalho, porque se parte da ideia de que os indivíduos estão sob um véu de ignorância, de modo que o mínimo existencial escolhido não reflete condições específicas de uma determinada comunidade, e sim condições mais gerais, referentes a uma sociedade, a um País.

falar que o mínimo existencial forma-se apenas por direitos sociais. E isso porque se dizer que o mínimo é tão-só social implica, necessariamente, a negação de que existam direitos mínimos às liberdades e às fraternidades. Satisfazer um direito social fundamental não quer dizer que será, conseqüentemente, satisfeita, por exemplo, uma liberdade, pode ser que esta seja concretizada, mas também pode ser que não o seja. Daí que decorre a conclusão de que deve haver uma satisfação mínima de direitos (igualdades, liberdades e fraternidades) e de deveres essenciais.

Mas esta conclusão não é, em um contexto mais amplo, auto-suficiente. A negação de direitos mínimos das outras duas categorias faz com que fique mais difícil estabelecer em que condições um determinado princípio formado por esses direitos será violado. Ora, não existindo, por exemplo, direitos mínimos à liberdade, a violação de um princípio sob o viés desses direitos dependerá das circunstâncias da situação concreta, de modo que um mesmo direito poderá ser e não ser violado, gerando uma imprecisão quanto ao seu conteúdo. Em sentido contrário, havendo o estabelecimento de um mínimo exigível a todo e qualquer ser humano em relação a esses direitos, conhecer-se-á a condição mínima de respeitabilidade do direito em tela, de maneira que se ela for ultrapassada, o princípio, com certeza, terá sido violado. Assim, não se pode restringir o âmbito do mínimo existencial apenas aos direitos sociais fundamentais.

A impressão que se tem, quando se verifica referida restrição é de que os autores estão confundindo duas coisas: a realização mínima dos direitos à igualdade e o mínimo existencial especificamente social. São duas coisas diferentes. A realização mínima tem a ver com a garantia constitucional de aplicabilidade imediata inerente a todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais. A confusão se forma quando se adiciona a errada e dolosa interpretação da *reserva*

*do possível*, em que se subordina a realização de um direito constitucionalmente previsto à futura e incerta conveniência dos órgãos públicos. Por exemplo: a CF/88 estabelece um direito e determina que lei complementar ou ordinária deva ser criada para que ele possa ser exercido; e mais, mesmo com a produção desta lei, os órgãos de execução e de administração do Estado vinculam não só o cumprimento de uma lei como o da CF/88 a seu talante eventual, sob a justificativa de falta de condições econômico-financeiras. De outro giro, a realização mínima não se confunde com o mínimo existencial social, porque este é o conjunto dos direitos sociais fundamentais considerados como verdadeiramente essenciais para todo e qualquer ser humano, enquanto aquela é a realização destes.

Portanto, a conceituação de mínimo existencial é aquela, acima apresentada, que contempla o que Rawls chamou de bens primários – direitos à liberdade, direitos à igualdade, direitos à fraternidade, auto-estima e deveres fundamentais –, demonstrando, pois, a essência desses bens, já tendo sido consideradas, inclusive, todas as restrições constitucionais aos respectivos conteúdos.

Diante disso, é importante recuperar os direitos e deveres mínimos provisoriamente indicados no capítulo anterior, a fim de serem reavaliados, elaborando-se, portanto, uma resposta definitiva a que direitos e deveres comporiam o mínimo existencial, ou, seriam realmente essenciais a todo e qualquer indivíduo. Quatro são as classes de direitos: a) direito à integridade física e psíquica; b) direito à propriedade material e imaterial, apreciável ou não economicamente; c) direito a ações estatais que proporcionem um tratamento igualitário de oportunidades aos indivíduos; d) direito a um meio ambiente natural e cultural sustentavelmente sadio e democrático. E três são as classes de deveres: e) dever de pagar tributos; f) dever de não interferir na situação jurídica de terceiros; g) dever de não violar a ordem constitucional.

A reavaliação dos quatro direitos mínimos e dos três deveres mínimos é de grande importância para que se comece a formar, definitivamente, um conceito mínimo de dignidade humana. Essa tentativa de reavaliar para elaborar uma seleção definitiva não quer dizer, necessariamente, que se vá reduzir, ainda mais, o grupo de direitos e deveres mínimos, o que poderia até ocorrer, se fosse conveniente para os fins desse trabalho. Assim, o que se fará é uma melhor formulação de cada um desses direitos e deveres. A tentativa é, portanto, de elaborar uma única fórmula, o que por si já gera um problema: como elaborar uma única fórmula sem que esta peca pela imprecisão e seja fraca em conteúdo? E, ainda, onde incluir a auto-estima? Por tudo já exposto, parece ser melhor começar pelo primeiro problema, que só pode ser respondido – pelo menos *a priori* – com o rápido retorno aos conteúdos de cada um dos direitos e deveres logo acima listados.

O primeiro dos direitos indicados é à integridade física e psíquica. Integridade física é a liberdade de o indivíduo de dispor sobre sua própria vida e sobre o próprio corpo, podendo, em tempos de paz, se locomover ou não, praticar atos ou não. A faculdade individual de usar livremente de seu próprio corpo já abarca a livre disposição sobre sua própria vida, até mesmo porque não há, pelo menos sob uma perspectiva material, como o ser humano dispor de seu corpo se este não tiver vida (corpo morto). Assim, basta referir-se à integridade física como a liberdade de dispor do próprio corpo (livre disposição corpórea). A integridade psíquica constitui-se como a liberdade de o sujeito se expressar livremente, seja em relação a si mesmo, seja em relação ao mundo que o rodeia, vedado o anonimato, salvo em caso de necessário sigilo da fonte e assegurado o direito de resposta. Em suma, o indivíduo tem faculdade de livre expressão, que, aliás, é corpórea também, porque, ao menos sob o aspecto material, não há expressão que não surja a partir do corpo, porque mesmo a expressão mental

íntima necessita da atuação do resto do organismo humano vivo. Desta feita, unindo-se os dois conteúdos, verifica-se que se trata de um direito à livre disposição e expressão corpórea<sup>24</sup>, ou, numa forma mais reduzida, mas igual em conteúdo, direito à livre autonomia privada. Essa fórmula, entretanto, apresenta-se incompleta, devendo-se-lhe acrescentar dois deveres que atuam como limitadores do exercício dessas liberdades, de modo que o indivíduo que as possa exercer não interfira na situação jurídica de outrem nem viole a ordem constitucional<sup>25</sup>. Nisto se tem, portanto, a elaboração de uma única fórmula com três dos sete elementos do grupo de direito e deveres que haviam sido previamente selecionados. A primeira fórmula está, então, elaborada e se constitui da seguinte forma: direito à livre autonomia privada, desde que o exercício desta liberdade não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional<sup>26</sup>.

A esse direito de livremente dispor de e expressar-se com o próprio corpo soma-se os direitos referentes à intimidade e à propriedade material ou imaterial, apreciável economicamente ou não. Há uma complementação entre esses direitos de maneira que o fato de se afirmar que há liberdade de disposição e de expressão corpórea já traz o entendimento, implícito, de que é assegurada, por exemplo, a intimidade como um direito inerente ao sujeito. Ora, entendendo-se a intimidade como o plexo de fatores que se traduzem em informações pessoais que

---

<sup>24</sup> Poder-se-ia reduzir ainda mais essa fórmula sob o argumento de que a livre disposição já pressupõe a livre expressão a partir do próprio corpo. Contudo, entende-se que isso traria um problema quanto ao conteúdo, tornando-o fraco e impreciso.

<sup>25</sup> Chama-se ordem constitucional aquela formada pela Constituição e respectivas normas infraconstitucionais (leis em sentido amplo).

<sup>26</sup> Poder-se-ia cogitar de incluir a responsabilidade do indivíduo que interfere na situação jurídica de terceiros ou que viola a ordem constitucional. No entanto, tal questão é propositadamente suprimida por se entender que a violação da ordem constitucional sempre pressuporá a existência e provável aplicação de uma sanção, responsabilizando o indivíduo.

formam a esfera secreta de cada indivíduo, sendo da competência deste torná-las públicas ou não, tem-se, conseqüentemente a influência da livre expressão corpórea. Entendida a expressão como o direito de se exprimir, por aí já se englobam informações pessoais atinentes à intimidade como, por exemplo, a identidade, a imagem, a honra, os hábitos, o lazer e as preferências que uma pessoa possa ter. E, ainda, verifica-se a influência da livre disposição corpórea, porque esta é necessária para se colocar em prática determinados hábitos, atividades de lazer e preferências, que influem na identidade, imagem e honra dos seres humanos. Assim, é inevitável que à primeira fórmula se juntem esses outros fatores: direitos à intimidade e à constituição e manutenção de propriedade material e imaterial, economicamente apreciáveis ou não. Diante disso, refazendo-se a primeira fórmula, com a devida adequação desses novos fatores, tem-se segunda fórmula: direitos à livre autonomia privada e propriedade, desde que o exercício destas liberdades não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional<sup>27</sup>.

A teoria da justiça como equidade proporciona uma ligação entre os direitos à liberdade e à igualdade, de tal forma que estes formam o suporte fático (oportunidades) para o exercício daqueles, viabilizando-os, portanto. O Estado, através de seus órgãos, deve, mediante prestações – por exemplo: ações ou políticas públicas –, realizar a justa distribuição de oportunidades que viabilizem o exercício, pelos indivíduos, de suas liberdades, no esforço constante de relativizar situações de desequilíbrio social, aumentando a prática da liberdade. Por certo que a implementação dessas prestações não é feita com

---

<sup>27</sup> Nesta nova fórmula verifica-se a não inclusão, proposital, do direito à intimidade. É que pela cláusula de não interferência do exercício das liberdades na situação jurídica de terceiros já engloba a intimidade: o exercício de uma liberdade por um indivíduo não pode atingir a intimidade de outrem. Portanto, evitou-se uso de termos com mesmo significado.



recursos do próprio Estado, o que, se fosse verdade, inviabilizaria, tal atividade; o oferecimento de oportunidade viabilizadoras do exercício de direitos pelo aparato estatal só ocorre pela combinação de dois fatores: o financiamento do Estado pela sociedade, mediante o pagamento de tributos, e o correto e adequado manejo da coisa pública pelos agentes estatais responsáveis pela gestão desse financiamento. Daí que é preciso lembrar a questão da reserva do possível, de maneira que o financiamento de tais oportunidades, tidas como exigências mínimas, não se submete, nem pode ser submetido à desculpa da existência de recursos econômico-financeiros do Estado, e isto por dois motivos: todos os direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis, por expressa previsão constitucional; e, como os direitos à igualdade são condições de viabilização dos direitos à liberdade, a não concretização daqueles importa em necessária violação destes. Dito isso, convém juntar à fórmula o fator referente aos direitos à igualdade e ao dever de pagar tributos, no que se obtém o seguinte: direito à existência de oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do exercício dos direitos à livre autonomia privada e propriedade, desde que esse exercício não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional.

