

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAMON DA SILVA SANDI

**A VINCULAÇÃO ENTRE A DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA: DO
PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI FUNDAMENTAL À ANÁLISE DA RECEPÇÃO E
INFLUÊNCIA DE SUAS DECISÕES NA JUDICATURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Porto Alegre
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

RAMON DA SILVA SANDI

**A VINCULAÇÃO ENTRE A DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FEDERAL DA ALEMANHA: DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI
FUNDAMENTAL À ANÁLISE DA RECEPÇÃO E INFLUÊNCIA DE SUAS DECISÕES
NA JUDICATURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação jurídica defendida como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado e Linha de Pesquisa em Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre

2021

RAMON DA SILVA SANDI

**A VINCULAÇÃO ENTRE A DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FEDERAL DA ALEMANHA: DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI
FUNDAMENTAL À ANÁLISE DA RECEPÇÃO E INFLUÊNCIA DE SUAS DECISÕES
NA JUDICATURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação jurídica defendida como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado e Linha de Pesquisa em Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, defendida e aprovada em: Porto Alegre/RS, 31 de Março de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PPGD/PUCRS

Membro Interno: Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza – PPGD/PPGFil PUCRS

Membro Externo: Prof. Dr. Fabiano Menke – PPGD/UFRGS

“Wir wünschen ein freies Deutschland, in dem der deutsche Mensch ein menschenwürdiges Dasein führen kann [...]“ (Konrad Adenauer)

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo carinho e pela confiança. À CAPES, pelo apoio financeiro. Ao professor Draiton Gonzaga de Souza, pela amizade e pelo incentivo ao estudo. Ao *Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik* de Munique, por ter permitido a pesquisa de vasto material em sua biblioteca.

E de modo especial, meu agradecimento ao professor Ingo Wolfgang Sarlet, pela orientação feita com as devidas críticas e apontamentos. Além disso, agradeço pelo seu incentivo e pela ajuda para com a realização da pesquisa no *Max-Planck-Institut*. Muito obrigado por tudo.

RESUMO

Em vista da necessária e urgente proteção à pessoa humana após os eventos da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se na futura Alemanha (ocidental), por meio do processo de elaboração da Lei Fundamental, a busca por garantir que os poderes do futuro Estado alemão fossem limitados e agissem conforme a dignidade humana e os direitos fundamentais. Com isso, a Lei Fundamental da Alemanha (1949) reconheceu à dignidade uma inigualável função na ordem constitucional, vinculando o legislador e todos os poderes públicos à sua proteção. Com base, justamente, nos deveres de respeito e proteção, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha proferiu decisões que vincularam o conteúdo da dignidade aos princípios constitucionais, mas, principalmente, aos direitos fundamentais. Em vista da importância de seus julgados, muitas de suas decisões e fundamentações foram e ainda são utilizadas na ordem jurídico-constitucional brasileira, principalmente na judicatura do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, buscando compreender, primeiramente, a acepção da vinculação da dignidade humana e dos direitos fundamentais no processo de elaboração da Lei Fundamental, o objetivo da presente dissertação é empreender estudo sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e a sua recepção e influência na judicatura do Supremo Tribunal Federal. O método utilizado foi o analítico, valendo-se de materiais bibliográficos da doutrina alemã e brasileira, assim como da leitura e estudo da jurisprudência de ambos tribunais. O método procedimental será o histórico comparativo. Quanto ao método de interpretação jurídica, utilizar-se-á o exegético. Conclui-se - também a partir das reflexões feitas no processo de elaboração da LF - que a jurisprudência do TCF, com base na dignidade e nos direitos fundamentais, desenvolve-se a fim de promover a devida proteção a cada pessoa humana, destacando-se os deveres do Estado em garantir um mínimo existencial que abarque também uma dimensão social, cultural e política. Com a recepção das decisões do TCF, tal desenvolvimento também é percebido na judicatura do Supremo Tribunal Federal, citando-se, como exemplos, a maior abrangência da proteção negativa e positiva da dignidade, destacando-se o uso da fórmula do homem-objeto; o livre desenvolvimento da personalidade; o conteúdo do mínimo existencial e os deveres de proteção do legislador.

Palavras-chave: Dignidade (da pessoa) humana. Direitos Fundamentais. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

In view of the necessary and urgent protection to the human person after the events of the World War II, the pursuit to ensure that the powers of the future German State were limited and acted in accordance to human dignity and fundamental rights started through the process of elaboration of the Basic Law of Germany. As a result, the Basic Law of Germany (1949) recognized human dignity as an unparalleled function in the constitutional order, binding the legislator and all public authorities to its protection. Based, precisely, on the duties of respect and protection, the Federal Constitutional Court of Germany issued decisions that linked the content of dignity to constitutional principles, but mainly to fundamental rights. In view of the importance of their judgments, many of its decisions and justification were and are still used in the Brazilian legal-constitutional order, mainly in the judicature of the Supreme Federal Court. Thus, seeking to understand, firstly, the meaning of the connection of human dignity and fundamental rights in the process of elaboration of the Basic Law, the objective of this dissertation is to undertake a study on the jurisprudence of the Federal Constitutional Court of Germany and its reception and influence in the judicature of the Federal Supreme Court. The method used was analytical, making use of bibliographic materials of the German and Brazilian doctrine, as well as of the reading and study of the jurisprudence of both courts. The procedural method will be historical-comparative. As for the method of legal interpretation, the exegetic method will be used. It is concluded - also from the reflections made in the process of elaboration of the BL - that the FCC's jurisprudence, based on dignity and fundamental rights, is developed in order to promote the due protection to each human person, standing out the duties of the State to guarantee an existential minimum that also encompasses a social, cultural and political dimension. With the reception of FCC's decisions, such development is also perceived in the judicature of the Federal Supreme Court, having as examples, the greater scope of negative and positive protection of dignity, highlighting the use of the formula of the object-man; the free development of personality; the content of the existential minimum and the protection duties of the legislator.

Keywords: Human (person) dignity. Fundamental rights. Federal Constitutional Court of Germany. Federal Supreme Court.

LISTA DE SIGLAS

PR – *Parlamentarischer Rat* (Conselho Parlamentar)

LF – Lei Fundamental da Alemanha de 1949

TCF – Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

BVerfGE – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
 1 A CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS ADOTADA NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI FUNDAMENTAL	13
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO – POLÍTICO, SOCIAL, ECONÔMICO E CULTURAL	13
1.2 A LEI FUNDAMENTAL E O SEU PROCESSO DE ELABORAÇÃO	17
1.3 COMPOSIÇÃO E FUNÇÕES DA CONVENÇÃO CONSTITUCIONAL EM HERRENCHIEMSEE E DO CONSELHO PARLAMENTAR (<i>PARLAMENTARISCHER RAT</i>).....	19
1.3.1 Convenção Constitucional em Herrenchiemsee (<i>Verfassungskonvent in Herrenchiemsee</i>)	19
1.3.2 Conselho Parlamentar - <i>Parlamentarischer Rat</i>	21
1.4 A OPÇÃO TERMINOLÓGICA – DIGNIDADE HUMANA OU DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	25
1.5 O COMPROMISSO COM OS DIREITOS HUMANOS E A PONTE COM A DOUTRINA DO DIREITO NATURAL	29
1.6 A INFLUÊNCIA DE IMMANUEL KANT	37
1.7 O ESTADO EXISTE EM FUNÇÃO DO SER HUMANO E NÃO O OPOSTO	40
1.8 O DÚPLICE DEVER DE RESPEITO E PROTEÇÃO COMO SALTO QUALITATIVO	45
 2 A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA.....	51
2.1 O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA NA ARQUITETURA CONSTITUCIONAL ALEMÃ	
2.2 VALOR NORMATIVO: PRINCÍPIO OU DIREITO FUNDAMENTAL?.....	53
2.3 A IMAGEM DO SER HUMANO (<i>MENSCHENBILD</i>)	59
2.4 DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA	63
2.5 RELAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DOS DEMAIS PRINCÍPIOS (ART.20) 68	
2.5.1 <i>Estado de direito, democracia e federação</i>	68
2.5.2 <i>Estado social</i>	72
2.6 A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA À LUZ DE SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, À LIBERDADE, À PERSONALIDADE E AOS DIREITOS PROCESSUAIS.....	77
2.6.1 <i>Dignidade humana e direito à vida</i>	77
2.6.2 <i>Dignidade, liberdade e o desenvolvimento da personalidade</i>	80
2.5.3 <i>Direitos processuais</i>	85
2.7 O MÍNIMO EXISTENCIAL E O DEVER DE PROTEÇÃO DO LEGISLADOR: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DAS DECISÕES DO TCF	87
2.8 CLÁUSULA PÉTREA	95

2.9 O CARÁTER RELATIVO OU ABSOLUTO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O PROBLEMA DOS LIMITES DA DIGNIDADE	99
---	----

3 A INFLUÊNCIA E RECEPÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA NA JUDICATURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

.....	103
3.1 A OPÇÃO TERMINOLÓGICA E A IMAGEM DE SER HUMANO NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	104
3.2 VALOR NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	111
3.2.1 <i>Valor normativo da dignidade da pessoa humana (princípio e regra)</i>	111
3.2.2 <i>As dimensões objetiva e subjetiva da dignidade da pessoa humana</i>	115
3.2.3 <i>A proteção e a restrição dos direitos fundamentais pela dignidade</i>	117
3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DE SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, À LIBERDADE E AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE.....	122
3.3.1 <i>Dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida</i>	122
3.3.2 <i>Dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à liberdade</i>	125
3.3.3 <i>Dignidade e livre desenvolvimento da personalidade</i>	128
3.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	131
3.4.1 <i>Construção do Estado Social no Brasil: aproximações com a história alemã</i>	135
3.4.2 <i>Conteúdos do mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	134
3.4.3 <i>Reserva do possível</i>	138
3.4.4 <i>Dever de proteção do legislador à luz dos elementos formais e materiais da dignidade e dos direitos fundamentais</i>	143

SÍNTESE CONCLUSIVA	150
--------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155
----------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

A dignidade humana é um conceito que foi reiteradamente analisado e definido à luz, principalmente, de conteúdos teológicos e filosóficos. Entretanto, a partir da necessária e urgente proteção à pessoa humana após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) prevê em seu texto a proteção da dignidade à luz de uma compreensão jurídica. É nesse contexto que acontece o processo de elaboração da Lei Fundamental, no qual a discussão sobre o papel da dignidade na futura ordem constitucional alemã foi um dos temas centrais.

Com a positivação desse conceito, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha pauta suas decisões à luz da dignidade como princípio e valor fundamental de toda a ordem constitucional. Tal valor normativo exige que os direitos fundamentais e os princípios sejam interpretados à luz do seu conteúdo. Aqui, destaca-se a interpretação da dignidade e do Estado Social que, combinados com os direitos fundamentais à vida e ao desenvolvimento da personalidade, exigem do legislador a concretização da garantia de um mínimo existencial.