A questão-problema que se colocaria a esta nova formulação seria a seguinte: que oportunidades seriam mínimas? Com esteio na teoria aqui desenvolvida, oportunidades mínimas são aquelas que permitem a livre disposição e expressão corpórea, bem como a propriedade. A própria CF/88 prevê que direitos sociais formam essas condições mínimas de exercício das liberdades mínimas: “o primado do trabalho e o bem-estar e justiça sociais” (art. 193). Trata-se, contudo, de uma previsão bem genérica, onde se podem incluir diversos fatores. Especificando essa previsão, pode-se chegar, a partir da CF/88, às seguintes oportunidades

mínimas<sup>28</sup>: participação equitativa de toda a sociedade no custeio de programas de seguridade social que atinjam a todos; ações e serviços de saúde, com atendimento integral e que permitam a promoção, proteção e recuperação da saúde humana; concessão equitativa de previdência social, sendo ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais e de pessoas portadoras de deficiências; benefício da assistência social a quem dele efetivamente necessite; educação de qualidade que proporcione à pessoa seu pleno desenvolvimento enquanto cidadão e boa qualificação para o trabalho; acesso à cultura e ao desporto; renda mínima; e acesso à justiça. No entanto, apesar de se poder fazer essa especificação, vislumbra-se uma melhor resposta àquela questão-problema apresentada: as oportunidades mínimas decorrem da necessária preservação de condições mínimas de sobrevivência do ser humano, para que ele desfrute com qualidade dos direitos a que tem direito enquanto permanecer vivo. No que implica acrescentar um último fator à fórmula que se pretende alcançar: o direito a um meio ambiente natural e cultural sustentavelmente sadio e democrático.

Este último fator consiste na manutenção de um ambiente propício à cooperação entre os indivíduos como membros de uma sociedade única, no esforço sinérgico de compensar-se o menor favorecimento de alguns, dadas às suas próprias escolhas e principalmente às contingências, sem que seja preciso reduzir as expectativas dos demais membros. Renovando a assertiva de Pérez Luño, é possível dizer-se que “a ecologia representa, em suma, o marco global para um

---

<sup>28</sup> Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253) faz interessante observação: “O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos”.

renovado enfoque das relações entre o ser humano e o mundo à sua volta<sup>29</sup>”. Assim, o ser humano quando desfruta de um ambiente sadio, tem melhores condições de exercer liberdades, que, como já dito, só se concretizam mediante oportunidades. Forma-se, desta feita, um conjunto de condições para a realização mínima, mas cada vez mais completa, dos direitos humanos fundamentais<sup>30</sup>. Portanto, os direitos à fraternidade atuam como um cimento entre as outras duas espécies de direitos, no que é possível formar uma nova fórmula: direito a um ambiente sustentavelmente sadio e democrático em que existam oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do exercício dos direitos à livre autonomia privada e à propriedade, desde que esse exercício não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional.

Elaborada essa fórmula, pode-se, finalmente, passar ao segundo problema acima elaborado: onde incluir a auto-estima? O conceito de auto-estima leva em conta o que o sujeito sente e pensa a respeito de si mesmo e qual o efeito disso para a sua vida social<sup>31</sup>. A auto-estima advém de duas fontes, a primeira é interna e depende única e exclusivamente do próprio indivíduo, e a segunda é externa, dependendo de como o indivíduo é tratado pelas pessoas que lhe são mais próximas<sup>32</sup>. Assim, trata-se de um fator que possui dois aspectos<sup>33</sup>, um íntimo (auto-estima pessoal, um sentimento de amor-próprio e de valorização de si próprio) e um externo

---

<sup>29</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Obra citada, 2006, p. 30.

<sup>30</sup> Ver: MBAYA, Etienne-Richard. Obra citada, 1997, p. 29.

<sup>31</sup> Ver: ANDRÉ, Christophe. Questão de auto-estima. Trad. Alexandre Massella. *Mente Cérebro*, n. 164, 2006, p. 49; RAWLS, John. Obra citada, 2003, p. 83.

<sup>32</sup> SANSINENEA, P.; SANSINENEA, E. Autoestima y desaprobación parental. *Psiquis*, n. 4, 2004, p. 44.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ SANTA-BÁRBARA, Emilio. Relación entre la autoestima personal, la autoestima colectiva y la participación en la comunidad. *Anales de Psicología*, vol. 15, n. 2, 1999, p. 251.

(auto-estima coletiva, um sentimento de que é bem-vindo a uma sociedade). Embora uma pessoa possa nascer com uma auto-estima pessoal alta ou baixa, haverá sempre a influência externa elevando-a, baixando-a, mantendo-a, e até mesmo mudando-a, conforme o próprio indivíduo se sinta em relação a si mesmo e em relação à sua participação social. Desta feita, a auto-estima é um valor altamente influenciável pelo mundo circundante (competição social, mobilidade social, disputas em relação ao mercado de trabalho, convivência familiar, influência de amigos, dentre outros exemplos), a tal ponto que a auto-imagem de cada um pode por ele ser alterada. A confluência entre a auto-estima pessoal e a coletiva gera o autoconceito<sup>34</sup>. Portanto, dada a influência que os dois aspectos da auto-estima têm entre si, é mais correto que se faça referência não à auto-estima, e sim ao *autoconceito*.

O autoconceito parece inserir-se como um fator preponderante para o correto encadeamento dos direitos mínimos agregados na fórmula acima elaborada. Apesar de não se incluir dentre aqueles direitos à fraternidade assegurados pela CF/88, o autoconceito insere-se perfeitamente dentro do conceito de Toni Domènech de um direito-cimento, que dá liga aos outros dois tipos de direitos. A asserção do psiquiatra Christophe André, de que pesquisas já “constatarem que pessoas com auto-imagem positiva podem ter mais facilidade para fazer boas escolhas<sup>35</sup>”, revela o caráter de cimento que o direito ao autoconceito possui. Ora, a partir do momento em que o indivíduo se apresenta com um autoconceito positivo seu esforço sinérgico em prol dum ambiente social sadio, sustentável e democrático tende a aumentar, proporcionando duas coisas: uma de cunho individual, boas escolhas (sorte por opção) para a realização de seus planos de vida; e outra de índole coletiva, melhoria do ambiente social como um todo.

---

<sup>34</sup> SÁNCHEZ SANTA-BÁRBARA, Emilio. Obra citada, 1999, p. 252.

<sup>35</sup> ANDRÉ, Christophe. Obra citada, 2006, p. 50.

Esses dois resultados podem, provavelmente, iniciar uma reação em cadeia que promova noutras pessoas a formação de um autoconceito positivo, fazendo, portanto, com que o ambiente social se torne cada vez mais sustentavelmente sadio e democrático, que as oportunidades oferecidas por ações prestacionais estatais tenham melhor aproveitamento e que as liberdades mínimas possam ser corretamente exercidas; isso tudo permite que seja gerada a possibilidade de melhor exercício de outras liberdades não-mínimas e o oferecimento de outras oportunidades igualmente não-mínimas.

Portanto, o autoconceito é um direito à fraternidade, de modo que se pode elaborar a versão final da fórmula dos direitos e deveres que formam o mínimo existencial: direito a um ambiente sustentavelmente sadio e democrático em que existam oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do correto desenvolvimento do autoconceito e do exercício dos direitos à livre autonomia privada e propriedade, desde que esse exercício não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional.

### 3. EFICÁCIA DA DIGNIDADE NAS RELAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS

O objetivo desta subseção é responder à seguinte questão: o respeito à dignidade humana é responsabilidade de quem? Ou, por outra: é possível exigir o respeito à dignidade tanto nas relações jurídicas públicas quanto nas privadas? A resposta a estas questões é uma só, e será demonstrada a partir de teorias que são aplicadas aos direitos fundamentais, quando se indaga por sua eficácia perante o Estado e perante particulares. A dignidade humana é formada, como se vem de ver, especialmente na subseção anterior, por direitos e deveres fundamentais. Aplicar, portanto, à demonstração do que se

defende, aqui, de que é possível exigir o respeito à dignidade humana tanto nas relações jurídico-privadas quanto nas relações jurídico-públicas, decorre do conteúdo da própria dignidade. Desta feita, o que se faz é adequar teorias sobre eficácia de direitos fundamentais à identificação de que os deveres fundamentais também estão sujeitos a tais teorias, e, por tabela, a dignidade humana.

Os direitos e deveres fundamentais, por decorrerem de normas que detêm preeminência dentro do sistema, possuem vinculação *erga omnes*, de modo a vincular pessoas físicas e jurídicas, de direito privado ou público, em relações públicas ou privadas<sup>36</sup>. Como todos os direitos e deveres constitucionais possuem esse tipo de vinculação, nada mais seguro que dizer que a dignidade humana, cujo conteúdo é formado por alguns desses direitos e deveres, também possui vinculação *erga omnes*, isto é, tanto o Estado quanto os particulares devem respeito à dignidade humana, ou, dito de outra forma, todos estão obrigados a respeitar os direitos e deveres, sob pena de, possivelmente, violarem a dignidade humana. Essa assertiva é de imensa importância para a teoria que aqui se desenvolve. Ora, afirmar-se que o desrespeito a direitos e deveres fundamentais pode, possivelmente, violar a dignidade humana, quer dizer que há direitos e deveres que podem ser desrespeitados porque não violam a dignidade. E isso pode ser deveras criticado pela doutrina, mas o risco é aqui assumido, não apenas em virtude da coerência e da coesão dos posicionamentos adotados, mas também em prol do fato de que a dignidade humana não pode ser formada por todos os direitos e deveres fundamentais, sob o risco quase certo – e isso tem sido constantemente diagnosticado –, de que a dignidade, por referir-se a tudo, não possua conteúdo algum, sendo, portanto,

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, ver, por exemplo: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Obra citada, 2003, p. 74; STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

nada.

Antes, porém, de se explicar o porquê de ser possível desrespeitar alguns direitos e deveres sem, contudo, violar a dignidade humana, é preciso tratar do assunto proposto nesta seção: a eficácia da dignidade nas relações jurídicas públicas e privadas. Assim, embora se assuma, com boa parte da doutrina nacional, “a posição de acordo com a qual tanto o Estado quanto os particulares (pessoas físicas e jurídicas) encontram-se, de alguma forma, vinculados aos direitos fundamentais<sup>37</sup>”, há várias doutrinas sobre esse assunto, ou melhor, sobre qual o grau dessa eficácia.

Essas doutrinas são exatamente aquelas a que a doutrina costuma se referir como tão-só referentes à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Essa referência advém de um fato que talvez pareça óbvio, que o Estado está vinculado aos direitos e deveres fundamentais. Mas o problema não é este, e sim, de em que grau o Estado se vincula a esses direitos, e, assim, o que parecia óbvio, talvez não o seja. Ora, ao se considerar o art. 5º, §1º, da CF/88, todos dos direitos, e, por extensão, os deveres fundamentais têm aplicação imediata; assim, aquilo a que comumente se refere como normas de eficácia contida ou limitada, ou simplesmente, não auto-executáveis, são de aplicabilidade imediata, porque tão logo a CF/88 preveja a necessidade de lei para regulamentá-las, o legislador não se pode furtar da função de criar tais leis – embora não seja isso o que se tem observado.

Desta feita, sobre as teorias que se referem aos graus da eficácia da dignidade humana em relação ao Estado e entre particulares, podem ser indicadas quatro doutrinas<sup>38</sup>: a) eficácia

---

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 339.

<sup>38</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre

de grau zero (*state action doctrine*); b) eficácia mediata ou indireta; c) eficácia segundo a tese dos deveres de proteção; d) eficácia direta ou imediata.

*Teoria da eficácia de grau zero (state action doctrine)* – A teoria da eficácia de grau zero decorre do constitucionalismo norte-americano, onde recebe a nomenclatura de *state action doctrine*, e tem forte ligação com o paradigma de Constituição concebido naquela sociedade, um documento que “desempenha um papel essencialmente procedimental”, limitando-se “a garantir aos indivíduos certos espaços livres da intervenção estatal”, de modo que “resulta inviável que o Estado dite padrões de comportamento substantivos a serem seguidos na esfera privada<sup>39</sup>”. Por esta teoria, “os particulares, no domínio das suas relações recíprocas, não podem invocar a Constituição, mas apenas direitos previstos na legislação civil<sup>40</sup>”, o que permite dizer “que a Constituição se dirige aos atos do governo, em vez dos atos dos indivíduos<sup>41</sup>”. A explicação dada por José Carlos Vieira de Andrade não é outra senão que numa sociedade marcada pelo *laissez-faire*, de cunho extremamente liberal, onde há, bem nitidamente uma separação entre a sociedade e o Estado, ou, em termos jurídicos, entre o direito público e privado, “não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado<sup>42</sup>”. Ou,

---

particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 357.