Tanto as fundamentações, como as próprias decisões do TCF são recepcionadas por diferentes ordens jurídico-constitucionais. Esse, nitidamente, é o caso do Brasil. Afinal, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como Princípio Fundamental da República, possibilitando que, principalmente, o Supremo Tribunal Federal possa buscar na jurisprudência do Tribunal alemão reflexões, fundamentações e até novas interpretações dos conteúdos que exsurtem da dignidade.

Isso posto, o objetivo desse trabalho é analisar a vinculação da dignidade humana e dos direitos fundamentais no TCF, buscando compreender a sua influência e recepção na ordem jurídico-constitucional brasileira por meio da judicatura do Supremo Tribunal Federal.

Buscou-se analisar o objeto dessa pesquisa por meio de três tópicos: I) na primeira parte, analisa-se o processo de elaboração da Lei Fundamental alemã; II) no segundo ponto, busca-se compreender a dignidade humana na jurisprudência do TCF; III) na parte final, busca-se analisar a influência e a recepção da jurisprudência do TCF na judicatura do Supremo Tribunal Federal.

Cada parte do trabalho acima elencada corresponde a um capítulo. No capítulo inicial, analisa-se o processo de elaboração da Lei Fundamental, percorrendo-

se sobre o contexto histórico, social e político. Além disso, tendo em conta as discussões ocorridas na *Convenção de Herrenchiemsee* e do Conselho Parlamentar, busca-se discorrer sobre a opção terminológica, o compromisso com os direitos humanos, assim como as funções e os deveres de respeito e proteção que exsurgem da dignidade.

No segundo capítulo, procura-se analisar a dignidade humana na jurisprudência do TCF. Inicialmente, discorre-se acerca da compreensão que o Tribunal possui sobre o valor normativo da dignidade e sobre a sua dimensão objetiva e subjetiva. Após, analisa-se a relação da dignidade humana e dos demais princípios dispostos no art.20 da LF, assim como a sua relação com alguns direitos fundamentais em espécie, tais como o direito à vida, à liberdade e direitos processuais. Além disso, à luz dos conteúdos do mínimo existencial, apresenta-se uma evolução das decisões do Tribunal, referindo-se também sobre os deveres de proteção do legislador. No fim desse capítulo, é discorrido sobre a compreensão da dignidade como cláusula pétrea e sobre o seu caráter absoluto ou relativo.

No terceiro capítulo, investiga-se em que medida o conteúdo jurídico atribuído pela interpretação do TCF ao conceito de dignidade humana e sua vinculação com os direitos fundamentais foi recepcionada pela judicatura do Supremo Tribunal Federal. Para tal tarefa, na medida do possível, buscou-se padronizar os temas abordados no capítulo II e III, tanto em vista de seguir os padrões da pesquisa, como de conceder ao leitor uma análise mais sistemática do tema. Entretanto, levando em consideração o catálogo de direitos sociais presentes na CF/88, foi preciso especificar alguns assuntos referentes ao mínimo existencial.

O método utilizado foi o analítico, valendo-se de materiais bibliográficos da doutrina alemã e brasileira, assim como da leitura e estudo da jurisprudência de ambos tribunais. O método procedimental será o histórico comparativo. Quanto ao método de interpretação jurídica, utilizar-se-á o exegético, a partir de leituras sobre o tema.

1 A COMPREENSÃO DE DIGNIDADE HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI FUNDAMENTAL

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO – POLÍTICO, SOCIAL, ECONÔMICO E CULTURAL

Após a Segunda Guerra Mundial, os países pertencentes ao campo dos Aliados buscaram garantir a reconstrução econômica e democrática da Alemanha. Essa reformulação ocorreu por meio da divisão desse país em quatro zonas de ocupação, cada uma delas comandada por um Estado: Estados Unidos, Reino Unido, França e União Soviética. Entretanto, os diferentes sistemas de controle no Ocidente capitalista e no Leste socialista geraram divergências, a ponto de não haver um consenso quanto à estrutura de uma política comum para a Alemanha. Por isso, segundo Bommarius (2009, p. 37), no geral, as principais metas desses países foram pautadas na desmilitarização, descentralização, democratização e desnazificação.

É mister recordar aqui a força que os Aliados tiveram nesse processo de reconstrução. Exemplo disso é que muitos planos concretos para a administração da Alemanha, depois da guerra, foram propostos na cidade de Londres, conforme relatam Willoweit; Schlinker (2019, p. 343). Como afirmou Winston Churchill, na Conferência de Yalta (1945, p. 614), a rendição alemã concedeu (também) aos Aliados o direito de determinar o futuro do povo e da economia alemã.

Porém, para a concretização dessa reconstrução, havia alguns desafios a serem superados. No âmbito cultural, mesmo com o fim da guerra, continuava uma certa desconfiança em relação ao povo alemão, principalmente por parte dos americanos. Afinal, estima-se que, durante o regime nazista, seis milhões e meio de cidadãos foram integrantes do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães. Por isso, mesmo que muitos destes tivessem participado do Partido sem possuir um total alinhamento ideológico, havia a dúvida sobre como a jovem democracia alemã seria sustentada por aquele grupo de pessoas (WOLFRUM, 2005, p. 77).

Conforme descrição de Christian Bommarius (2009, p. 32), um exemplo dessa desconfiança foi a entrada das tropas americanas em solo alemão, as quais foram proibidas de comunicar-se com o povo. Assim, ao menos no início da ocupação, o contato era o mínimo possível com funcionários e autoridades locais e somente para manter o funcionamento dos serviços do Estado.

Além desse desafio de âmbito cultural, na busca pela reconstrução democrática, havia a dúvida de qual lei deveria ser aplicada naquele contexto. Afinal, muitas leis foram criadas durante o Terceiro *Reich*, tais como as leis nazistas que discriminavam raças e culturas. Na Zona Americana, por exemplo, houve a assim conhecida *Proclamação número 2*, promulgada em setembro de 1945, na qual se afirmou que a legitimidade das leis, promulgadas desde 1933, já não era derivada do legislador nazista, mas, baseava-se, agora, na vontade dos poderes de ocupação (WEBER, 2010, p. 20).

No que se refere ao contexto político, dois fatores foram de vital importância para a organização econômica e política da futura Alemanha Ocidental: a criação de novos partidos políticos e a elaboração das constituições dos estados, as assim conhecidas *Länderverfassungen*.

A criação dos partidos ocorre (também) pela necessidade de uma maior diversidade de ideias e opiniões, diferentemente da Alemanha nazista, que possuía um partido que transmitia seu aspecto ideológico, quase que religioso, por meio de suas cerimônias e liturgias públicas.

Já as constituições dos Estados federados, de certa forma – embora a Alemanha já estivesse distribuída em territórios - fazem com que a construção da futura Alemanha Ocidental seja de forma centrípeta. Embora essas constituições ainda outorguem demasiados poderes ao parlamento, elas seguem modelos e medidas liberais-burguesas, contendo um catálogo de direitos fundamentais (WILLOWEIT; SCHLINKER, 2019, p. 353).

Considerando-se especificamente as zonas de ocupação, concordou-se que cada país teria plenos poderes decisórios em seu território. Entretanto, as decisões que envolvessem questões essenciais relativas à Alemanha como um todo deveriam ser discutidas por meio do Conselho de Controle Aliado. Esse Conselho deveria, ao menos em princípio, ter em consideração a opinião das quatro potências (Estados Unidos, Reino Unido, França e União Soviética).

No que se refere às zonas de ocupação, na zona francesa, já em 1945 iniciaram as tensões entre os militares franceses e a administração civil, pois existia o receio de que os franceses pudessem retaliar os alemães, em virtude da ocupação na França, ocorrida entre 1940-1944. De fato, havia a intenção, ainda que remota, de anexar partes do sudoeste alemão à França, mas os planos separatistas foram rejeitados pela falta de interesse público e pelo próprio governo militar.

Entretanto, a França buscou compensar perdas econômicas havidas durante a guerra. Por isso, utilizou-se da produção de aço e da mineração da região de Saar, tanto para a indústria como para o fornecimento de energia. A busca dessa compensação econômica, aliada ao fato de que a região sudoeste havia sido uma das menos atingidas pelos bombardeiros antes do fim da guerra, fizeram com que a França gastasse muito pouco para a reconstrução de sua zona de ocupação (KIMMEL, 2005). Porém, mesmo que o número de desabrigados e desnutridos fosse menor que nas zonas britânica e americana, foi necessária uma política que visasse o cuidado e a proteção dos mais vulneráveis. A partir de 1948, com o Plano Marshall e a reforma monetária, houve, ali, uma verdadeira melhora nos índices sociais.

Já as zonas de ocupação americana e inglesa foram mais pragmáticas, sendo notável os esforços para reerguer a economia de seus respectivos territórios. Pode-se citar duas fases dessa reconstrução em suas zonas, conforme ver-se-á a seguir.

Na primeira fase - sem mencionar os aspectos mais regionais - a principal característica foi a busca de unificar o centro econômico entre Reino Unido e Estados Unidos. Entretanto, esse projeto não se perpetuou, pois havia a falta de um controle único e de uma estrutura viável para a organização dos departamentos nas zonas de ocupação. Além disso, a demasiada dependência política, advinda das forças militares, prejudicou esse processo, pois as mesmas tinham que coordenar as tensões internas na Alemanha entre os centralistas e federalistas e as diferentes atuações dos socialdemocratas do norte e os sociais-cristãos do sul. Junto a isso, a situação catastrófica, pela falta de estrutura para o inverno de 1946/1947, demonstrou que deveria haver uma mudança econômica nesse modelo.

Na segunda fase da construção econômica, ocorrida em 1947, buscou-se criar, nas zonas britânica e americana, um Conselho Econômico mais ligado à administração com o objetivo de sanar as preocupações mais urgentes. Porém, as instabilidades partidárias e a concentração de poder em indivíduos, e não num colegiado que pudesse envolver de forma mais direta as regiões da zona de ocupação, fizeram com que essa ideia não progredisse.

As dificuldades na organização dessas duas zonas de ocupação demonstram que cada estado federal alemão deveria ter uma independência política e econômica, a fim de que pudessem resolver seus problemas de modo mais particular. Os estados provaram ser os portadores da tradição estatal, administrativa

e cultural, tornando-se, assim, evidente que a construção da Alemanha deveria ser fundada sob a perspectiva federal (STOLLEIS, 1987, p. 215).

Indubitavelmente, a tensão entre os países Ocidentais e a zona Soviética marcaram o processo de reconstrução aqui descrito, seja pela busca expansionista norte americana, seja pela desconfiança dos ocidentais para com os soviéticos. As diferenças entre o Leste e o Oeste mostravam-se uma barreira para uma consensual reconstrução da Alemanha.

Ainda em 1946, no discurso proferido pelo Secretário de Estado norte americano em Stuttgart, os americanos manifestaram a sua determinação em desenvolver um governo democrático na Alemanha, por meio de uma estrutura descentralizada. Porém, a União Soviética não tinha essa opinião. Na Conferência de Moscou, ocorrida em 1947, as diferenças políticas foram latentes. Os soviéticos propunham uma autoridade política que comandasse uma estrutura central do Estado. Isso, comparado com os outros países, mostrava-se uma proposta quase que extrema - os franceses, por exemplo, propunham um sistema de confederação (FRIEDRICH, 1949, p. 467-468).

No campo político, portanto, o principal problema com os soviéticos estava no fato de estes entenderem que o projeto de construção democrática deveria estar baseado no fortalecimento de um poder central, o que acarretaria na perda da autonomia política dos estados federados.

Mas além de uma possível discussão sobre o conceito de democracia, as divergências econômicas foram constantes no processo de reconstrução da Alemanha.

Desde a proposta de reconstrução da Europa, principalmente com o anúncio do plano Marshall, as relações entre os países tornaram-se mais difíceis. Primeiro, porque o Plano Marshall, em certos aspectos, foi uma resposta à falta de consentimento nas decisões da Conferência de Moscou. Afinal, era latente que esse plano tinha o objetivo, principalmente, de garantir a reprodução da prosperidade e do sucesso americano, segundo Werner e Combat (2007, p.181). Não é à toa que a palavra “contenção” – no sentido de impedir o avanço marxista – tornou-se uma palavra corriqueira no meio político norte-americano. Além disso, para Carl J. Friedrich (1949, p. 468), as diferenças econômicas entre as zonas de ocupação faziam com que a URSS fosse reticente a acordos que envolvessem, por exemplo, a reforma monetária.

Desse modo, com os interesses geopolíticos em jogo, assim como o grande número de pessoas que migravam para o Ocidente, em 24 de junho de 1948, a zona Oriental iniciou o bloqueio de Berlim, impedindo tanto as rotas de abastecimento de eletricidade e água, como o envio de mantimentos e materiais para a construção civil por meio terrestre.

Como relembra Feldkamp (2008, p. 9), para continuar auxiliando Berlim, os ocidentais utilizaram, durante meses, o meio de transporte aéreo para enviar à população alimentos, roupas e carvão.

Essa divisão econômica e política entre os Aliados ocidentais e a zona Soviética, entre outros fatores, como se verá no próximo ponto, moldarão a compreensão sobre a reconstrução do Estado (ocidental) alemão.

1.2 A LEI FUNDAMENTAL E O SEU PROCESSO DE ELABORAÇÃO

Em vista das atrocidades ocorridas na Alemanha durante o tempo do nacional-socialismo, após 1945, a preocupação com a dignidade humana e com os direitos fundamentais teve um papel central nas discussões políticas e sociais. Para concretizar uma nova forma de Estado, assim como restabelecer o poder ao povo alemão, preparou-se as bases para uma Assembleia Nacional Constituinte.

A concretização da Assembleia alemã efetivou-se com a outorga do conhecido Documento de Frankfurt, ratificado pelos três ministros/presidentes inglês, francês e norte-americano na Conferência de Londres. O documento nº 1 autorizou a criação de uma Assembleia Constituinte. Mesmo contra a aprovação de partidos como a CDU (União Democrática-Cristã) e SPD (Partido Social-Democrata), decidiu-se que se deveria fundar o Estado da Alemanha Ocidental (VORLÄNDER, 2008, p. 43).

Essa Assembleia, segundo o documento, deveria iniciar, no máximo, até 1º de setembro de 1948, com a tarefa de elaborar uma Lei Fundamental democrática, criando as bases para a construção de um governo federalista. Além disso, deveria restaurar a unidade alemã e proteger os direitos dos países ali instalados. Esses objetivos seriam concretizados por meio de um governo que primasse pela proteção e garantia dos direitos individuais e das liberdades clássicas (FELDKAMP, 2019, p. 21). Na conferência de Londres, também foi determinado que, antes do Conselho Parlamentar em Bonn, estudiosos e juristas deveriam se reunir para debater as bases da futura Lei Fundamental.

Com a falta de um referendo popular para a convocação do Conselho Parlamentar e com o rumo tomado pela União Soviética em relação à Alemanha oriental, não se compreendeu o futuro documento como uma Constituição que fundaria um novo Estado alemão. Conforme Ingo Sarlet (2019, p.67), esse conselho assumiu a ideia de que o futuro texto “[...] se tratava de um documento provisório, no sentido de que, assim que viesse a ocorrer a reunificação alemã, haveria de ser elaborada a verdadeira Constituição”. Daí a escolha do nome do futuro texto ser *Grundgesetz*, ou Lei Fundamental (LF).

Não obstante a busca por fundar um novo poder político e democrático, é importante recordar que os Aliados, por meio também do poder militar, possuíam grande influência sobre as decisões da Alemanha. Vale ressaltar que essa outorga militar não ocorre somente antes do processo constitucional, mas também durante e após. A influência era deveras tão grande que, quando o Conselho Parlamentar precisava decidir algo mais preciso sobre a organização do Estado, por exemplo, para tomar uma decisão mais acertada, Konrad Adenauer, presidente desse Conselho, conversava com as autoridades militares para esclarecer alguns assuntos de maior importância (BAUER, 2013, p. 55).

Nesse sentido, cabe lembrar que a divisão das competências federais e estaduais também foram tema de apreciação dos governadores militares. Por meio do memorando de 02/03/1949, no ponto 3, os mesmos afirmaram que as matérias de competência federal não estavam suficientemente definidas, propondo que os Estados pudessem legislar de modo mais amplo, com exceção das matérias que seriam impossíveis promulgar somente por um Estado da federação ou quando tal ato normativo tivesse impacto nacional (FÜSSLEIN; MATZ, 1949, p.352). Além disso, os militares também influenciaram os conteúdos da lei eleitoral, determinando que tal lei deveria ter o respaldo dos Ministros-Presidentes da zona de ocupação (U. M, 1949, p.360).

A falta desse respaldo democrático, entretanto, como se verá no próximo ponto, não diminui a qualidade e importância dos debates travados pelos estudiosos e parlamentares no processo de elaboração da Lei Fundamental.

1.3 COMPOSIÇÃO E FUNÇÕES DA CONVENÇÃO CONSTITUCIONAL EM *HERRENCHIEMSEE* E DO CONSELHO PARLAMENTAR (*PARLAMENTARISCHER RAT*)

Desde o Documento de Frankfurt até a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, há dois momentos que são fundamentais para a compreensão da estrutura final do texto, principalmente no que se refere à dignidade humana e aos direitos Fundamentais. São eles: a) a Convenção Constitucional em *Herrenchiemsee*; b) e a recepção e as discussões de seu texto no Conselho Parlamentar em Bonn.

1.3.1 Convenção Constitucional em *Herrenchiemsee* (*Verfassungskonvent in Herrenchiemsee*)

Como afirmado anteriormente, conforme decisão dos Ministros-Presidentes norte-americano, inglês e francês, antes da reunião em Bonn, um grupo de juristas deveria se reunir para discutir as bases da futura Lei Fundamental.

A convite do governo da Baviera – principalmente em vista da segurança dessa região - a Convenção Constitucional ocorreu na ilha de *Herrenchiemsee*, de 10 a 23 de agosto de 1948. Nela foram discutidos, durante 36 reuniões, entre outros assuntos, o Preâmbulo da LF, os direitos fundamentais, assim como as relações internacionais.

A principal função das discussões nessa Convenção - e, por isso o seu destaque nesse processo -, foi pensar de modo diferente das agremiações partidárias que costuraram textos para a elaboração da Lei Fundamental. Para Benz (2008, p. 42), a função dessa Convenção não foi política, no sentido de pensar somente uma engenharia institucional como fizeram, por exemplo, as constituições francesas. Diferente disso, ela buscou estabelecer fundamentos e diretrizes constitucionais.

Por isso, a o encontro em *Herrenchiemsee* não se compreendia como um pré-parlamento, como a Constituição da Igreja de São Paulo (*Paulskirchenverfassung*) de 1848, mas um encontro de estudos acadêmicos. Os próprios participantes entraram em acordo de não discutir assuntos político-partidários, mas deixar tal tarefa para o Conselho Parlamentar (FRIEDRICH, 1949, p.478). Como afirmou Carlo Schmid (1979, p. 335) em seu primeiro discurso, o trabalho que seria feito em *Herrenchiemsee* optaria por não tomar decisões políticas, mas estabelecer as regras fundamentais

para o futuro texto, propondo uma direção ao Conselho Parlamentar, a fim de corroborar os principais assuntos da futura Lei Fundamental.

Desse modo, segundo Mußnug (1987, p.233), essa autocompreensão da Convenção e o local afastado para esse encontro, assim como um curto espaço de tempo com intensas reflexões, corroboraram a importância desse momento na elaboração do texto.

No que tange aos participantes desse encontro, foi estabelecido que cada um dos 11 estados do ocidente alemão poderiam enviar um representante com considerável conhecimento jurídico. De fato, ali participaram juristas, ministros dos Estados federados e/ou professores de Universidades, além de estudiosos que tiveram importante papel na elaboração das Constituições dos estados (BAUER-KIRSCH, 2005, p. 22). Além desses 11, cabe ressaltar, entre outros, a participação de 14 especialistas que auxiliaram nas análises e discussões.

Os 11 representantes foram: Anton Pfeiffer, chefe da Chancelaria do Estado da Baviera e Presidente da Convenção Constitucional; Paul Zürcher, Presidente do Tribunal Estadual de Baden (Baden); Josef Schwalber, Secretário de Estado (Baviera); Theodor Spitta, prefeito, (Bremen); Wilhelm Drexelius, Secretário de Estado (Hamburgo); Hermann Brill, Secretário de Estado (Hessen); Justus Danckwerts, Conselheiro ministerial (Baixa Saxônia); Theodor Kordt, professor de direito internacional e diplomacia em Bonn (Renânia do Norte); Adolf Süsterhenn, Ministro da Justiça e Cultura (Renânia-Palatinado); Fritz Baade, diretor do Instituto Kiel para a Economia Mundial (Schleswig-Holstein); Josef Beyerle, Ministro da Justiça (Württemberg-Baden); e Carlo Schmid, Ministro da Justiça (Württemberg-Hohenzollern).

Cabe ressaltar aqui o papel da delegação da Baviera em *Herrenchiemsee*. Além de possuir um de seus representantes como presidente da Convenção, os quatro representantes e especialistas bávaros foram os únicos a apresentar um projeto da Lei Fundamental conhecida como Projeto Bávaro para Lei Fundamental (*Bayerischer Entwurf eines Grundgesetzes*). Bucher (1981, p. LVIII) destaca que, embora não tenha sido uma proposta oficial do Governo do Estado da Baviera, a importância desse documento não pode ser subestimada, seja pelas reflexões que propôs sobre a necessidade dos direitos a serem catalogados na nova Lei Fundamental, seja pelas discussões que trouxe sobre o processo de modificação do texto constitucional.