<sup>39</sup> GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 127.

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 227.

<sup>41</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Trad. Manasses Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 90.

<sup>42</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org).



por outra, os direitos fundamentais eram apenas oponíveis ao Estado para que aos indivíduos fosse garantido o exercício de sua autonomia da vontade, nas palavras do professor português: “os direitos fundamentais eram vistos, deste modo, como um instituto específico das relações entre o indivíduo e o Estado, consagrado com um fim determinado: a salvaguarda da liberdade individual e social<sup>43</sup>”.

Ocorre que esta tese já se encontra relativizada nos próprios Estados Unidos, onde obteve maior adesão, e por um singelo motivo: não faz sentido aplicar o liberalismo clássico na sociedade contemporânea, não podendo permanecer a predominância da autonomia da vontade como agente regulador do mercado em detrimento dos direitos fundamentais. Mesmo nos Estados Unidos, onde há um federalismo típico, em que as competências da União são deveras separadas das pertencentes aos Estados, apresenta-se improcedente, porque prejudicaria a sociedade e, conseqüentemente, o federalismo, o entendimento de que os direitos fundamentais (ou constitucionais) não vinculariam os particulares, e sim apenas os poderes públicos<sup>44</sup>. Ora, então, por exemplo, de nada adiantaria a abolição da escravatura neste país, porque se os direitos constitucionais só têm eficácia nas relações jurídico-públicas, nas relações jurídico-privadas de trabalho, os empregadores poderiam muito bem, mediante contrato particular, impor aos seus empregados, um regime escravocrata laboral.

Esta doutrina é, de fato, inaceitável, como assevera Jorge Reis Novais, mas não pelo fundamento que este autor coloca, isto é, de que “não pode toda a gente ter andado a discutir sobre o vazio durante todo este tempo<sup>45</sup>”. Pelo contrário, é tão

---

*Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 274.

<sup>43</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, 2006, p. 275.

<sup>44</sup> SARMENTO, Daniel. Obra citada, 2004, pp. 228-229.

<sup>45</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Obra citada, 2007, p. 357.

possível que as pessoas discutam sobre o vazio quanto o são as discussões sobre minudências, e mesmo assim elas existem. Assim, o motivo da inaceitabilidade da teoria da eficácia de grau zero é de que ela é insustentável em qualquer sociedade que se pretenda democrática e de direito, e fundar-se na dignidade humana, que pressupõe não apenas a existência de direitos, mas também de deveres; ou seja, a teoria da eficácia de grau zero peca porque os direitos não são apenas oponíveis ao Estado, mas também aos particulares, e ainda porque há deveres que o Estado pode exigir sejam cumpridos pelos particulares. Assim, na grande maioria dos sistemas constitucionais essa teoria é tachada de antiquada e nem é considerada para fins de discussões sobre a aplicabilidade dos direitos e deveres fundamentais, senão para fins informativos acerca de sua esdrúxula existência.

*Teoria da eficácia mediata ou indireta (mittelbare Drittwirkung)* – Também muito ligada ao exercício da autonomia da vontade pelos indivíduos é a teoria da eficácia mediata ou indireta. Ocorre que por esta doutrina a autonomia da vontade não é posta num pedestal, a fim de que não possa ser atingida pelos direitos e deveres fundamentais, pelo contrário, admite-se esse atrito, que, no entanto, é indireto. Ou seja, as relações jurídico-privadas devem ser regulamentadas por leis que operacionalizem os direitos e deveres constitucionais ou pela interpretação judicial das relações de direito privado a partir dos valores constitucionais. Assim, “há sempre a necessidade de que um órgão estatal – este sim, destinatário direto das normas que reconhecem os direitos – atue como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado<sup>46</sup>”.

Esta teoria apresenta-se, assim, como uma mitigação da *state action doctrine*, porque esta defende a ideia de que os direitos e deveres fundamentais são exigíveis e exigidos apenas

---

<sup>46</sup> GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Obra citada, 2006, p. 161.

nas relações jurídico-públicas<sup>47</sup>. O que as diferencia, é que na teoria da eficácia indireta, direitos e deveres “fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume<sup>48</sup>”.

Verifica-se, portanto, a adoção, mesmo que tímida, da constitucionalização do direito privado, isto é, a interpretação das cláusulas gerais deste a partir de valores expressos no texto constitucional. De toda forma, não há aplicação direta, porque direitos e deveres fundamentais, sustentam os defensores da doutrina, “são protegidos no campo privado não através dos instrumentos do Direito Constitucional, e sim através de mecanismos típicos do Direito Privado<sup>49</sup>”.

Neste ínterim, a teoria da eficácia indireta, não que seja melhor que a anteriormente apresenta, mas é um pouco mais plausível já que considera a possibilidade de eficácia dos direitos e deveres fundamentais nas relações jurídico-privadas. Contudo, é preciso observar que a adoção desta doutrina abre deveras o campo de atuação do legislador e do magistrado, possibilitando-lhes fazer escolhas que, em tese, num Estado democrático e de direito, baseado na dignidade humana, não poderiam, mas deveriam ser feitas, isto é, a aplicação imediata de alguns direitos e deveres fundamentais, para que se promova a dignidade humana. Portanto, a tese da eficácia mediata possibilita que ainda que haja no texto constitucional norma que implique, por exemplo, atuação legislativa, no sentido de criar lei para regulamentar determinado direito ou dever, o legislador opte por permanecer inerte, e o juiz, caso exista alguma lacuna na lei, escolha por não a preencher.

*Teoria da eficácia segundo os deveres de proteção* – A teoria da eficácia segundo os deveres de proteção consiste não

---

<sup>47</sup> Neste sentido, ver, também: SARMENTO, Daniel. Obra citada, 2004, p. 240.

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. Obra citada, 2004, p. 240.

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel. Obra citada, 2004, p. 240.

na mitigação, mas na melhor formulação da teoria da mittelbare Drittwirkung, divergindo desta apenas ao retirar a discricionariedade do legislador e do julgador para, respectivamente, regular ou decidir relações jurídico-privadas com aplicação de direitos e deveres fundamentais. Ou seja, a teoria da eficácia a partir de deveres de proteção caracteriza-se por impor ao legislador o desenvolvimento e a tutela dos direitos e deveres fundamentais, e, também, ao magistrado a promoção de “sua efetivação por meio da atividade hermenêutica<sup>50</sup>”. Sarmiento afirma que, “na verdade, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos [e deveres] fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao Judiciário<sup>51</sup>”. A intervenção do Judiciário dar-se-ia por outra via, a do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

No entanto, mesmo com essa diferenciação de formulação teórica, e com a tentativa de impor ao Legislativo a regulação dos direitos e deveres constitucionais que careçam de normas regulamentadoras, a teoria da eficácia segundo os deveres de proteção continua a vincular a proteção desses direitos e deveres à discricionariedade legislativa, porque não há em relação à omissão do legislador aplicação de alguma sanção senão possível controle por parte do Judiciário, através de ações de inconstitucionalidade por omissão, ou mesmo por mandados de injunção, que, de resto, não se prestam ao papel que lhes é dado. E, daí, poder-se-ia objetar que havendo inércia do legislador caberia aos juízes a aplicação dos direitos e deveres fundamentais, embora não haja da mesma forma uma sanção para eles, caso sejam omissos quanto a esta aplicação.

*Teoria da eficácia direta ou imediata (unmittelbare Drittwirkung)* – A teoria da eficácia direta ou imediata

---

<sup>50</sup> GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Obra citada, 2006, p. 163.

<sup>51</sup> SARMENTO, Daniel. Obra citada, 2004, p. 261.

trabalha, ao contrário das demais acima vistas, com o entendimento de que não há como negar a constitucionalização do direito, de modo a se atestar que, na prática, os direitos e deveres fundamentais aplicam-se a toda e qualquer relação jurídica. Contudo, é preciso estabelecer que os defensores desta teoria “não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental [e o dever fundamental] em jogo com a autonomia privada<sup>52</sup>”. Não se trata, pois, de doutrina radical contraposta à state action doctrine, pugnando pela aplicação direta e preponderante dos direitos e deveres constitucionais a toda e qualquer relação jurídico-privada. Ora, se houvesse tal radicalismo nesta tese, ela seria igualmente inaceitável, a exemplo da doutrina da eficácia de grau zero, exatamente pelo motivo contrário, isto é, promoveria o esvaziamento da autonomia pessoal.

Quer parecer, portanto, que a teoria da eficácia imediata busca a aplicabilidade dos direitos e deveres fundamentais a todas as relações jurídicas, tanto as públicas quanto as privadas, independente da atuação dos agentes estatais como intermediários. Contudo, não há exatamente uma independência, e sim uma imposição mais forte do que a que existe na teoria da eficácia segundo os deveres de proteção de que o legislador possui o dever de criar leis regulamentadoras de direitos e deveres fundamentais quando o texto constitucional assim prever, sob pena de possível violação da dignidade humana; ou, dito de outra forma, ao se ponderar o direito e o dever fundamentais com a autonomia da vontade privada, esta pode prevalecer, desde que não viole a dignidade humana<sup>53</sup>. Assim, a teoria da eficácia imediata ou direta tem fulcro em um “direito geral de liberdade”, “que impede que os direitos fundamentais tenham um *efeito absoluto* nas relações

---

<sup>52</sup> SARMENTO, Daniel. Obra citada, 2004, p. 246.

<sup>53</sup> SARMENTO, Daniel. Obra citada, 2004, p. 255.

privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado<sup>54</sup>”.

Adota-se, neste trabalho, como se pode observar por tudo que já foi desenvolvido, a tese de que nem todos os direitos e deveres fundamentais precisam ser efetivados para que se atinja o que se convencionou chamar mínimo existencial, que é, aliás, aquilo que forma a dignidade humana. Assim, o que se defende é que o Estado e os indivíduos não estão vinculados a todos os direitos e deveres constitucionais, e isto porque a dignidade humana é formada apenas por alguns desses direitos e deveres. Por outra forma, o Estado pode deixar de observar alguns direitos e deveres, em quaisquer de suas três funções (ou poderes), ocorrendo o mesmo nas relações dos particulares, em que é possível haver a prevalência da autonomia privada, que, aliás, no direito brasileiro, “é um bem constitucionalmente protegido<sup>55</sup>”.

Contudo, como bem observa Alexy<sup>56</sup>, não se quer dizer com isso que a prevalência da autonomia privada sobre determinados direitos e deveres a situe num grau mais elevado, e sim que, numa relação em que ela possui a mesma importância que os direitos e os deveres, por uma questão de ponderação ou de sopesamento, há sua prevalência. Ora, os direitos fundamentais incidem, sim, diretamente nas relações privadas, embora não de forma absoluta, ou seja, eles poderão ou não prevalecer sobre uma cláusula ou norma de direito privado<sup>57</sup>, evitando-se, assim, o que se pode chamar de “tirania

---

<sup>54</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75. Ver, também: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 155.

<sup>55</sup> STEINMETZ, Wilson. Obra citada, 2004, p. 202.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 540.

<sup>57</sup> Ver, no mesmo sentido: GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Obra citada, 2006, p. 185.

dos direitos fundamentais<sup>58</sup>”. Ademais, há que se observar que “só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade<sup>59</sup>”.