Quanto à organização, devido ao curto espaço de tempo, dividiu-se a Convenção em três órgãos: o Pleno, as Subcomissões e, nos últimos dias desse encontro, a Comissão de redação (BAUER-KIRSCH, 2005, p.32). Grande parte dos trabalhos desenvolveu-se nas Subcomissões I, II e III que trataram, respectivamente, sobre I) Questões Fundamentais, II) Competências e III) Organização do Estado.

Não obstante a importância das Subcomissões, foi no Pleno que ocorreram os debates gerais sobre a tarefa da Convenção, assim como a reflexão sobre a forma que iria se constituir a Alemanha ocidental. Além do peso de suas decisões, o Plenário mostrou-se um espaço importante para o processo decisório, pois - embora houvesse uma nítida diferenciação entre os participantes de cunho mais técnico dos estados do norte e os de cunho mais político escolhidos pelos estados do sul - as forças políticas dos grandes partidos como CDU/CSU e SPD encontravam-se em número similar, o que proporcionou, como que, um espaço de neutralidade política (BENZ, 2008, p.42).

No fim da convenção, como proposta de Anton Pfeiffer, foi criada uma Comissão de Redação. Essa mesma estava autorizada a compilar e publicar os mais significativos resultados das discussões (BAUER-KIRSCH, 2005, p.35). Há demasiadas críticas quanto a esse processo, já que as principais partes do relatório final foram escritos em poucos dias não pelo Pleno, mas por esse comitê nomeado pelo próprio Pfeiffer.

Não obstante essa possível crítica à organização, as reflexões e debates desses estudiosos foram de grande importância para as discussões de caráter mais político que aconteceriam no Conselho Parlamentar em Bonn.

1.3.2 Conselho Parlamentar – *Parlamentarischer Rat* (PR)

Após as discussões em *Herrenchiemsee*, o Conselho Parlamentar reuniu-se em Bonn, onde foram desenvolvidas seções temáticas que trabalharam aspectos centrais e gerais da futura Lei Fundamental. Ali foram organizados diversos comitês, divididos por matérias constitucionais. São eles: 1) Questões Fundamentais; 2) organização do governo federal, do Tribunal Constitucional e da administração da justiça; 3) delimitação de competências; 4) questões financeiras; 5) direito eleitoral; 6) estatuto de ocupação (FELDKAMP, 2008, p.69).

Embora não vinculasse diretamente o PR, os debates e a redação elaborada pelas comissões em *Herrenchiemsee* tiveram grande influência sobre as

reflexões políticas do PR. Como afirmou Adolf Süsterhenn, no Plenário em Bonn, embora não vinculados às discussões ocorridas na Baviera, seria preciso respeitar o processo de reflexão que lá foi proposto, principalmente pela capacidade de apontar as principais tarefas da nova Lei Fundamental (BAUER-KIRSCH, 2005, p.195). A influência das discussões ocorridas na ilha bávara também decorrem do fato de que seis participantes da Convenção estiveram presentes nas reuniões em Bonn: Carlo Schmid, Adolf Süsterhenn e Josef Schwalber, que tiveram direito ao voto; e, embora não votantes, mas com direito à palavra, Anton Pfeiffer, Otto Suhr e Hermann Fecht.

Entretanto, diferentemente do encontro em *Herrenchiemsee*, o Conselho Parlamentar não se autocompreendia como uma reunião com integrantes imparciais do mesmo país. No momento da elaboração do texto constitucional, a influência político-partidária foi deveras importante para as decisões que seriam tomadas¹.

Desse modo, é necessário e pertinente que, antes de ingressar diretamente nas discussões do tema deste trabalho, sejam apresentados a) os principais partidos políticos representados em Bonn e b) uma pequena biografia e vinculação partidária dos principais influentes desse processo.

Os assim conhecidos pais e mães da Lei Fundamental advieram das três zonas de ocupação ocidental da Alemanha, participando ali 65 representantes de assembleias estaduais da Alemanha Ocidental, além de cinco observadores enviados por Berlim. Tal como no Conselho Econômico de Frankfurt – conselho esse importante para os rumos políticos do Conselho Parlamentar – CDU e CSU formaram um grupo político; a FDP, o PSD e o DPV formaram o bloco dos liberais, existindo, no geral, seis grupos políticos no PR (FELDKAMP, 2008, p. 43)².

¹ É mister recordar um fato histórico que, obviamente, influenciou também a forma com a qual a liberdade e a proteção dos direitos fundamentais foram assumidos na nova ordem constitucional. Durante o tempo do Nacional Socialismo, a Alemanha, que construiu sua teoria jurídica por meio das universidades e de seus professores, em vista da pressão política exercida pelo Partido, perdeu muitos catedráticos que migraram ou não puderam mais lecionar nas faculdades de Direito. No primeiro caso, tem-se figuras como Willibald Apelt, Walter Jellinek, Hans-Jürgen Schlochauer, Erich Kaufmann (que estava na Holanda e retorna para a Universidade de Munique), Hans Nawiaski, que estava em St. Gallen e também retorna para Munique. Da nova geração, que presenciou de perto a atuação do Partido, tem-se os grandes intérpretes da LF nos anos 50, são eles: Otto Bachoff, Günter Dürig, Konrad Hesse, Werner Thieme, para citar alguns (GÜNTHER, 2004, p.66).

² Também os juízes exerceram influências sobre o PR. No processo de elaboração da LF, contata-se a pressão em evitar novas disposições constitucionais sobre a nomeação de membros ao judiciário, assim como evitar a remoção de juízes (BAUER, 2013, p.52). Para uma análise completa das influências exercidas por algumas instituições durante o PR, vide: SÖRGEL, Werner. *Konsensus und Interessen: Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes*. Opladen: Leske e Budrich, 1985, p.134-200.

Conforme Willoweit e Schlinker (2019, p. 352), mesmo com suas diferenças, com o processo de totalitarismo da zona soviética, buscou-se traduzir a ideia de uma renovação democrática antifascista. Ainda segundo esses autores, sobre o fundamento de ideias mais ou menos liberais, todos declararam a disponibilidade em trabalhar juntos, seja em vista dos traumas políticos que iniciaram com a falta de consentimento em 1933, seja em vista da emergência atual e a expectativa das potências que ocupavam a Alemanha. Além disso, havia o consenso mínimo de que os direitos de cada cidadão deveriam representar o fundamento da nova ordem liberal-democrática, e que esses deveriam estar baseados nos direitos humanos inalienáveis, na dignidade humana e nos direitos fundamentais liberais clássicos (STERN, 2019, p. 9).

Não obstante esse comum fundamento, há diferenças importantes a serem apontadas. A CDU, tal como expresso em seu ato fundacional em Frankfurt e endereçada ao governo militar em 1945, compreendeu-se como um partido formado por amigos de diferentes origens religiosas e políticas (RECKER, 2006, p.75).

Já a FDP, originalmente LDP, Partido Liberal-Democrata, atraiu pessoas e classes que não se viam representadas pelo discurso mais social da CDU e da SPD. Essa característica liberal,

[...] acabou por possibilitar à LDP (FDP) a reunião de uma burguesia antissocialista de direita formada pelos seguimentos comerciais, agrícolas e industriais das regiões protestantes, incluindo círculos conservadores e nacionalistas (SCHILLER, 2006, p.127, tradução nossa)³.

No geral, a visão dos liberais, representada principalmente pelas perspectivas de Theodor Heuss, como se verá mais adiante, fez-se presente na busca em evitar uma “sobrecarga” da Lei Fundamental no campo da proteção social, com o objetivo de coibir compromissos que pudessem ser demasiados difíceis em futuras realidades econômicas (BAUER, 2013, p.33).

No que se refere especificamente aos participantes do Comitê sobre Questões Fundamentais, Comitê esse que tratou sobre os direitos fundamentais, fizeram parte os seguintes constituintes da CDU/CSU: Hermann von Mangoldt (Presidente), Karl Sigmund Mayr, Anton Pfeiffer, Josef Schrage, Helene Weber. Da

³ „Das eröffnete der LDP die Möglichkeit, die rechtsgerichteten, antisozialistischen bürgerlichen, das heißt gewerblichen, agrarischen und industriellen Kräfte in den protestantischen Regionen einschließlich konservativer und nationalistischer Kreise zu sammeln“.

SPD participaram Ludwig Bergsträsser, Friederik Nadig, Carlo Schmid, Hans Wunderlich, Georg August Zinn. Da FPD participou Theodor Heuss; e da DP Wilhelm Heile (FELDKAMP, 2008, p. 69). Dentre essas figuras, entre outras que participaram do PR, destacam-se algumas que tiveram uma grande influência nesse processo.

Konrad Adenauer, presidente do Conselho Parlamentar e futuro Chanceler da Alemanha, graduou-se em Direito e foi prefeito de Colônia entre 1917 e 1933. Católico e crítico do nazismo, foi preso duas vezes pela Gestapo, a primeira vez em 1934 e a segunda em 1944, quando foi libertado pelas tropas Aliadas. Participou da fundação da CDU e teve importante papel de mediação entre as forças militares dos aliados e as instituições civis alemãs.

Carlo Schmid era chefe da SPD. Filho de pai alemão e mãe francesa, foi um intelectual formado em teoria do Estado e em Direito Internacional. Vivenciou pessoalmente os perigos do nacional-socialismo, quando da proibição de continuar sua carreira acadêmica como professor particular em Tübingen (BOMMARIUS, 2009, p.26-27). Participou da *Kriegsverwaltungsrat* e perdeu muitas pessoas conhecidas durante a guerra, dentre eles, seu irmão Hans-Bernd.

O Liberal Theodor Heuss, que terá um papel importante nas reflexões que se referem às concretizações fáticas dos direitos fundamentais, não cursou a faculdade de Direito. Cursou Economia Nacional em Munique e, após, trabalhou na área do jornalismo. Suas compreensões políticas possibilitaram que, em 1946, fosse - no conselho do Partido Popular Democrático de Württemberg (DVP) - eleito presidente dos partidos liberais da zona dos EUA, sendo escolhido, após, para participar do PR pela FDP (HEUSS, 2009, 15-17).

Adolf Süsterhenn, participante do CDU, nasceu e foi criado na cidade de Köln-Ehrenfeld. Desde os seus tempos de escola, teve profunda relação com associações católicas. Ele estudou ciência política, direito e economia em Freiburg im Breisgau de 1923 a 1927. Doutorou-se em Colônia em 1928. Foi juiz em Colônia e em Trier em 1931 e 1932. De 1932 a 1946 foi advogado em Colônia e Unkel. Suas ideias sobre política estatal e social foram fortemente influenciadas pela compreensão católica. Em 1945 desempenhou um papel decisivo na fundação da CDU Rhineland/Hesse-Nassau, e a partir de fevereiro de 1947 foi membro do comitê executivo da recém constituída associação regional CDU em Rhineland-Palatinate.

Compreendidos os contextos econômicos e sociais, assim como as influências partidárias e biográficas sobre o PR, passa-se agora à análise das

discussões e dos conteúdos propostos na Lei Fundamental. Os seguintes relatos e as discussões que este trabalho se propõe a trazer sobre a dignidade humana e os direitos fundamentais são mais do que descrever um debate ocorrido numa Constituinte. Esse estudo pretende analisar as reflexões que culminaram com as redações do texto oficial, possibilitando que haja um maior entendimento da compreensão que o constituinte alemão foi obtendo sobre a temática versada. De antemão, é preciso esclarecer que o objetivo deste estudo não é tratar do tema de modo jornalístico. O objetivo é relatar e refletir criticamente sobre os elementos vinculados ao tema dessa dissertação.

1.4 A OPÇÃO TERMINOLÓGICA – DIGNIDADE HUMANA OU DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Diferentemente de Constituições como a Portuguesa, a Espanhola e a Brasileira, que catalogaram expressamente a dignidade vinculada à pessoa humana⁴, na LF, por proposta do Conselho em Bonn, omitiu-se o termo pessoa do art.1º, fazendo referência à “dignidade humana” (*Menschenwürde*).

Entretanto, antes, em *Herrenchiemsee*, já no relatório da Subcomissão I, havia sido proposta a referência, ao menos indireta, à palavra pessoa por meio da expressão “personalidade”. A proposta para o artigo A estava redigida da seguinte maneira:

O Estado existe à serviço do homem, não o homem por causa do Estado. A *dignidade da personalidade humana é inviolável*. Portanto, a autoridade pública, em todas as suas formas, é obrigada a respeitar e proteger os seres humanos. Qualquer conduta de funcionários públicos ou indivíduos privados que viole este princípio poderá ser processado (BUCHER, 1981, p. 217, grifo nosso).

Não há, entretanto, nesse artigo, uma explicação direta sobre o fundamento para tal redação.

⁴ Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, lê-se no artigo 1º: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”. Na Constituição Espanhola de 1978, foi redigido no artigo 10 que “1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social”. Já na Constituição da República Portuguesa de 1976 está disposto no artigo 1º que: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Todavia, as propostas das redações para os artigos B e C corroboram a análise aqui feita. O artigo B, sem a previsão da palavra pessoa, iniciava da seguinte maneira: “Todos os seres humanos são livres”⁵. Já o artigo C dispunha expressamente que “a liberdade da pessoa é inviolável”⁶.

À luz do que está disposto no texto dos artigos A e C, verifica-se que os mesmos referem-se à pessoa em sua concretude e a sua proteção contra lesões que podem ser causadas pelo poder estatal. Tanto nas propostas aos artigos, assim como nos comentários feitos pela Subcomissão I, a redação da palavra “privado” (*Privat*) mostra-se mais relacionada à definição de pessoa em sua individualidade (BUCHER, 1981, p. 217-218). De modo diverso, nos comentários ao artigo B, não há referência às palavras pessoa e privado (*Person* e *Privat*), o que sugere que a liberdade esteja relacionada a uma compreensão mais abstrata e geral de ser humano.

Essa proposta de redação do artigo A, qual seja, da “dignidade da personalidade humana”, continuou sendo sugerida até os últimos dias da Convenção de *Herrenchiemsee*, de modo que, no fim da convenção, no projeto da Lei Fundamental (*Entwurf eines Grundgesetzes*), os artigos A, B e C foram dispostos, respectivamente - com a mesma redação - como artigos 1º, 2º e 3º (BERICHT, p. 61-62).

Conforme Hong (2019, p. 201), já no Conselho Parlamentar em Bonn, na primeira proposta de redação do Comitê de Questões Fundamentais, o texto foi modificado, retirando-se do artigo 1º a expressão Personalidade (*Persönlichkeit*) e acrescentando-a ao texto do artigo 2º, tal como hoje está disposto. Novamente, não há um fundamento teórico específico sobre a terminologia que deveria ser adotada. O que se pode afirmar é que os participantes do PR buscaram conceder à dignidade um valor central na nova ordem constitucional.

Entretanto, mesmo sem a escrita da palavra “pessoa”, a dignidade humana proposta no artigo 1º não trata somente da humanidade de uma maneira abstrata, mas de cada pessoa em sua individualidade. Na Segunda Leitura do artigo 1º do Comitê de Questões Fundamentais, foi afirmado que a liberdade do desenvolvimento da personalidade é a essência da dignidade humana. Por isso, existia a dúvida se o

⁵ Para o artigo B, tinha-se a seguinte proposta: “Todos os homens são livres. Todos são livres para fazer tudo o que não é prejudicial aos outros dentro dos limites da lei e da moralidade”.

⁶ Como proposta para o artigo C, foi redigido o seguinte texto: “A liberdade da pessoa é inviolável. Ninguém poderá ser processado, preso ou detido, exceto em casos determinados por lei e somente nas formas prescritas por lei”.

direito à liberdade e à vida deveriam ser catalogados, já que, de certo modo, a dignidade humana já conteria a proteção a esses conteúdos. Porém, como forma de abrangê-los de modo inequívoco, foi proposto por Hermann von Mangoldt o desenvolvimento da Personalidade (*Entfaltung der Persönlichkeit*), afinal, como notou Lambert Lensing da CDU, “o livre desenvolvimento [da personalidade] inclui tudo” (JöR, 1951, p.56-57).

Não obstante a falta de uma reflexão específica sobre os fundamentos da redação do artigo 1º à luz do contexto histórico e da doutrina, pode-se compreender as reflexões subjacentes à opção terminológica.

No que se refere ao contexto histórico, após a Segunda Guerra Mundial - e pode-se dizer, especificamente no PR - procurou-se encontrar pontos de equilíbrio entre as concepções morais, buscando-se compreender um ser humano à luz de “[...] las ideas del liberalismo, del socialismo democrático y del humanismo social cristiano” (DE LOS REYES, 2011, p.138), com o objetivo de evitar uma visão, assim por dizer, comunitarista ou individualista da pessoa humana.

À luz da reflexão doutrinária, como categoricamente afirmou Günter Dürig (1952, p.252), o ser humano que exsurge da Lei Fundamental não é um indivíduo isolado, mas o ser de uma realidade social e constitucional, diferindo-se daquele pensado antes da guerra. Para o jurista alemão, o conceito de pessoa estaria demasiado vinculado a um âmbito eminentemente teológico e filosófico.

Mesmo assim, segundo este autor, a palavra pessoa está subentendida no artigo 1º, pois o conceito de ser humano (*Mensch*) abrange também o conceito de pessoa, afinal, “o ser humano ‘é’ uma pessoa (indivíduo) em virtude de seu espírito, que o eleva da natureza impessoal e permite, por sua própria decisão, tomar consciência de si mesmo, determinar-se e se moldar”⁷.

Nesse sentido, a compreensão de pessoa deve ser analisada à luz da convivência humana, (DÜRIG, 1952, p. 259-260). Assim, para Peters (1953, p. 671), na esteira do individualismo, do personalismo e do coletivismo, a Lei Fundamental se mantém na linha de um personalismo mediano.

Por isso, embora a concepção liberal kantiana, como se verá mais adiante, tenha sido, assim por dizer, a concepção antropológica com mais influência sobre a

⁷ “Der Mensch ‘ist’ Person (Individuum) kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, sich selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich selbst zu gestalten”.

LF, pode-se afirmar que o seu texto não segue uma perspectiva de um liberalismo beirando ao libertarismo, qual seja, de basear-se numa visão atomista da realidade. Pelo contrário, a compreensão da LF é de uma personalidade que se desenvolve, com direitos e deveres, num sistema com outros que vivem sob um Estado Constitucional (PETERS, 1961, p. 48).

Como afirmou também Josef Marquard Wintrich (1958, p. 1), numa compreensão mais holística, a LF interpreta o ser humano em suas características elementares como corpo, alma e espírito, de modo independente de direções científicas e ideológicas, sob o valor espiritual e moral básico da dignidade humana, à luz do relacionamento de cada pessoa com outrem.

Além dele, também na esteira dos ensinamentos de Josef Isensee (1968, p.126), com a volta de um direito natural, diferentemente de uma concepção extremamente liberal, a liberdade humana não está pautada em sua total individualidade e em seu escopo absolutamente privado, mas na dignidade. A liberdade se concretiza não numa compreensão apriorística, mas na materialidade da convivência social.

Realmente, quando se analisa o conceito de pessoa, à luz da reflexão de Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (2014, p.114-115), percebe-se que tal conceito exige o reconhecimento de responsabilidade ética e moral, perante um indivíduo livre e autônomo. Desse modo, embora existam diversas formas de reconhecimento e de fundações éticas, não é possível ser pessoa sem dignidade (SALES, 2014, p.137)

Por isso, com base também nessas reflexões, não obstante a inexistência da redação do conceito de pessoa humana no art. 1º, os deveres do Estado não se encerram sob uma interpretação abstrata de humanidade (que também é fundamental para a concretização de direitos), mas sobre cada pessoa humana individualmente⁸. Desse modo, é preciso deixar assentado que cada indivíduo é portador de dignidade, não (somente) a imagem da humanidade como tal. Esse componente individual-pessoal garante os direitos básicos de maneira ampla, numa abordagem antropocêntrica (STERN, 2019, p. 4), porque é na natureza de cada ser humano que

⁸ Essa interpretação de pessoa é concebida na esteira dos direitos humanos desenvolvidos no pós-guerra. Além disso, a vinculação existente entre a dignidade humana e o direito à personalidade foi deveras tão importante para a interpretação constitucional que “a ênfase na dignidade pessoal e no valor da personalidade na Lei Básica levou a jurisprudência a reconhecer o direito geral da personalidade não contido no Código Civil, compreendo-o como parte do sistema de direito privado” (LARENZ, 1997, p.109, tradução nossa).

sua existência única é “[...] inconfundível, inaceitável, insubstituível, irrepetível” (WINTRICH, 1958, p. 2).

Por fim, como afirma Konrad Hesse (1999, p. 55, tradução nossa), a Lei Fundamental entende a dignidade a partir da compreensão de Pessoa – e, aqui, acrescenta-se novamente, não de indivíduo numa realidade atomista. Por isso, a imagem do ser humano não deve ser mal interpretada ou reinterpretada de forma individualista ou coletivista. Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem um indivíduo isolado - despojado de suas condições simples - nem uma partícula sem corpo da “massa” moderna: é a pessoa enquanto ser concreto e comunitário que deve ser analisada e interpretada.

1.5 O COMPROMISSO COM OS DIREITOS HUMANOS E A PONTE COM A DOUTRINA DO DIREITO NATURAL

Após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos buscou propiciar uma verdadeira cooperação entre os Estados, garantindo uma efetiva proteção a toda pessoa humana. Para Barak (2015, p. 34), a novidade desses direitos está no fato de que não se fundamentam num direito natural cosmológico, teológico, ou ainda, num jusnaturalismo moderno, mas no reconhecimento legal de direitos que devem ser base da ordem democrática.

Embora os direitos humanos presentes na Declaração Universal da ONU não sejam normas jurídicas com força vinculativa, o valor integrativo presente nessa declaração traz à tona a compreensão de que a participação e o reconhecimento dos Estados na comunidade internacional estão sujeitos ao respeito pelos direitos ali dispostos (EBERHARDT, 2009, p.163).