Virgílio Afonso da Silva deixa claro que determinados direitos e deveres fundamentais podem ser tanto restringidos quanto renunciados com base na autonomia da vontade<sup>60</sup>, o que há, todavia, é certo receio, das pessoas em geral, em fazer tal afirmação. Receio este, aliás, que decorre da errada ideia que se costuma ter de renúncia, que, para muitos “parece significar a abdicação a um direito de forma *definitiva e irreversível*<sup>61</sup>”. No entanto, como bem lembra o autor precitado, a restrição e a renúncia a direitos e deveres fundamentais mediante o exercício da autonomia da vontade refere-se “tão-somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação<sup>62</sup>”.

Diante disso tudo, nada mais natural que se permita aos indivíduos, no exercício de seu direito à liberdade – especialmente no que condiz com a livre disposição e expressão corpórea –, não exercitar ou até mesmo renunciar a um ou alguns de seus direitos e/ou deveres fundamentais. Isto porque exercitar o direito de liberdade consiste no exercício de um direito fundamental<sup>63</sup>.

Pode-se indicar certa dificuldade<sup>64</sup> para encontrar uma fundamentação constitucional expressa à vinculação direta e

---

<sup>58</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2008, p. 84.

<sup>59</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparato e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 249.

<sup>60</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2008, p. 51. Ver, também: STEINMETZ, Wilson. Obra citada, 2004, p. 202.

<sup>61</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2008, p. 63.

<sup>62</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2008, p. 64.

<sup>63</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2008, p. 129.

<sup>64</sup> STEINMETZ, Wilson. Obra citada, 2004, p. 100.

não absoluta dos particulares aos direitos fundamentais. Todavia, tal dificuldade é apenas inicial, ou decorrente de um entendimento superficial do sistema constitucional, pois este, ao prever a existência de deveres fundamentais como, a título de exemplo, o de não interferência, já fundamenta a vinculação imediata de particulares aos direitos fundamentais, e também aos deveres fundamentais. Exemplo expresso disso é que enquanto ao indivíduo é assegurada a livre locomoção pelo território nacional lhe é vedado adentrar livremente em domicílio alheio sem permissão de seu dono, a não ser que haja permissão deste – assim, é de se dizer, há vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Se, por um lado, é dada a oportunidade ao Estado e aos particulares de não observarem alguns dos direitos e deveres fundamentais, sem que isso importe violação da dignidade humana; por outro lado, tanto o Estado quanto os particulares devem respeito a direitos e deveres constitucionais que formam aquilo que se denominou o mínimo existencial da dignidade humana. Recuperando-se a fórmula do mínimo existencial estabelecida de forma definitiva nesta seção, têm-se aqueles direitos e deveres entendidos como exigências básicas: direito a um ambiente sustentavelmente sadio e democrático em que existam oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do correto desenvolvimento do autoconceito e do exercício dos direitos à livre autonomia privada e propriedade, desde que esse exercício não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional.

Na fórmula acima, pode-se verificar que o que pode gerar maiores problemas, é que oportunidades seriam mínimas, ainda mais porque elas decorrem do grupo de direitos às igualdades, ou, simplesmente, direitos sociais, que, como dito noutra lugar<sup>65</sup>, têm aplicabilidade diferida, isto é, necessitam duma

---

<sup>65</sup> HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Da reserva do possível e da



atitude prestacional estatal, o que não significa que essa atitude possa ser diferida, ao contrário, ela deverá ser imediata<sup>66</sup>. A ideia rawlsiana aplicada à teoria dos direitos e deveres fundamentais de que apesar da prioridade serial das liberdades sobre as igualdades estas são essenciais para o efetivo exercício daquelas é suficiente para explicar a vinculação dos particulares aos direitos e deveres constitucionais, seja do ponto de vista sociológico, seja do ponto de vista da dogmática constitucional<sup>67</sup>. Isto porque os direitos sociais são concretizados por duas vias: através da atuação estatal e da contribuição (financiamento) da sociedade, isolada e coletivamente considerada.

Deste modo, pode-se concluir que a promoção da dignidade humana é responsabilidade de todos, pessoas físicas e jurídicas, de direito público e de direito privado. Daí que se apresenta uma resposta ao questionamento que eventualmente poderia surgir: *além do Estado, os particulares também estão vinculados à promoção da dignidade humana?* A resposta, indubitavelmente, é positiva, basicamente em virtude do dever fundamental de não interferência na situação jurídica de outrem, fazendo-se com que seja imperativo o respeito à ordem constitucional, proibindo-se, em absoluto, sua violação, promovendo, assim, o exercício dos direitos à livre autonomia privada e à propriedade, tudo isso com base na efetivação dos pressupostos fáticos que se apresentam sob o manto dos direitos sociais e dos direitos à fraternidade.

#### 4. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: EM BUSCA DE UM CONCEITO MÍNIMO

Apresentado de modo definitivo o mínimo existencial e

---

proibição de retrocesso social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 76, n. 3, 2010.

<sup>66</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Obra citada, 2007, pp. 105-106.

<sup>67</sup> Em sentido contrário: STEINMETZ, Wilson. Obra citada, 2004, p. 280.

destacado que a promoção da dignidade humana é dever tanto do Estado quanto dos particulares, é chegada hora de caminhar em direção a duas noções que vão ser determinantes para a formação de um conceito jurídico de dignidade humana: a primeira noção que se desenvolve tange a noção filosófica que se tem de dignidade humana; a segunda noção refere-se à natureza jurídica da dignidade humana. Explicadas essas noções, ao final é elaborado o conceito jurídico mínimo da dignidade humana.

A dignidade humana é um antigo valor filosófico-moral juridicizado pelas constituições apenas recentemente<sup>68</sup> – a partir do século XX. Na cultura ocidental, é possível dizer que “a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão<sup>69</sup>”; o que não quer dizer que na cultura oriental antiga não seja possível encontrar referências a esse valor. A análise do conceito de dignidade humana a partir do pensamento ocidental deve-se principalmente ao acesso mais fácil à literatura pertinente e ao fato de a cultura brasileira ser bastante influenciada por ele. Antes de se passar a esta análise, convém, no entanto, observar que há autores que diferenciam as expressões dignidade humana e dignidade da pessoa humana: a primeira expressão, dizem, se refere à dignidade da humanidade, sendo usada, em geral, no contexto do direito internacional; enquanto a segunda, afirma-se, refere-se à dignidade do indivíduo humano, sendo comumente utilizada no direito constitucional. A distinção se refere, quando muito, apenas a uma abrangência de termos, utilizando-se, aqui, portanto, tanto uma quanto outra expressão.

No decorrer dos anos muitas definições foram elaboradas por pensadores. Na antiguidade clássica a dignidade era

---

<sup>68</sup> KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 176-177.

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006b, p. 29.

quantificável a partir da posição social ocupada pelo indivíduo e o grau de reconhecimento que ele detinha dentro da sociedade, de tal maneira era plenamente possível falar-se em pessoas com mais ou com menos dignidade<sup>70</sup>. Marco Túlio Cícero dizia que dignidade é “a posição que em público se atribui a uma pessoa honesta que se preocupa com sua própria cultura, honra e discrição: ‘dignitas est alicuius honesta et cultu et honore et verecundia digna auctoritas’<sup>71</sup>”. O entendimento de que o ser humano possui algo que o diferencia de todos os demais seres influencia o pensamento cristão representado sobremaneira por Tomás de Aquino, indicando-se que o diferencial humano é a racionalidade, que, assim, lhe dá dignidade<sup>72</sup>; concluindo, então, Aquino que “a dignidade é inerente ao homem como espécie; e ela existe *in actu* só no homem como indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano<sup>73</sup>”.

Continuando a ideia de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, Giovanni Pico definiu, em sua *Oratio de Hominis Dignitate*, a dignidade humana como a qualidade que possibilita ao ser humano “construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino<sup>74</sup>”.

Avançando um pouco mais na história ocidental, encontra-se a definição que tem sido mais comumente aceita, e que foi formulada por Immanuel Kant, para quem a razão e a moral<sup>75</sup> são os fundamentos da dignidade<sup>76</sup>, de modo que: “a

---

<sup>70</sup> McCRUDDEN, Christopher. Human dignity. *Oxford Legal Studies*, Research Paper n. 10, 2006, p. 3.

<sup>71</sup> LUTHER, Jörg. Razonabilidad y dignidad humana. Trad. Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, 2007, p. 299.

<sup>72</sup> MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Obra citada, 2003, p. 24.

<sup>73</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. Obra citada, 2006, pp. 8-9.

<sup>74</sup> SARLET, Ingo wolfgang. Obra citada, 2006b, p. 31; McCRUDDEN, Christopher. Obra citada, 2006, pp. 4-5.

<sup>75</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005, p. 73.

moralidade é a condição pela qual as pessoas razoáveis podem ser fins em si mesmas<sup>77</sup> – trata-se da ideia do imperativo categórico<sup>78</sup>. Para Hegel, ao contrário de Kant, o ser humano não é inerentemente digno, e sim se torna digno a partir do exercício de sua razão. Ora, dizer que o ser humano é naturalmente digno importa afirmar que cada um nasce com um conceito próprio sobre o que é dignidade (o que se poderia chamar em Hegel de *dignidade “para si”*); daí dizer-se que o ser humano se torna digno, atingindo a dignidade tão-somente quando se mostra, por suas atitudes, diferente dos outros seres (é o que se poderia chamar em Hegel de *dignidade “em si”*)<sup>79</sup>. Numa interpretação, poder-se-ia dizer, então, genericamente, que para Hegel o indivíduo nasce igual a todos os demais seres e se distingue destes quando alcança a dignidade. No que parece ser uma definição no meio do caminho entre Kant e Hegel, Friedrich von Schiller defendia<sup>80</sup> que a “dignidade é uma categoria ética que implica uma capacidade (desejo) individual para superar instintos em direção à lei da razão”, de tal modo que “todos ‘nascem’ com ‘certa’ dignidade”, embora “nem todos tenham a mesma dignidade, porque não são capazes de superar de uma mesma forma todos seus instintos”.

Apenas numa situação hipotética como na posição original rawlsiana é que os seres humanos poderiam ter uma

---

<sup>76</sup> RAWLS, John. Obra citada, 2005, p. 241.

<sup>77</sup> KANT, Immanuel. *The metaphysics of ethics*. Trad. J. W. Semple. 3. ed. Edinburg: T. & T. Clark, 1886, p. 49.

<sup>78</sup> McCRUDDEN, Christopher. Obra citada, 2006, p. 5.

<sup>79</sup> SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad. Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51; MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 70-74; SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006b, p. 36.

<sup>80</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos. Human dignity: history of an idea. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (Neue Folge)*, vol. 50, 2002, p. 295.

dignidade absoluta, nos moldes da aceção de Kant, mas, pelo que se entende, nem mesmo assim a dignidade poderia ser vista como algo absoluto, porque ter uma dignidade em termos absolutos não se conforma com a ideia de mínimo existencial desenvolvida. A dignidade não é uma qualidade absoluta, e sim relativa: todos os seres humanos nascem com uma dignidade mínima, que só pode ser ampliada, embora possa não o ser numa mesma proporção para todos os indivíduos. Assim, mesmo na posição original de Rawls o que se vislumbra não é uma dignidade em termos kantianos, mas em termos schillerianos: a existência de uma dignidade mínima, a todos comum. A dignidade humana é, assim, qualidade resultante do respeito do que se entende por mínimo existencial. Como todo e qualquer ser humano tem direito a esse mínimo, é intuitivo concluir que a dignidade humana é aquela situação ótima em que há respeito mútuo entre os próprios indivíduos, e entre estes e o Estado<sup>81</sup>. E isso não se refere apenas a respeitar a livre autonomia privada e de propriedade, como o respeito ao meio ambiente sadio, sustentável e democrático, à formação do correto autoconceito e ao fornecimento de oportunidades mínimas viabilizadoras do desenvolvimento e do exercício disso tudo.