Não obstante o compromisso com esses direitos catalogados a nível internacional, houve debates significativos na preparação da Lei Fundamental sobre a base ética e teológica dos direitos fundamentais. Por isso, é preciso trazer as discussões que tratam da recepção ou não dos conteúdos do direito natural ou jusnatural na Lei Fundamental, para, então, analisar a influência e a recepção da Declaração da ONU no processo de elaboração da LF.

Como já afirmado, embora houvesse uma preocupação consensual da necessidade da vinculação jurídica aos direitos fundamentais, houve certas tensões nas discussões sobre o fundamento dos mesmos. Tal como nas disputas históricas já

ocorridas, os debates sobre esses fundamentos eram pautados principalmente sobre a concepção de i) *imago-Dei*; II) a ideia de um iluminismo moderno, III) assim como também sobre o direito positivo (SANDKÜHLER, 2014, p. 209).⁹⁻¹⁰

Essas discussões ocorrem, pois, além de questões de cunho filosófico e religioso, é preciso lembrar que, diferentemente da França - onde a meta era, primordialmente, o funcionamento do sistema político - na Alemanha, após o governo de Hitler, a LF emerge não somente por meio de um requisito constitucional, mas também ético, o que acarretou na influência de teorias morais nesse processo (GROSSER, 1979, p.196).

À luz desse contexto, o primeiro questionamento que se apresenta é sobre a necessidade ou não de catalogação dos direitos fundamentais. Embora o projeto dos bávaros para a Lei Fundamental já tenha catalogado uma lista taxativa de direitos de liberdades clássicas e de direitos dos cidadãos (BUCHER, 1981, p. 44-45), o Conselho Parlamentar trouxe algumas reflexões de que seria possível redigir uma LF sem uma lista expressa de Direitos Fundamentais. Conforme Denninger (2011, p. 398), os constituintes alemães possuíam como referência os clássicos textos de direitos humanos, como a Virginia Bill of Rights (1776), os direitos dos cidadãos da Revolução Francesa (1789), além da Constituição da Igreja de São Paulo (*Paulskircheverfassung*) de 1849, (Jör,1951, p. 42).

Sobre esse tema, no Conselho Parlamentar em Bonn, houve importantes contribuições a essa discussão.

O liberal Theodor Heuss, de modo preliminar, refletiu com os outros parlamentares se os direitos fundamentais deveriam ser de caráter declaratório ou possuir uma vinculação jurídica (SANDKÜHLER, 2014, p. 200):

Os direitos fundamentais devem ser declaratórios ou juridicamente vinculativos? Isto deve estar claro desde o início. A questão é: os direitos fundamentais devem ser declarações de crença, às quais estamos aqui reunidos, ou queremos dar ao cidadão direitos práticos e legais na vida civil que sejam exigíveis? (Der Parlamentarische Rat, 1993, p.9, tradução nossa).¹¹

⁹ Não obstante existir certo consenso sobre o significado do termo *Positivismo*, ou seja, conteúdos e deveres fundados sob uma norma jurídica, é preciso lembrar que há diversas divergências teóricas dentro dessa mesma compreensão. Para maior aprofundamento sobre o tema, vide: OOT, Walter. *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, p.99-100.

¹⁰ Além das questões históricas, houve também a influência evangélica e católica nas formulações da LF. Essa influência ocorreu tanto por meio dos membros partidários, como por meio de cartas episcopais. Para maiores detalhes vide: BOMMARIUS, Christian. *Das Grundgesetz – Eine Biografie*, 2009, p.189 ff.

¹¹ “Sollen die Grundrechte einen deklaratorischen oder aber einen juristisch verbindlichen Charakter haben? Darüber müsste man sich von anfang an klar sein. Die Frage ist: Soll es sich bei den

Dessa pergunta, adveio a resposta peremptória de Carlo Schmid, segundo o qual seria necessário um catálogo para que houvesse uma vinculação jurídica aos tribunais. Desse modo, cada cidadão poderia requerer seu direito, protegendo uma reclamação legal e específica em vista de salvaguardar a sua liberdade (SANDKÜHLER, 2014, p. 201).

Mesmo com essa percepção da necessidade de normas jurídicas com força vinculativa, perpetuava-se a discussão sobre as características de uma lei natural com conteúdos baseados na ética cristã. Nesses debates, a influência partidária, principalmente da CDU, não deve ser subestimada, pois, como se lê, à época de sua fundação em 1945, o partido não precisaria ter um nome cristão, mas deveria ser absolutamente baseado no cristianismo (RECHER, 2006, p. 75). Bauer (2013, p. 52, completa ao dizer que, além dessa influência partidária, outra questão conjuntural que deve ser levada em conta é a influência da própria Igreja, por meio de cartas enviadas por muitos bispos diocesanos, por exemplo.

Entretanto, apesar dessa influência acima relatada, na quarta reunião do Comitê de Questões Fundamentais, em 23/09/1948, o liberal Theodor Heuss (Jör, 1951, p. 48) expressou sua opinião com base numa reflexão mais positivista, afirmando que não acreditava num direito natural que possuísse direitos inerentes, rejeitando a ideia de direitos fundamentais como direitos pré-estatais fundados sobre um Direito Natural. Para ele, a discussão deveria se pautar na busca por direitos fundamentais clássicos em uma real vinculação jurídica (HONG, 2019, p.204).

Porém, mesmo defendendo a necessidade de um catálogo de direitos, Theodor Heuss percebe a dificuldade de interpretar os conteúdos jurídicos, principalmente no que tange o conceito da dignidade humana. É dessa dificuldade interpretativa, que no debate da Terceira Reunião do Comitê de Questões Fundamentais, Heuss formula a famosa frase: “A dignidade humana é uma tese não interpretável”. Nessa mesma ocasião, expressou sua vontade de catalogar na primeira frase algo mais geral, começando pela dignidade humana, com a possibilidade de ser

Grundrechten um Bekenntnisse handeln, zu denen wir uns hier zusammenfinden, oder wollen wir dem Staatsbürger im bürgerlichen Leben praktisch-juristische handhaben geben, die einklagbar sind?”.

interpretada à luz de uma compreensão teológica, filosófica e também ética (SANDKÜHLER, 2014, p.204)¹².

Contribuindo para o debate, ponderou Carlo Schmid, conforme anotação de Sandkühler (2014, p.204), que não se tratava de procurar num fundamento filosófico do direito natural os direitos e situações dispostas pela natureza. Para ele, tratava-se de compreender, numa perspectiva histórica, que o desenvolvimento da compreensão alemã mostra que não se vive abaixo de um padrão de liberdade que garanta às pessoas o controle dos poderes do Estado.

No que se refere especificamente às propostas de redação do PR, para o Comitê de Questões Fundamentais em Bonn, o artigo 1º deveria ser redigido do seguinte modo: “(1) A dignidade humana é protegida pela ordem do Estado. (2) Ela é fundada nos direitos eternos, que o povo alemão reconhece como a base de toda a comunidade humana”¹³. Na Quarta Reunião Constituinte, foi proposta outra redação: “A dignidade do homem se fundamenta nos direitos eternos, que são inerentes de cada pessoa” (JöR, 1951, p. 48, tradução nossa)¹⁴.

Além dessas, na formulação 203 das Comissões Especiais, de 18 de Outubro de 1948, lê-se como proposta de redação para o Artigo 1º: “Respeitar e proteger a dignidade humana é uma obrigação sagrada de toda a autoridade do Estado”¹⁵. Entretanto, como afirma a própria página oficial que demonstra a compilação da LF, é de se questionar, se uma expressão menos sacra não seria mais viável no lugar da palavra “sagrada”, afinal, não obstante se reconhecer o conteúdo ético e teológico que traz o conceito de dignidade humana, discordou-se de catalogar tal palavra, com o fundamento - embora questionável - de que a religião não concederia direitos de liberdade que estão na LF (LEHNIG, 2003, p.11). Além dessa

¹² Afirmar que a dignidade humana é uma tese não interpretável, é compreensível na medida em que a dignidade “[...] é legalmente reconhecida como razão e objetivo da ordem estatal, constituindo, no entanto, o seu ponto de partida inquestionável e, por conseguinte, indefinido” (ENDERS, 1997, p.412). Porém, Matthias Mahlmann (2008, p.246) critica essa expressão, pois, na medida em que o PR, como se verá adiante, concebe alguns conteúdos a essa norma como a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade, afirmar que a dignidade humana não é interpretável, significa sustentar que os conteúdos dela extraídos também são ininterpretáveis. Segundo Mahlmann, isso não se mostrou verídico, pois, principalmente, na jurisprudência do TCF, foram assentados pressupostos e conteúdos específicos ao art.1º da LF.

¹³ “Die Würde des Menschen steht im Schutze der staatlichen Ordnung. (2) Sie ist begründet in ewigen Rechten, die das deutsche Volk als Grundlage aller menschlichen Gemeinschaft anerkennt”.

¹⁴ „Die Würde des Menschen ruht auf ewigen, einem Jeden von Natur aus eigenen Rechten”.

¹⁵ „Die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, ist heilige Verpflichtung aller staatliche Gewalt”.

proposta, houve outra que também fazia alusão a termos teológicos: “Respeitar e proteger a dignidade humana é uma obrigação sagrada de toda a autoridade do Estado” (DREIER, 2013, p.175, nota de rodapé, tradução nossa)¹⁶.

A rejeição a essas redações tinha fundamentos históricos e filosóficos. Afinal, qual o conceito de Direito Natural estariam os parlamentares discutindo ou, ainda, qual o conteúdo dessa concepção de direito?

Quando se faz um retorno histórico¹⁷ ao termo, muitas seriam as definições, seja em vista de uma compreensão biológica, seja em vista de uma concepção idealista¹⁸. Já na Era Antiga, o entendimento do termo “natureza” possuía determinadas noções que se diferenciavam entre si. Na filosofia aristotélica, por exemplo, a palavra *physis* possuía caráter polissêmico, além também de estar relacionada à ideia de substância, à época, traduzida por *ousia*.

Já na modernidade, para Sarlet, o pensamento jusnaturalista sustenta um processo de racionalização e secularização (2019, p.367)¹⁹. Segundo o entendimento de Laland (1996, p.668, tradução nossa)²⁰, para Francis Bacon e René Descartes, expoentes desse período, a ideia de natureza se estabelecia, principalmente, como um conceito que define “cada uma das propriedades constitutivas de um corpo [...]”.

E após a Segunda Guerra mundial - sem falar em tantas outras concepções - o problema interpretativo se agrava, na medida em que, com a decepção dos rumos tomados pelos governos e pela política, é difícil perceber sobre qual das concepções de direito natural estariam os parlamentares falando. Entende-se que após 1945, com

¹⁶ “Die Würde des Menschen ist begründet in ewigen, von Gott gegebenen Rechten”.