Portanto, a noção de dignidade humana que aqui se entende é que se trata de qualidade inerente a todo e qualquer indivíduo de ter respeitados seus direitos mínimos e de podê-los exercer, desde que esse exercício não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional. Assim, o desrespeito, por exemplo, da autonomia da vontade de outrem faz com que o desrespeitante seja punido, em tese, com a restrição, mesmo que efêmera, do exercício de pelo menos algum de seus direitos mínimos, como sanção ao seu ato anti-social – o que não quer dizer ausência de julgamento digno, tratamento prisional indigno ou aplicação da lei de talião.

---

<sup>81</sup> MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Obra citada, 2003, p. 120.

Portanto, mesmo a dignidade mínima pode sofrer restrição.

Em geral, as normas se subdividem em princípios e regras, distinguindo-se essas duas espécies por diversos critérios, dependendo de como são interpretadas as normas e de que marco teórico é adotado. É preciso registrar haver vários autores<sup>82</sup> que tratam sobre esse assunto, de modo que abrir aqui uma lista tornaria o trabalho enfadonho e além de desviá-lo de seu objetivo. Contudo, não convém partir do zero para fundamentar o título que se dá a esta penúltima subseção; assim, adota-se como ponto de partida a teoria de Alexy, que tem sido adotada por muitos autores, mas que, como se verá logo adiante, não é o marco teórico aqui adotado<sup>83</sup>.

Pois bem, afirma Robert Alexy que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas”, ou seja: os princípios são “*mandamentos de otimização* que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não depende

---

<sup>82</sup> ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. *Doxa*, n. 10, 1991; COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa*, n. 21-II, 1998; BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas. *Doxa*, n. 19, 1996; BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. Razones y reglas: sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz. *Doxa*, n. 10, 1991; COMANDUCCI, Paolo. Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón. Trad. Jodi Ferrer. *Doxa*, n. 19, 1996; GUASTINI, Riccardo. Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique. *Analisi e diritto*, 2007; AARNIO, Aulis. Derecho y acción. Reflexiones sobre las acciones jurídicas colectivas. Trad. Ernesto Garzón Valdés. *Isonomia*, n. 8, 1998; GUNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

<sup>83</sup> Há pelo menos três teorias sobre a distinção entre regras e princípios: a teoria da separação forte, a teoria da distinção fraca e a teoria que rejeita a diferenciação. A primeira (representada por Dworkin e Alexy) defende, em geral, que há uma diferença na estrutura lógica. A segunda (representada por Guastini, Bayón Mohino e Comanducci) defende que se trata de apenas uma questão de grau. A terceira (representada por Aarnio e Gunther) defende que princípios e regras são idênticos, ou melhor, que sua semelhança é tão forte que fica difícil haver uma distinção entre os dois.

apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas<sup>84</sup>”. Por sua vez, “as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, assim, devem sempre ser apenas cumpridas ou não<sup>85</sup>”.

Desde que essa teoria foi trazida ao debate acadêmico, surgiram inúmeras críticas. (1) Jürgen Habermas comanda um entendimento crítico em que se “alega que o modelo de princípios baseado na tese da otimização retira força dos direitos fundamentais<sup>86</sup>”, isto é, “os direitos fundamentais perderiam sua solidez<sup>87</sup>”. (2) Ernst-Wolfgang Böckenförde capitaneia corrente crítica em que se defende a transformação dos direitos fundamentais “em ‘princípios supremos da ordem jurídica como um todo’<sup>88</sup>”, ou seja, os princípios bastariam ao sistema, porque “conteriam tudo em si mesmos<sup>89</sup>”. (3) Peter Lerche e Arno Scherzberg comungam do entendimento de que “a ideia de otimização está associada à concepção de um ponto máximo<sup>90</sup>”, pois os princípios requerem que se realize algo na maior medida fática e jurídica possível. (4) Klaus Günther traz o entendimento de que “os princípios não existem, apenas normas, que são, assim, usadas de formas variadas<sup>91</sup>”. (5) Aulis Aarnio e Jan-Reinard Sieckmann, por sua vez, trazem “a objeção de que o conceito de um comando para otimizar é mal-ajustado para a distinção entre regras e princípios<sup>92</sup>”, porque a obrigação de otimizar algo deve ser cumprida ou não, inexistindo a possibilidade de cumprimento relativo. (6)

---

<sup>84</sup> ALEX Y, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Trad. Manuel Atienza. *Doxa*, n. 5, 1988, p. 143.

<sup>85</sup> ALEX Y, Robert. Obra citada, 1988, pp. 143-144.

<sup>86</sup> ALEX Y, Robert. Obra citada, 2008, p. 575.

<sup>87</sup> ALEX Y, Robert. Obra citada, 2008, p. 576.

<sup>88</sup> ALEX Y, Robert. Obra citada, 2008, p. 577.

<sup>89</sup> ALEX Y, Robert. Obra citada, 2008, p. 577.

<sup>90</sup> ALEX Y, Robert. Obra citada, 2008, p. 587.

<sup>91</sup> ALEX Y, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, n. 3, 2000, p. 299. Agradece-se ao autor pela gentileza em enviar o artigo no original.

<sup>92</sup> ALEX Y, Robert. Obra citada, 2000, p. 300.

Humberto Ávila traz a crítica de que nem princípios nem regras são aplicados, única, exclusiva e respectivamente de modo gradual (mais-ou-menos) ou integral (tudo-ou-nada); pelo contrário, serão aplicados a partir do sopesamento de razões encontradas pelo aplicador, diante do caso concreto, podendo, portanto, tanto regras quanto princípios, conforme o caso concreto, serem aplicados gradual ou integralmente<sup>93</sup>.

Com as críticas, verifica-se que Alexy, especialmente ao responder às contestações de Aarnio e Sieckmann, remodela sua posição, embora não a mude, e afirma que há distinção entre *comandos a serem otimizados* e *comandos a otimizar*, sendo os primeiros “objeto de ponderação” e os segundos, ocupando um meta-nível, de onde interferem nos primeiros<sup>94</sup>. Nesta ordem, pode-se dizer: “o mandado de otimização diz respeito, portanto, ao uso de um princípio: o conteúdo de um princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação<sup>95</sup>”. E, ato contínuo, esse procedimento ponderativo funciona como modo de solver conflitos entre normas e como “elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais<sup>96</sup>”, o que o aproxima, de certa forma, da fórmula radbruchiana, que se apresenta como “importante declaração sobre o modo de tomar decisões judiciais<sup>97</sup>”. Assim, a ponderação implica na aplicação do dever de proporcionalidade para otimizar determinados comandos, ou, de outra forma, para resolver um problema de conflito de princípios com a melhor realização possível destes princípios<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 59-60.

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, 2000, p. 300.

<sup>95</sup> ÁVILA, Humberto. Obra citada, 2007, p. 63.

<sup>96</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 27.

<sup>97</sup> BIX, Brian. Robert Alexy, a fórmula radbruchiana, e a natureza da teoria do direito. Trad. Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira. *Panóptica*, n. 12, 2008, p. 79.

<sup>98</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999. Rio de



Tal dever determina que seus três níveis sejam observados e atendidos<sup>99</sup>, a fim de que se estabeleça “uma medida entre bens jurídicos concretamente relacionados<sup>100</sup>”, ou seja: que o meio de solução seja adequado, necessário e que não seja excessivo (proporcionalidade em sentido estrito), para que se possa alcançar o fim almejado. Assim, o dever de proporcionalidade é um postulado normativo que impõe “condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo<sup>101</sup>”. Portanto, de início, pode-se dizer que princípios são comandos a serem otimizados mediante a aplicação de princípios que se encontram em um meta-nível, porque requerem para sua aplicação a ponderação entre o estado de coisas a se promover, o comportamento devido para ocorrer a promoção e a relação desses comandos com outras normas.

Entretanto, verifica-se um problema ao afirmar que há princípios em um nível objetivo que se subordinam aos princípios que estão em um meta-nível. Ora, se já é difícil fazer a distinção, conforme o caso concreto, entre regras e princípios, o que não se dirá em relação à diferenciação entre princípios num nível objetivo e num nível de transição (meta-nível)? Mas a questão correta nem é esta, e sim aquela que aponta para o fato de que o sistema não comporta princípios positivados, mas princípios de interpretação, ou, por outra, que princípios são construções do aplicador do direito que justificam a adoção de uma posição para solucionar um determinado caso concreto. A tese de que princípios são apenas expedientes de interpretação de normas é, de fato, pelo menos aqui, bem mais atraente como marco teórico que qualquer doutrina que se filie à distinção das

---

Janeiro: Renovar, p. 159.

<sup>99</sup> ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. Trad. Pablo Larrañaga. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 1, 1994, p. 46.

<sup>100</sup> ÁVILA, Humberto. Obra citada, 1999, p. 175.

<sup>101</sup> ÁVILA, Humberto. Obra citada, 2007, p. 71.

normas em regras e princípios ou que diga que não há distinção.

Alguém poderia, contudo, levantar a questão sobre o que o título primeiro da CF/88 quis dizer, então, com *princípios fundamentais*? A resposta é simples, a leitura atenta aos quatro artigos que ocupam esse título demonstra que todos aqueles incisos listados são apenas fundamentos do Estado liberal social brasileiro. Nisto, não se confundem fundamentos com princípios, já que aqueles são as bases sobre que se apoia o Estado, enquanto estes são apenas expedientes de interpretação.

E, como expedientes ou elementos de interpretação, os princípios podem incidir nas, mas não limitar as, normas, que só podem sofrer limitação quando em confronto com outras normas, cuja invocação pode eventualmente decorrer de interpretação principiológica. Assim, por exemplo, os direitos fundamentais do art. 5º da CF/88 são todos eles normas e, como tais, devem ser aplicados, a não ser que, por um expediente principiológico, se apresente outra norma de mesma hierarquia que seja capaz de lhe impor uma limitação. Portanto, é absolutamente possível haver graduação entre normas (ou regras), de forma que num procedimento de ponderação entre regras é possível que a restrição provocada por uma enseje a maximização desta, otimizando-a, em detrimento da outra, que será relativizada, mas continuará no sistema, até que seja revogada.

De toda forma, verifica-se que a tese de otimização é mantida, mas é aplicada às normas jurídicas, que têm diferentes comportamentos dependendo de em que dimensões estão sendo consideradas: ou na *dimensão da validade* ou na *dimensão da aplicação*<sup>102</sup>. Por certo, na primeira dimensão não há que se

---

<sup>102</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, n. 171, 2006, p. 85.

falar em grau de otimização, porque aí ou a norma é válida ou inválida, e, se inválida, deve ser rechaçada do sistema. Na segunda dimensão é que se pode falar em grau de otimização, vez que a norma pode incidir de um modo intenso, médio ou leve. Mas não é apenas na dimensão da aplicação que há a interpretação principiológica de um texto normativo, este tipo interpretativo também se dá na dimensão da validade, pois tanto em um quanto em outro caso o aplicador precisa buscar razões que permitam explicar suas escolhas, e essas razões possuem sempre alta carga axiológica (ou valorativa), que é inerente aos princípios.

Diante disso, a norma prevista no art. 1º, III, da CF/88 (dignidade humana) não é um princípio, embora os valores da dignidade humana possam ser aplicados para o entendimento desta norma, e sim um dos fundamentos do Estado brasileiro que deve ser efetivado, não a todo custo, mas dentro daquilo que o sistema constitucional permite formular ser o conteúdo mínimo de dignidade humana. É, portanto, norma fundamental que deve ser realizada e que pode ser avaliada nos campos da validade e da aplicação.