¹⁷ Para um maior aprofundamento na evolução da compreensão de dignidade humana no ocidente, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 31-48; BARAK, Aharon. *Human Dignity – The Constitutional Value an the Constitutional Right*. Cambridge: 2015, p.15-32; BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade humana no direito constemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.13-19.

¹⁸ O naturalismo ético afirma que a via moral não é nada mais que o prolongamento da via biológica (LALANDE, 1996, p.666). Não buscando entrar em discussões que não são da seara desse trabalho, mas, propondo apresentar a problemática aqui presente, é preciso relembrar que há uma dificuldade intrínseca entre um idealismo na concepção de ser humano, assim como numa ideia naturalista. “Le vrai idéalisme ne diffère pas du vrai naturalisme, parce que c’est na nature même qui arrive à penser l’ideal et à réaliser em le pensant” (FOUILLÉE, p.340 apud. LALANDE, 1996, p.666).

¹⁹ Para um maior estudo sobre o tema secularização, vide, por todos: SOUZA, Draiton Gonzaga de. Religião e sociedade pós-secular no pensamento de Habermas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v.7, n.3, p.278-284, set./dez. 2015.

²⁰ Na modernidade, a compreensão jusnatural tem consideráveis diferenças entre os autores dessa época. Se para Rousseau, a ideia de direito natural é proposta como a independência - a afirmação do indivíduo -, para Locke há uma projeção paradisíaca dessa realidade, e, ainda para Hobbes há uma condição, como que, “infernai” do ser humano (GOYARD-FABRE, p.247-248, 1996).

o desencantamento do mundo político e econômico, buscou-se sair da convicção de que o Estado e o Direito são fins em si mesmos, de modo que, como peremptoriamente afirmou Luís Cabral de Moncada (1945, p. 326), o homem europeu “[...] volta a crer em valores absolutos, superiores e anteriores ao fluxo das contingências históricas, e constituindo um cosmos axiológico sobreposto aos caprichos da sua vontade e às fantasias de seu intelecto”.

Entretanto, mesmo nessa busca por uma maior absolutização de valores, há controvérsias sobre quais perspectivas deveriam ser adotadas. O também professor português, António José Brandão (1945, p.381), ao comentar as reflexões de Moncada, afirma que, embora se conheça dos direitos Naturais de Agostinho, Santo Tomás de Aquino e também Suárez, em 1945, essas ideias já eram representadas pelo existencialismo e a axiologia fenomenológica, baseados, portanto, numa perspectiva laica e não confessional ²¹⁻²².

Com essa gama de significados – e embora houvesse o receio de o direito positivo significar que o Estado estaria constituindo direitos, correndo o perigo de se esquecer que o Estado, como afirmou Adolf Susterhenn, é submisso ao direito e não fonte (ao menos absoluta) dele (*Parlamentarischer Rat*, 1951, p.55) -, prevaleceu a

²¹ Essa polissemia dos termos, propiciou que uma compreensão relacionada ao positivismo fosse a mais viável para garantir a vinculação aos direitos fundamentais. Quando se analisa o período do século XX, percebe-se uma grande gama de reflexões e concepções antropológicas. Max Scheller e Helmuth Plessner por exemplo, foram grandes influenciadores das novas concepções antropológicas que surgiram. “Scheller redefined the field by seeing humans as ‘bearers of spirit’ (*Träger des Geistes*) and capable of sublimating empirical biological conditionings. Plessner showed that humans relate to different ‘spheres’ (*Umfeld, Umwelt, Welt*) and are able to adopt an ‘eccentric positionality’ to distance themselves from immediate physiological needs, reflect on their historical meaning, and project their own development. [...] On the other hand, one finds Max Horkheimer and Theodor Adorno. Horkheimer attended Scheller’s lectures in Frankfurt but advanced his own approach based on the materialism of Feuerbach and Marx. Adorno joined Horkheimer and led a critical reaction to Gehlen, questioning his reduction of humanity to biology, pointing out that institutions are often used to oppress humans, and insisting that humans are shaped by dialectical historical processes” (NASCIMENTO, 2019, p.293).

²² Quando se analisa a Alemanha de modo particular, já em 1936, sob o fundamento de uma teoria do direito natural cristão, proclama Heinrich Rommen, em sua obra *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, o retorno do direito Natural (*die Gegenwart die neue Wiederkehr des Naturrechts*). Em 1949, Günther Küchenhoff lança sua obra *Naturrecht und Christentum*, onde afirma que o ser humano só pode ser compreendido à luz de um fundamento metafísico e, como consequência, também o direito deve ser estudado sobre essa ótica. Após o tempo do Nacional Socialismo também estava presente a desconfiança que fora explanada por Gustav Radbruch, em seu artigo ao *Süddeutsche Juristenzeitung*, em 1946. Nesse artigo, que de certo modo, moldou a reinterpretação dos acontecimentos vivenciados entre 1933 e 1945, o autor alemão formulou a famosa compreensão da possibilidade de haver “leis injustas”, afirmando que a ideia de que a lei é lei não conheceu restrições, não havendo a compreensão dos atores políticos da barbárie que estava acontecendo à época do Nacional-Socialismo Para maiores discussões, vide: WÜRTENBERGER, Thomas. Wege zum Naturrecht in Deutschland: 1946-1948, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 38, n. 1, set. 1949, pp. 98 ss.

compreensão da necessidade de se concretizar os direitos fundamentais como normas diretamente aplicáveis. Assim, deduz Von Mangoldt (1949, p.276), poder-se-ia requerer e concretizar as normas, vinculando todos os poderes do Estado, incluindo o legislativo, restando claro o limite da intervenção dos poderes públicos (GRAWERT, 2010, p. 510)²³.

Com essas ponderações, a ideia de um direito natural ou *jusnatural* não foi totalmente recepcionada. Até porque, como afirmou Josef Isensee (2006, p.176), o direito suprapositivo não é uma fonte para o direito, mas uma fonte de conhecimento para o direito, o que implica um conteúdo da dignidade humana e dos direitos fundamentais analisados à luz do sistema jurídico constitucional. Ou seja, inobstante o reconhecimento da influência da concepção de direito natural sobre a definição de dignidade humana, o conteúdo dessa é pautada pela compreensão que o legislador constituinte, por meio da norma positiva, concede a esse conceito.

Por isso, nessa discussão entre direitos naturais e positivos, como afirmou o jurista alemão Rolf Grawert (2010, p. 508), à luz da pergunta se a LF se baseia somente num direito positivo ou se também concebe direitos pré-estatais, pode-se afirmar que já no art. 1º tal resposta foi analisada. Por um lado, pelos direitos humanos invioláveis e inalienáveis e, por outro lado, pelos direitos fundamentais subsequentes e catalogados positivamente.

Não definindo a discussão, mas deixando assentado o entendimento desse trabalho, o que se pode afirmar, à luz das propostas de redação que foram renegadas pelo PR, é que foi rejeitada pela maioria uma determinada narrativa filosófica ou teológica da dignidade na Lei Fundamental (GUTMANN, 2010, p. 3).

Desse modo, buscando contemplar uma interpretação que incluía essas considerações, pode-se afirmar com Denninger (2011, p.400) que, subjacente a essas discussões, buscou-se garantir que (i) a inviolabilidade da dignidade humana tivesse uma validade direta sobre os estados federais e fosse fonte de todos os direitos fundamentais; (ii) o receio de que se pudesse modificar a LF como ocorreu durante o Nacional-Socialismo, fez com que os parlamentares buscassem conceber esses

²³ Em vista da preocupação com o caráter polissêmico do conteúdo que poderia existir numa compreensão de direito natural ou *jusnatural*, não era infundada a inquietação com a aplicação de tais conteúdos pelos juízes. Walter Mallmann em seu artigo de 1951 intitulado “... *la bouche qui prononce les paroles de la loi?*” (JuristenZeitung, p.246, n.7/8), preocupa-se com o poder político dos juízes, tal como ocorrera em Weimar. Ele se inquietava com o fato de que os juízes poderiam utilizar uma concepção de direito natural de caráter teológico ou confessional, impondo as suas concepções de justiça sobre as redigidas na lei pelo legislador.

direitos como pré-estatais; e optou-se por (iii) evitar que a interpretação de um direito natural pudesse sobrecarregar as interpretações da LF.

No que se refere especificamente à proclamação de Direitos Humanos da ONU, embora o documento seja a afirmação de uma ética e de valores de cunho universal (PIOVESAN, 2018, p. 229), ao não se fundar sobre uma específica religião ou fundamento teórico, mas sobre um promissor consenso entre os Estados, a declaração promove a recepção do conteúdo legal desses direitos na ordem interna. Ainda que o conteúdo dessa declaração não possua força jurídica vinculante, o seu impacto, também na interpretação constitucional, não deve ser subestimado (STERN, 1988, p.16).

Na elaboração da Lei Fundamental, os principais fundamentos para a recepção do catálogo de direitos humanos foram a) a busca pela maior proteção de cada pessoa humana e b) a busca pela inserção da futura Alemanha ocidental na ordem política mundial.

Indubitavelmente, a Declaração da ONU de 1948 inaugura uma nova ordem de proteção à pessoa humana, principalmente no que se refere à dignidade humana. De fato, como percebeu Hermann von Mangoldt no Conselho Parlamentar em Bonn, havia uma estreita relação entre o projeto de reconstrução da Alemanha e os direitos humanos dispostos na declaração (EBERHARDT, 2009, p.166).

Quanto à inserção da futura Alemanha ocidental no cenário internacional, segundo Adolf Süsterhenn, na Segunda reunião do Plenário em Bonn, conforme anotações de Eberhardt (2009, p. 165; 172), os direitos humanos seriam requeridos e estendidos a todas nações e povos, o que, de um modo geral, serviu como autoridade e orientação internacional ao Conselho Parlamentar.

De fato, essa aplicação seria um dos centrais requisitos para a legitimação de um Estado, o que permitiria que cada indivíduo pudesse ser qualitativamente mais reconhecido como um sujeito jurídico de direito internacional (DREIER, 2004, p.59). Além disso, como afirma Zippelius (1995, p. 51), os direitos humanos podem ser vistos como fundamentos para a justiça e a paz nas relações internacionais, assim como diretrizes para a conduta dos órgãos estatais.

Embora não haja um fundamento direto a uma lei natural na LF e exista, assim por dizer, essa recepção legal dos direitos humanos no conteúdo da dignidade humana e dos direitos fundamentais, as compreensões morais terão grande influência

na reflexão desses direitos, cabendo ressaltar aqui a importância da doutrina de Immanuel Kant.

1.6 A INFLUÊNCIA DE IMMANUEL KANT

A compreensão deontológica da realidade advém de um processo de construção da modernidade. Se antes a ação humana era guiada pela virtude, na compreensão moderna e liberal, como relembra Giorgio Agamben (2013, p. 123), o agir passa a ser fundamentado em deveres que independem das virtudes humanas, afinal, na compreensão moderna, o ser humano constitui-se de uma natureza má ou acaba sendo influenciado pela realidade de um mal social. Veja o que diz Agamben (2013, p. 123):

Se a ontologia na tradição da filosofia clássica tem caráter substancial, no sentido que o ser implica um denotativo entre as palavras e as coisas, o imperativo, como forma primitiva do verbo, pressupõe uma outra ontologia, que pretende referir-se não ao mundo 'como é', mas como 'deve ser'. Nesse sentido, apesar da identidade entre as duas formas, 'ele caminha' e 'caminhe', *esti* e *estõ são* – ou pretendem ser – do ponto de vista ontológico essencialmente heterogêneos.