No entanto, antes de proceder a essas avaliações, é necessário que se estabeleça como é que a dignidade humana se apresenta na fórmula normativa referida alhures: *se, então deve ser*. Por mais que se possa duvidar da existência de um encaixe desse tipo, o fato é que a dignidade humana pode, sim, ser estabelecida a partir desta fórmula: *se dignidade humana é fundamento do Estado brasileiro, então deve-ser realizada*. Por mais estranho que pareça ser esta formulação está absolutamente correta, o que não há é um conceito estabelecido, nem na jurisprudência, nem na doutrina para o que deva, juridicamente, ser a dignidade humana<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> Talvez, na doutrina brasileira, aquele autor que chegue mais próximo de uma resposta satisfatória ao conteúdo mínimo do conceito de dignidade humana é Ingo Wolfgang Sarlet (Obra citada, 2006b), que, mesmo assim, formula um conceito apenas com base na vertente social do mínimo existencial.

Assim, pode-se passar à avaliação da dignidade humana nas dimensões da validade e da aplicação. Enquanto norma constitucional pode-se afirmar que a dignidade participa daquilo que já se acostumou chamar de *força normativa* da Constituição, ou seja, trata-se de norma jurídica sistemática e hierarquicamente superior<sup>104</sup>. Diante disso, é preciso observar o princípio da supremacia das normas constitucionais, que determina haver entre as normas constitucionais e infraconstitucionais uma relação de subordinação, que “se justifica, a fim de se melhor manter a estabilidade social do grupo<sup>105</sup>”, limitando-se o poder da legislatura de emitir leis<sup>106</sup> que alterem tal estabilidade. Assim, esse princípio traduz o conjunto de condições limitadoras para a aplicação de normas, constitucionais e infraconstitucionais, limitando o poder constituinte derivado e o infraconstitucional, esferas do Poder Legislativo.

Entretanto, não se pode olhar para o produto da atividade legislativa como mero fator de execução ou aplicação da Constituição; há que se lhe olhar como fator de conformação da Constituição, de modo que mesmo que o legislador esteja vinculado aos preceitos de ordem constitucional poderá ele desenvolver uma atividade político-social criadora<sup>107</sup>. Aquele que legisla tem como dever exercer sua atividade criativa conforme o texto constitucional, as normas que dele decorram

---

<sup>104</sup> GARCIA CANALES, Mariano. Principios generales y principios constitucionales. *Revista de Estudios Políticos* (nova época), n. 64, 1989, p. 149. Ver, também: TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

<sup>105</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, tomo I, p. 132.

<sup>106</sup> BEARD, Charles A. *A Suprema Côrte e a Constituição*. Trad. Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 116.

<sup>107</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, pp. 216-218.

e os princípios que a ele se apliquem. Essa atividade criadora nada mais é que a incidência da supremacia constitucional com outro nome, isto é, com o nome de princípio da interpretação conforme a Constituição. Diante dessa prevalência das normas constitucionais representada pelo princípio da supremacia constitucional e da interpretação conforme a Constituição surge, então, a necessidade de se tratar da problemática da interpretação da Constituição, e não da interpretação de acordo com a Constituição, já que o objetivo do presente trabalho é de extrair da CF/88, com base no liberalismo político de Rawls, um conceito (de conteúdo) mínimo da dignidade humana.

Assim, interpretar é atividade de construção de um dentre os possíveis significados que se pode extrair da leitura de um enunciado normativo, com esteio em considerações que procuram tornar a acepção escolhida pertinente, razoável e racional, e atualizar o sistema jurídico<sup>108</sup>. A partir dessa conceituação, podem-se apontar duas conclusões<sup>109</sup>: a interpretação resulta sempre de uma atividade criadora do intérprete, podendo os significados construídos ser certos ou errados, verdadeiros ou falsos; e, não se pode interpretar um enunciado sem que outros sejam com ele interpretados, em prol da unidade e da coerência do sistema jurídico, mesmo que após

---

<sup>108</sup> ÁVILA, Humberto. Obra citada, 2007, pp. 33-34; GUASTINI, Riccardo. Problemas de interpretación. Trad. Miguel Carbonell. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 7, 1997, p. 121; BONAVIDES, Paulo. Obra citada, 1997, pp. 398, 440-441; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 40; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 282-284.

<sup>109</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 331-332; AARNIO, Aulis. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. Trad. José Pedro Úbeda. *Doxa*, n.4, 1987; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

se verifique que o significado construído estava errado ou era falso.

A doutrina aponta em geral quatro métodos de interpretação<sup>110</sup>: gramatical (através da leitura de um enunciado), histórico (a partir do processo de criação do enunciado), sistemático (mediante a conexão de uma norma com outras) e teleológico (por meio da finalidade da norma insculpida no texto). O primeiro método é o mais importante e ocorre em primeiro lugar, já que a própria leitura do enunciado prescritivo é que permitirá a extração da norma jurídica em seu sentido literal. O segundo método fundamenta-se no processo de discussão dos enunciados constitucionais e em seus precedentes. O terceiro método tem por base uma visão geral do sistema a que a norma sob atividade interpretativa pertence. E o quarto método visa o espírito da norma, a finalidade para a qual ela foi criada.

Considerando-se esses quatro métodos, pode-se destacar que: os dois primeiros são perenes, já que só mudarão se houver mudança no texto constitucional que é objeto de interpretação; enquanto que os outros dois estão em constante mutação, pois independe da norma sob interpretação mudar, podendo outras normas no sistema sofrer mudanças, implicando numa diferença de interpretação sistemática, e que a finalidade de uma norma evolui ou regride no decorrer do tempo, sem que haja qualquer mudança no enunciado prescritivo. Além disso, todos esses métodos interpretativos coexistem entre si, dando ao intérprete a possibilidade de chegar a interpretações variadas, certas ou erradas, verdadeiras ou falsas.

Diante da finalidade interpretativa constitucional-filosófica deste trabalho, não convém falar sobre concretização ou aplicação da Constituição; já que se busca a existência de uma interpretação doutrinária provedora de subsídios para

---

<sup>110</sup> BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, 2008, pp. 125-140.

que se possa aplicar e concretizar uma específica norma constitucional: a dignidade humana. Afasta-se logo o método histórico. Também se podem afastar o método gramatical e o sistemático: o primeiro porque após indicar que a dignidade humana é norma fundamental do Estado brasileiro, nada mais permite inferir quanto ao seu conteúdo e conceito; o segundo pelo fato de já ter sido utilizado para se alcançar o núcleo mínimo dos direitos fundamentais. Sobrando, portanto, apenas o método teleológico, que, por certo, se coaduna com o propósito do trabalho desenvolvido.

O princípio de destaque, aqui, é o da supremacia das normas constitucionais, uma Lei Fundamental é superior porque se situa no topo do ordenamento jurídico, funcionando como fonte para a atuação do Estado nas três esferas de poder: (1) ao Legislativo cabe legislar conforme a Constituição, produzindo leis, se esta assim previr<sup>111</sup>, ou produzindo leis que estejam, presumivelmente, de acordo com os preceitos dela; (2) ao Executivo cabe gerir a máquina estatal e executar leis e atos infralegais de acordo com os preceitos estabelecidos pela Constituição; (3) ao Judiciário cabe interpretar leis e atos infralegais conforme a Carta Constitucional. Portanto, esse princípio confere ao sistema jurídico nacional unidade, vinculando todas as pessoas a ele sujeitas, espalhando todas as suas normas.

Os princípios da presunção de constitucionalidade, de interpretação conforme e da unidade da Constituição, apenas confirmam o da supremacia. (1) Pela presunção de constitucionalidade, a norma permanece constitucional até que seja declarada sua inconstitucionalidade. (2) Pela interpretação conforme a Constituição, havendo mais de uma interpretação plausível para determinada norma jurídica, aquela que permitir vínculo de compatibilidade entre a norma e a Constituição é a que deverá prevalecer. (3) Pela unidade da Constituição, todas

---

<sup>111</sup> Ver, por exemplo: BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, 2008, pp. 170-171.

as normas do ordenamento devem ser interpretadas sistematicamente, operando-se uma otimização entre elas, evitando-se a sobreposição de normas constitucionais e a inversão hierárquica entre elas e as infraconstitucionais.

Do campo abstrato para o concreto, o princípio da supremacia é confirmado por outros três: efetividade, razoabilidade e proporcionalidade das normas constitucionais.

(1) Pela efetividade, entende-se: “à norma constitucional, sujeita à atividade hermenêutica, deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade<sup>112</sup>”. Por certo, as normas insertas na Constituição possuem eficácia tanto negativa quanto positiva, e aquelas que se referem aos direitos têm, por disposição expressa, eficácia imediata. Assim, esse princípio é próximo àquele da interpretação conforme a Constituição, já que as normas constitucionais devem ter a maior eficácia possível de acordo com a interpretação que lhe forneça a melhor compatibilidade com o Texto Constitucional.

(2) Pela razoabilidade, cobra-se uma relação coerente e equivalente entre a medida a ser adotada (a norma incidente) e o critério (o caso individual) que a dimensiona, permitindo sua aplicação<sup>113</sup>, para alcançar um objetivo. (3) Pela proporcionalidade, exige-se uma correspondência minimamente gravosa entre o meio necessário para atingir um determinado fim pretendido e o critério dimensionador de aplicação da norma incidente<sup>114</sup>. Diferenciam-se, pois, razoabilidade e proporcionalidade: o primeiro tem a ver com a aplicação de uma determinada norma ao caso concreto e o segundo, com o meio utilizado para que essa aplicação não resulte em uma desproporção entre o dano causado e o

---

<sup>112</sup> PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 135.

<sup>113</sup> ÁVILA, Humberto. Obra citada, 2007, pp. 152-160.

<sup>114</sup> Ver: PEÑA DE MORAES, Guilherme. Obra citada, 2004, pp. 136-137; ÁVILA, Humberto. Obra citada, 2007, p. 160.



resultado alcançado.

Todos esses princípios – presunção de constitucionalidade, interpretação conforme a e unidade da Constituição, e efetividade, razoabilidade e proporcionalidade das normas constitucionais – decorrem de um único princípio que serve para explicar a força que têm as normas constitucionais dentro do sistema. Também se pode observar que esses princípios, em geral, não estão positivados no sistema como normas, e sim decorrem de construção doutrinária e jurisprudencial antiga, e, quando se encontram no sistema<sup>115</sup>, funcionam apenas como elementos que o legislador aponta como necessários na interpretação das normas jurídicas de um determinado microssistema. Nisto, verifica-se que a interpretação das normas constitucionais é fortemente influenciada pela adoção de princípios, tanto na dimensão da validade – é de se ver, por exemplo, as questões referentes à presunção de constitucionalidade até que se declare por ação genérica a inconstitucionalidade de uma norma – quanto na dimensão da aplicação – como, por exemplo, as questões atinentes à proporcionalidade das normas. Assim, a interpretação teleológica é basicamente uma interpretação que se pode chamar de principiológica, porque a explicação do aplicador do direito para o fato de se adotar como um fim almejado para determinada norma parte de princípios que ele entende razoáveis e racionais para motivar sua tomada de decisão.

Neste ínterim, os princípios não são “proposições que descrevem direitos<sup>116</sup>”, e nem proposições descritas por direitos, mas sim, e talvez assim Alexy esteja certo, elementos que procuram otimizar a aplicação das normas jurídicas, a fim de que os direitos e as outras previsões possam ser efetivados ou concretizados da melhor forma. Desta maneira, é possível

---

<sup>115</sup> Que, aliás, é o que ocorre no art. 37 da CF/88, por exemplo.

<sup>116</sup> DWORKIN, Ronald. Obra citada, 2002, p. 141.

dizer que princípios são aplicados apenas no estágio interpretativo da norma jurídica. Isto pode ser explicado de uma melhor forma passando-se pelos quatro planos de interpretação propostos por Paulo de Barros Carvalho<sup>117</sup>, e que podem ser resumidos da seguinte forma: interpretação gramatical (plano S<sub>1</sub>); interpretação de conteúdo isolado (plano S<sub>2</sub>); interpretação de conteúdo sistematizado (plano S<sub>3</sub>); interpretação sistêmica (plano S<sub>4</sub>).

A interpretação gramatical (S<sub>1</sub>) decorre da leitura dos enunciados prescritivos, que não se confundem com as normas já que ainda não foram postos na fórmula *se, então*. É possível que cada enunciado estabeleça uma proposição e, assim, possibilite que se formule uma norma, como também é possível que um único enunciado dê ensejo a que sejam formuladas duas ou mais normas, ou, ainda, que para a formulação de uma norma seja preciso mais de um enunciado prescritivo<sup>118</sup>. Trabalha-se, portanto, no campo da semântica, iniciando-se a construção de sentido jurídico dos enunciados prescritivos que foram positivados. O passo seguinte, e que é automático e simultâneo em relação ao primeiro estágio na atividade interpretativa é da formação do conteúdo de cada uma dessas proposições (S<sub>2</sub>), isto é, deixando-se “de lado, provisoriamente, sua instância físico-material<sup>119</sup>”, encontrada na fase anterior, é analisado se a proposição enunciativa possui conteúdo suficiente para encaixar-se perfeita e completamente na estrutura normativa *se, então*. Neste estágio, é possível que uma única proposição possibilite que se obtenha uma ou várias normas jurídicas, como também é possível que não seja obtida norma jurídica alguma. Disto, tem-se que será possível já neste estágio a elaboração da norma na estrutura *se, então*, embora isso seja mais comum no estágio seguinte. A etapa seguinte

---

<sup>117</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 115-128.

<sup>118</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Obra citada, 2007, p. 117.

<sup>119</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Obra citada, 2007, p. 119.

(S<sub>3</sub>) é cumprida mediante um “*esforço de contextualização*”<sup>120</sup>, em que se traz para a formação do conteúdo e do sentido de cada enunciado considerado isoladamente na fase anterior os outros enunciados que foram interpretados da mesma forma, a fim de que se possa completar a estrutura *se, então* de todas as normas interpretadas. Por fim, a fase seguinte (S<sub>4</sub>) consiste na interpretação sistêmica ou sistemática, ou seja, completa-se o esforço de contextualização mediante a avaliação da norma dentro de um contexto normativo que é o ordenamento jurídico globalmente considerado.

Os princípios incidem, portanto, durante o esforço hermenêutico, nas fases de contextualização, ou seja, nos planos S<sub>3</sub> e S<sub>4</sub>, atuando como elementos de otimização da aplicação das normas jurídicas, consideradas válidas, interpretadas.

Dito isso, a dignidade humana enquanto norma deve ser vista sob duas dimensões: em relação à sua validade e em relação à sua aplicação. (1) Quanto à validade, ou ela é uma norma válida ou inválida, cabendo uma interpretação principiológica, a fim de que o intérprete justifique a opção pela validade ou não. Por certo que, em se tratando de uma norma que é fundamento do Estado brasileiro, a única escolha é de que é uma norma válida, pelo que, se fosse inválida, seria o mesmo que dizer que o sistema e o Estado se fundam sobre nada. (2) Quanto à aplicação, aí sim é possível haver uma graduação da dignidade humana, atuando com mais força a interpretação principiológica, na tentativa de promover uma otimização da norma válida. Assim, é possível dizer que uma norma válida pode, quanto à sua aplicação, considerando-se o seu conteúdo, sofrer restrições.

Essa possibilidade, contudo, de restringir a norma da dignidade humana só é permitida, e é uma decorrência do sistema, no que tange ao exercício da livre autonomia da

---

<sup>120</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Obra citada, 2007, p. 125.

vontade e da propriedade pelos indivíduos. Por outra, o Estado não pode restringir os meios que possibilitam o exercício dessas liberdades mínimas, e sim restringir o exercício delas sempre que o indivíduo não cumprir o dever de não-interferência ou violar o sistema constitucional. Diante disso, voltando-se à fórmula dos direitos mínimos, verifica-se a existência de uma cláusula que possibilita dizer que nem mesmo a dignidade é absoluta. Faz-se, aqui, referência à limitação quanto ao exercício das liberdades, que não pode interferir na situação jurídica de terceiros nem violar a ordem constitucional. Assim, é melhor se dizer que aqueles direitos mínimos que formam o conteúdo mínimo da dignidade não são absolutos, podendo vir a serem restringidos, caso haja a aludida interferência ou violação, ou ambas, que é o que geralmente ocorre. Pois bem, imagine-se um exemplo: Q e W têm direito a um ambiente sustentavelmente sadio e democrático em que existam oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do correto desenvolvimento do autoconceito e do exercício dos direitos à livre autonomia privada e à propriedade, desde que esse exercício não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional; contudo, Q, no exercício de sua livre autonomia privada, desfere, sem qualquer motivo aparente, um soco em W, matando-o. Nesta ação, verifica-se que Q não respeitou a cláusula de não-interferência e/ou de não-violação, por certo que ele não perderá a sua dignidade, mas é óbvio que, sendo levado a um julgamento justo e conforme a lei ele será condenado e levado à prisão, onde sofrerá restrições ao exercício de suas liberdades. Assim, numa fórmula rápida, restringe-se a liberdade, e mantém-se a dignidade. Percebe-se, portanto, que o que se perde é o exercício de liberdades, mas não a um ambiente sustentavelmente sadio e democrático e a oportunidades mínimas viabilizadoras do desenvolvimento do autoconceito e

o exercício de direitos à livre autonomia privada e à propriedade. É por isso que, mesmo sendo levado à prisão, o Estado deve continuar oferecendo o desfrute de um ambiente sustentável, sano e democrático e de oportunidades mínimas para o autoconceito individual, bem como para o exercício de liberdades.

Desta forma, a interpretação teleológica/principiológica possui considerável importância para o entendimento das normas jurídicas, inclusive constitucionais, permitindo-se que se lhes dê um conteúdo mínimo capaz de lhes estabelecer um conceito plausível, através da eleição de outras normas jurídicas com elas compatíveis, adotando-se como marco de eleição uma ou outra teoria. No que aqui se desenvolve: um conceito de conteúdo mínimo pautado na eleição de normas de direitos fundamentais com fulcro na teoria rawlsiana da justiça como equidade para a norma da dignidade humana, na necessidade de se saber se o fundamento do Estado – a dignidade humana – está sendo realmente protegido por este.

Feita a apresentação da teoria da justiça como equidade, que foi criticada em todo o trabalho, à medida que se foram apresentando oportunidades para tanto, a fim de que se não fizessem críticas que destoassem do assunto escolhido para cada capítulo. E depois de respondida definitivamente a pergunta que se colocou ao final da primeira parte e que foi objeto de discussão em todo a segunda, e também nesta terceira. Esta última parte se propõe a demonstrar que o uso da fórmula encontrada para o mínimo existencial é plenamente razoável, e que tal fórmula pode, perfeitamente, integrar o conceito de dignidade humana. Assim, nestas últimas páginas o que se apresentará é a conclusão do trabalho, a formação de um conceito mínimo, que não se pretende definitivo, da dignidade da pessoa humana.

É indubitável que quando ao conteúdo da norma da dignidade humana há uma grande controvérsia, e que devido à

diversidade de comportamentos dos indivíduos é muito difícil atingir um conceito<sup>121</sup>. Contudo, apesar da correção dessas afirmações, é preciso estabelecer que a partir do momento em que não mais se considera as pessoas como idênticas, um conceito sobre qualquer coisa que seja poderá ser formado com a concordância de todos, de modo que os conceitos são relativos, justamente pelo fato de terem seus conteúdos escolhidos de acordo com a vontade da maioria. Assim, utilizando-se do mesmo expediente adotado por Rawls, o presente estudo trabalha com a ideia de uma *posição original* onde os seres humanos, sob um véu de ignorância, são considerados como idênticos, de maneira que todos cheguem a um mesmo conteúdo ao conceito de uma norma. No procedimento rawlsiano foram estabelecidos conteúdos para princípios escolhidos, e os nomes de cada um desses princípios representam muito bem os respectivos conteúdos. Portanto, referir-se ao conceito de um determinado princípio ou norma como algo vago, impreciso ou poroso depende muito da teoria que é escolhida. Desta forma, pode-se dizer, mas não para fins de estabelecer o conteúdo mínimo do conceito da norma da dignidade humana, que a eleição feita na posição original é, conseqüentemente, direcionada para a conclusão de que todo e qualquer indivíduo possui dignidade.

Dizer que toda e qualquer pessoa humana possui dignidade não esclarece o conteúdo que se procura para o conceito, mas é suficiente para trazer à discussão a questão dos direitos naturais. Frequentemente esses direitos são referidos como aqueles que não precisam estar positivados, porque pertencem naturalmente aos indivíduos, daí a explicação de estarem positivados senão em todos, pelo menos na grande maioria, dos documentos constitucionais e internacionais. Assim, alguém pode apontar para a dignidade como um direito natural, porque ambos são inerentes a todo e qualquer ser

---

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2005, pp. 13-14.

humano não lhes podendo ser negados. Contudo, deve-se, desde já, afastar esse possível entendimento, porque se apresenta enganoso, já que a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado e não um direito natural, ou, por outra, é uma norma que é formada por um conjunto de normas de direitos naturais com ela compatíveis, não se podendo confundir o conteúdo com o continente: dizer que um direito natural compõe-se por direitos naturais.

Nesta alheta, alguém poderia questionar que direitos naturais seriam aqueles que formam o conteúdo da dignidade? Uma resposta apressada poderia sugerir apenas os direitos decorrentes de liberdades, que, na verdade, é o que se costuma pensar quando os indivíduos se encontram no estado de natureza, onde, em tese, não existe um Estado para garantir oportunidades que viabilizem o exercício dessas liberdades. De fato, uma resposta um tanto quanto apressada, porque, apesar de não haver na posição original um Estado nos moldes do que atualmente se conhece, pode-se falar em uma organização minimamente rústica dos indivíduos, mesmo que não haja um chefe. Caso se adotasse, por exemplo, a teoria hobbesiana da posição original, seria muito provável que tal organização não existisse, e, aí sim, a resposta mais correta seriam apenas as liberdades. Mas não é essa teoria da posição original que cá se adota. Vislumbra-se, aqui, a existência de uma organização mínima que permite que os indivíduos se reúnam e ponderem sobre que normas devem ser escolhidas para pautar o funcionamento de uma sociedade e que *bens primários* os indivíduos devem possuir. Assim, mesmo sem haver um Estado – entendido este como aquele em que há um governante eleito pela sociedade, já que na posição original não há a figura do governante –, os seres humanos se reúnem e escolhem as normas e seus respectivos conteúdos mínimos (os bens primários). Portanto, ao se pensar em uma resposta para que direitos naturais formam o conteúdo da dignidade, a melhor

resposta, de acordo com a teoria adotada, passa pela fórmula anteriormente alcançada: direito a um ambiente sustentavelmente sadio e democrático em que existam oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do correto desenvolvimento do autoconceito e do exercício dos direitos à livre autonomia privada e à propriedade, desde que esse exercício não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional. Com essa explicação, tem-se que os direitos naturais nada mais são que os bens primários, que formam o conteúdo, cada um a sua vez, de cada um dos princípios de justiça, e, como já anteriormente demonstrado, são referidos como mínimo existencial formador do conteúdo para a elaboração do conceito da dignidade humana.

Poder-se-ia, contudo, objetar sobre como é que pessoas humanas poderiam ter escolhido o que seria inerente a elas próprias? Na posição original, não há pessoas como eu e você aqui e agora, e sim, sujeitos representativos. Ora, não se poderia pretender que todos num momento fossem idênticos e que, depois de removido o véu de ignorância, eles se tornassem diferentes – como que num passe de mágica. Conforme a teoria de Rawls, independente de haver véu de ignorância, as pessoas na posição original são sujeitos representativos, funcionando o véu apenas como um fator a mais, como algo que envolvesse os indivíduos e não lhes deixasse perceber o mundo que está à sua volta e que sujeitos eles realmente são no mundo concreto. A alegoria platônica da caverna não é o exemplo exato, mas permite uma comparação agradável: os sujeitos representativos são aqueles seres amarrados por grilhões que se situam dentro de uma caverna – o véu de ignorância – que não lhes permite ver o que há do lado de fora, até que tomem a decisão sobre o que fazer – a ideia do consenso sobreposto. Portanto, não são as próprias pessoas que escolhem seus próprios direitos naturais, e sim agentes representativos que desaparecem depois



de feita a escolha – agora, sim, num estalar de dedos.

Há que se fazer, ainda, uma última análise quanto às cláusulas de não-interferência e de não-violação. Trata-se, pela teoria aqui adotada, de uma cláusula universal, que pode ser aplicada em qualquer sociedade. O que muda é o que se considera como interferência na situação jurídica de terceiro e como violação à ordem constitucional. É possível, por exemplo, que numa determinada sociedade o aborto seja proibido – consistindo sua prática em violação da ordem constitucional –, enquanto noutra sociedade ele seja permitido. Ou, por exemplo, numa sociedade pode-se admitir a legítima defesa de terceiro, enquanto noutra isso é proibido. Assim, em conclusão, a *cláusula limitativa do exercício de liberdades* existe em toda e qualquer sociedade, variando apenas o que é considerado como interferência na situação jurídica de terceiro e como violação da ordem constitucional.

Feita essa análise sobre a *cláusula limitativa*, convém analisar o outro pedaço da fórmula: *direito a um ambiente sustentavelmente sadio e democrático e a oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do correto desenvolvimento do autoconceito e do exercício dos direitos à livre autonomia privada e à propriedade*. Esse pedaço pode ser dividido em dois. O primeiro se refere a uma atuação conjunta da sociedade e do Estado: *ambiente sustentavelmente sadio e democrático e oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do correto desenvolvimento do autoconceito e do exercício de liberdades*. O segundo se refere à esfera do próprio indivíduo: *livre autonomia privada e propriedade*. Utilizando-se de um critério apresentado por Ingo Wolfgang Sarlet, pode-se dizer que “a dignidade possui uma dimensão dúplice”, sendo, ao mesmo tempo: “expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões

essenciais a respeito da própria existência)”, ou seja, funcionando como limite à atuação estatal e da própria sociedade; e tarefa, porque da dignidade da pessoa humana “decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção<sup>122</sup>”. Diante disso, é possível re-afirmar o mínimo existencial: (a) é dever do Estado e da sociedade promover um ambiente sustentavelmente sano e democrático – eis os direitos à fraternidade; (b) é dever do Estado oferecer oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade, que viabilizem o correto desenvolvimento do autoconceito e do exercício dos direitos de liberdade – eis os direitos à igualdade e a auto-estima; (c) a todo e qualquer ser humano é assegurado o exercício dos direitos à livre autonomia privada e à propriedade – eis os direitos à liberdade. Esse pedaço da fórmula tem por objetivo impedir, ao máximo, que o ser humano seja considerado como objeto para a obtenção de um fim, promovendo, assim, a sua dignidade intrínseca. Trata-se, como se pode perceber, de uma *cláusula defensivo-promotora*: defende-se a situação do indivíduo humano como fim em si e promove-se-lhe a dignidade. É intuitivo concluir que essa cláusula não é absoluta, sofrendo, como dito alhures, restrição da *cláusula limitativa*. Portanto, todo ser humano tem o direito de ser tratado como um fim em si e com dignidade, o que traz o dever, por parte dos outros seres humanos, de tratar o próximo como um fim em si e com dignidade, ao que se soma: sem que o exercício do direito e o cumprimento do dever impliquem em interferência na situação jurídica de outrem e em violação da ordem constitucional.

Verifica-se, assim, que a fórmula do mínimo existencial previamente elaborada, e que aqui apenas ganhou uma análise que lhe comprovasse a plausibilidade de seu conteúdo, é

---

<sup>122</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2005, pp. 30 e 32.

perfeitamente utilizável para a formação de um conceito de conteúdo mínimo da dignidade humana.

Na esteira de tudo o que foi dito, deve-se observar que embora se encontre em diversos autores a referência à dignidade humana como norma de direito fundamental tal não se pode acolher porque, “como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ser ela própria concedida pelo ordenamento jurídico<sup>123</sup>”. Como simples norma, a dignidade é válida e deve ser aplicada de uma maneira ótima em conjunto com as normas de direitos fundamentais que com ela forem minimamente compatíveis. Daí se poder dizer que cada um daqueles direitos eleitos como mínimos e insertos na fórmula cá elaborada possuem um “conteúdo em dignidade”, podendo, portanto, serem “tidos como manifestação (exigência) direta ou, pelo menos, indireta desta dignidade<sup>124</sup>”.

Ultrapassado esse ponto, convém fazer uma última anotação. À consideração da dignidade humana a partir do entendimento de Schiller e da teoria de Rawls, fora o que já foi desenvolvido neste breve trabalho, ainda deve-se verificar que o fato de que a noção de dignidade apresentar-se um tanto quanto complexa “não decorre apenas da variedade de bens que ela congrega: ela deriva, igualmente, das diferentes maneiras como esses bens se relacionam entre si<sup>125</sup>”. Desta maneira, cada um dos direitos que formam o chamado mínimo existencial não pode prevalecer sobre o outro, devendo haver um equilíbrio, importando no fato de que “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal<sup>126</sup>”. Assim, por exemplo, o indivíduo não pode, para alcançar seus próprios projetos de vida, depender das ações estatais, já que ele é dotado de autonomia – tem

---

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006b, p. 69.

<sup>124</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006b, pp. 119 e 124.

<sup>125</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Obra citada, 2008, pp. 219-220.

<sup>126</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006b, p. 65.

liberdade para fazer o que bem entender de sua vida, respeitada a cláusula limitativa; ou seja, as ações estatais – e mesmo as omissões – devem servir como um meio para que o sujeito possa desfrutar de todos os outros direitos que lhe são minimamente assegurados. Portanto, o Estado e assim também a nação deve servir de meios para a pessoa humana atingir os seus próprios fins<sup>127</sup>.

Desta maneira, nota-se uma confluência entre o entendimento kantiano e o schilleriano acerca da dignidade humana: o indivíduo nasce com uma dignidade mínima e deve ser tratado tanto pela sociedade quanto pelo Estado como um fim em si mesmo. Assim, pode-se vislumbrar por tudo o que já foi construído que o Estado é apenas uma entidade criada para conferir e respeitar direitos aos sujeitos, bem como para fazer respeitá-los e fiscalizar seu exercício. Enfim, é dever do Estado, da nação e de cada um dos indivíduos respeitarem a dignidade mínima de todos os indivíduos, no que se pode estabelecer o que é esta dignidade mínima, fornecendo-se um conceito filosófico-constitucional de conteúdo mínimo nos seguintes termos: *direito a um ambiente sustentavelmente sadio e democrático e a oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do correto desenvolvimento do autoconceito e do exercício dos direitos à livre autonomia privada e propriedade, desde que esse exercício não interfira na situação jurídica de terceiros nem viole a ordem constitucional.*

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde verificar, o objetivo deste trabalho foi o de apontar e, ainda, procurar saber qual o conceito jurídico de conteúdo mínimo de uma de suas virtudes, a previsão da

---

<sup>127</sup> NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *O Estado é um meio e não um fim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940, p. 108.

norma-fundamento do sistema jurídico e do Estado brasileiro, a dignidade humana. Trabalhou-se, então, com o método hipotético-dedutivo, para formular uma hipótese de resposta plausível, tendo por base a metodologia da dialética aristotélica, tentando-se convencer o leitor, mediante a apresentação de “argumentos mais ou menos fortes”, na expressão de Perelman, da plausibilidade e razoabilidade da resposta encontrada.

Criticou-se, em primeiro lugar, a teoria da justiça como equidade, de John Rawls, que é, aliás, o substrato teórico de todo o trabalho. Neste passo, procurou-se tornar a doutrina do professor norte-americano um pouco mais acessível ao leitor, indicando falhas pontuais na teoria de Rawls que poderiam vir a prejudicar o bom entendimento de sua doutrina, sendo que uma das principais falhas é aquela apontada por Sandel e Kymlicka, de que Rawls não obteve sucesso ao tentar indicar que direitos e deveres seriam realmente essenciais numa sociedade justa. Foi dessa constatação que se partiu, no segundo capítulo, para a elaboração de um conjunto mínimo provisório de direitos e deveres, procurando-se, portanto, responder à pergunta posta pelos críticos de Rawls.

Assim, na segunda parte procurou-se demonstrar haver compatibilidade entre os direitos, classificados em três classes segundo os ideais da revolução francesa, que, entende-se, até hoje são absolutamente válidos, sobretudo para o estudo dos direitos humanos fundamentais, e os deveres com os princípios de justiça para instituições e para indivíduos propostos por Rawls e apresentados e criticados no primeiro capítulo. O esforço empreendido nessas duas partes (primeira e segunda) tem sua meta alcançada quando se listam as seis classes de direitos que podem formar o núcleo dos direitos fundamentais, além de se chegar ao conceito de deveres fundamentais. Elementos estes que, no terceiro capítulo, serão reavaliados, a fim de indicar um núcleo mínimo definitivo de direitos e

deveres fundamentais, discutindo-se, ainda, até que ponto é possível violar direitos e, mesmo assim, manter a dignidade humana, e se o respeito à dignidade humana pode ser exigido não apenas diante do Estado, mas também perante particulares.

Nessa sequência, a terceira parte caminha para o fornecimento de um conceito de conteúdo mínimo da dignidade humana, considerando-se tudo o que foi discutido nas páginas anteriores e, ainda, que noção filosófica se adota para entender a dignidade humana e qual a natureza jurídica dela. Nisto, chega-se ao entendimento que a noção filosófica de dignidade humana que se defende é aquela segundo a qual se trata de qualidade inerente a todo e qualquer ser humano de ter respeitados seus direitos mínimos e de podê-los exercer sem excessos. E, em relação à natureza jurídica, obtém-se a ilação de que é uma norma, entendendo-se que todas as normas só podem ser regras, e que os princípios são apenas elementos de interpretação para o momento em que as normas são aplicadas. Portanto, a norma da dignidade humana é sempre válida e sua aplicação deve cingir-se a pelo menos o conceito jurídico de conteúdo mínimo que se atinge: *direito a um ambiente sustentavelmente sadio e democrático e a oportunidades mínimas, financiadas pela sociedade e oferecidas pelo Estado, viabilizadoras do correto desenvolvimento do autoconceito e do exercício dos direitos à livre autonomia privada e à propriedade, desde que esse exercício não interfira na situação jurídica nem viole a ordem constitucional.*