A marca da modernidade deontológica advém de Immanuel Kant que, com seu imperativo categórico, exige que toda a ação humana seja pautada numa moral processual, na qual o ser humano não é tratado como meio, mas como fim das ações do Estado e de cada pessoa. Não há, portanto, um fundamento estatal ou social. Em Kant, cada pessoa, por possuir autonomia, é um fim em si mesma. Como afirma Barak (2015, p. 26), no âmbito jurídico, isso permite que cada indivíduo, respeitando a liberdade alheia, tome suas próprias decisões e busque seus objetivos pessoais e não os da sociedade.

Com base nesses fundamentos, após a segunda Guerra Mundial, em vista também do processo moral e civilizatório presentes na doutrina kantiana, a reflexão deontológica adentra o discurso político e jurídico.

Porém, antes, é de extrema importância lembrar que moralidade e legalidade são distinguidas na teoria kantiana. Desse modo, cabe aqui a ressalva feita por Josef Isensee (2011, p. 54) de que a Lei Fundamental não faz uma apropriação da filosofia da dignidade em Kant. O que ocorre é que essa lei, no caso a Lei

Fundamental, recepciona alguns conteúdos dessa teoria moral e a insere num sistema jurídico com fundamentos e limites próprios.

Feita essa ressalva, em relação especificamente à dignidade humana, pode-se indicar, entre outras, três razões principais para a influência do filósofo de Königsberg na Lei Fundamental da Alemanha: I) as influências morais que exerceram os direitos humanos sobre a compreensão de dignidade humana; II) a compreensão cosmopolita, que, evidentemente, busca, no diálogo entre os Estados, evitar uma *potestas* estatal arbitrária; III) a busca de uma compreensão liberal de ser humano que fosse capaz de evitar uma visão comunitária e partidária da realidade, tal como ocorrido no tempo do Nacional-Socialismo e que estava ocorrendo, naquele momento, na zona oriental soviética.

No que se refere ao primeiro ponto, a compreensão de direito natural kantiano vai ao encontro da nova proposta de direito perante o Estado. Como já afirmado anteriormente, na construção da nova Lei Fundamental, buscou-se garantir direitos que, não obstante catalogados, fossem reconhecidos como inalienáveis, intangíveis e pré-estatais, recepcionando, na interpretação constitucional da dignidade humana, conteúdos morais, conforme asseveram Willoweit; Schlinker (2019, p. 361).

No que se relaciona à visão cosmopolita, para Geddert-Steinacher (2000, p. 30), a inclusão da dignidade humana na LF também quis expressar a vontade de regressar à comunidade internacional e de se reconstituir com base na proteção dos direitos humanos.

Quanto à concepção, assim por dizer, comunitarista da realidade, que existiu durante o nacional socialismo e que estava ocorrendo na zona soviética - embora haja razoáveis críticas à compreensão liberal de Kant - o fato é que a sua teoria *apriorística* possibilitou que, depois de um momento de injustiça e de busca pela destruição de uma raça, a proteção humana fosse fundamentada numa perspectiva universal. Com essa compreensão, por meio de sua inviolabilidade e inalienabilidade, contrapõe-se a qualquer tentativa de ferir a pessoa humana, tanto em contextos passados, quanto no presente (ROSEN, 2012, p. 79).

De fato, o respeito ao ser humano não se fundamenta nos comportamentos concretos ou nas características pessoais. O conceito transcendental kantiano, ao ser abstrato e não contingente, impede que a dignidade de cada pessoa seja maculada por consequências fáticas (BÜHRER, 2020, p. 31).

Assim, mesmo com as devidas (e necessárias) críticas que pesam sobre a ética procedimental kantiana e a falta de conteúdos concretos em sua teoria, a capacidade de proteger cada pessoa individualmente e em qualquer situação faz com que o imperativo categórico tenha seu valor enquanto fundamento para proteção jurídica. É com Kant que a dignidade se mostra como “[...] prerrogativa apriorística, presente em todos os que a detém em igual medida, tornando-a pedra angular do princípio da igualdade ou isonomia e da defesa do antiprivilégio” (NETO, 2013, p.15). Por meio dessa compreensão apriorística, evitar-se-ia decidir entre vidas dignas e indignas, vedando-se ao Estado o poder de definir, à luz de uma antropologia totalmente empírica, quem poderia ou não participar da comunidade estatal (GEDDERT-STEINACHER, 2000, p. 30).

Na esteira do que afirma Otfried Höffe (2019, p.286),

[...] na sua doutrina jurídica, Kant fala na produção e na base de uma lei natural e, conseqüentemente, de um princípio moral jurídico tanto sobre o “meu e teu” interior, ou seja, um suposto direito inalienável que corresponde à sua função segundo o critério dos direitos humanos, como sobre o direito privado como o “meu e teu” exterior, além do direito público tridimensional, o direito estatal, o direito internacional e o direito civil mundial.²⁴

É com esses fundamentos que se interpreta a intangibilidade da dignidade descrita no art. 1º. Como afirmou Carlo Schmid (DEUTSCHER BUNDESTAG/BUNDESARCHIV, 1993, p. 70), a dignidade é uma barreira absoluta que se levanta contra qualquer fundamento e razão dos poderes do Estado.

Por isso, a doutrina kantiana é tão plausível nesse momento histórico, pois na LF, a dignidade humana é um valor inerente de todo indivíduo, de modo que, entre tantos outros fatores, o seu substrato biológico (também, mas não só) já concede à ela, por meio do seu existir, diversas exigências ao poder estatal (MÜLLER-TERPITZ, 2009, p. 7). Conforme Herdegen (2009, p.10), abstrai-se, portanto, de características concretas, para a compreensão de uma ética do dever para uma humanidade enquanto toda uma espécie, não podendo ela ser objeto de ideais partidários, governamentais e econômicos.

²⁴ “Kant spricht in seiner *Rechtslehre* im Ausgang und auf der Grundlage eines Naturrechtlichen, folglich sittengesetzlichen Rechtsprinzip sowohl über das inneres Mein und Dein, nämlich ein angerobenes, unveräußerliches Recht, das seiner Funktion nach dem Kriterium für Menschenrechte entspricht, als auch über das Privatrecht als dem äußeren Mein und Dein, ferner über das dreidimensionale öffentliche Recht, das Staatsrecht, das Völkerrecht und das Weltbürgerrecht”.

Além dos pontos acima citados, vale ressaltar que sua compreensão moral também possui implicações coletivas e políticas, especificamente na esfera da legitimação democrática (ZIPPELIUS, 1989, §9). Sob à compreensão de autonomia, constrói-se o Estado de Direito fundado por uma Constituição (UNRUH, 2002, p.8), onde todos possuem uma igualdade em sua competência moral e em sua dignidade. Esse caráter intersubjetivo e relacional, como relembra Ingo Sarlet (2019, p. 62), é o que a doutrina kantiana sugere ao sublinhar “[...] inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito na comunidade dos seres humanos”.

Essa nova proposta de proteção da LF, como se verá no próximo ponto, exige que o Estado tenha a sua existência pautada na proteção e na defesa do ser humano.

1.7 O ESTADO EXISTE EM FUNÇÃO DO SER HUMANO E NÃO O OPOSTO

A famosa expressão de que o “Estado deve servir ao ser humano” - princípio orientador do processo constituinte - foi proferida peremptoriamente pelo parlamentar Adolf Süsterhenn, membro do partido da União Democrata-Cristã (CDU), na segunda reunião plenária do Conselho Parlamentar (Jör, 1951, p. 45). Essa frase sintetiza um processo histórico de reflexão após a queda do regime nazista.

Como visto acima, a garantia da dignidade humana foi a principal resposta ao injusto regime do nacional-socialismo (FROTSCHER; PIEROTH, 2019, p. 402). Afinal, após a Segunda Guerra Mundial, a percepção política era de que o dever do Estado em proteger os Direitos Fundamentais havia falhado.

Em Weimar, como afirmou Ernst Rudolf Huber (1981, p.96), os direitos fundamentais também tiveram sua função tradicional, qual seja, de proteger a população contra as ingerências do poder público. Entretanto, além de problemas não previstos em torno da gerência institucional para a minoria no Parlamento, entre outros problemas conjunturais, ficou claro que a ideia de reserva legal proposta na Constituição de Weimar fez com que os conteúdos de proteção dos direitos fundamentais ficassem a mercê da compreensão democrática. Como afirmou o próprio Hermann Heller (1931, p.86), em vista dos conteúdos deveras abertos à interpretação legal, os direitos fundamentais estiveram sujeitos aos valores presentes no povo. Realmente, a compreensão dos direitos fundamentais em Weimar era de tal maneira controversa e, muitas vezes – não sempre! – dependente da reserva legal,

que havia a dúvida se realmente os três poderes, especialmente o legislativo, estariam diretamente vinculados aos direitos fundamentais (MIKAEL; MORLOK, 2017, p.38)²⁵.

Por isso, na formulação da LF, afirmar que o Estado existe em função do ser humano significou, para os constituintes alemães, a opção por i) vincular todos os poderes do Estado aos direitos fundamentais e ii) garantir que pudesse haver a proteção jurisdicional quando da violação desses direitos.

Como relata Christian Bommarius (2009, p.172), as perguntas feitas durante esse processo Constituinte foram perguntas de poder. E foi justamente essa a entonação que foi posta pelos parlamentares.

Na proposta à LF, elaborada pelos Bávaros em *Herrenchiemsee*, já havia sido disposto que, quando da previsão constitucional da reserva de lei a um direito fundamental, esse direito não poderia ser restringido em sua essência. A forma primordial de proteger concretamente esses direitos foi garantir - quando da violação desses - o direito à reclamação a um poder do Estado. Essa proteção ocorreria pela assim conhecida Reclamação Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) ao futuro Tribunal Constitucional (*Verfassungsgericht*), reclamação essa que poderia ser requerida por qualquer cidadão ao Poder Judiciário

Também na Subcomissão I da Convenção em *Herrenchiemsee*, a proposta ao artigo primeiro iniciava com o fundamento de que o Estado existe para o bem do homem e não o homem para o bem do Estado (BUCHER, 1981, p. 227)²⁶, devendo o Estado estar comprometido com as reivindicações e as defesas de cada indivíduo, (HERDEGGEN, 2019, Art. 1, §4º). Ao ler-se as perspectivas históricas dos integrantes em *Herremchiemsee*, percebe-se que era uma intuição geral de que todos os poderes do Estado deveriam estar vinculados aos direitos fundamentais catalogados na LF.

Segundo o documento, desde o século XIX, a compreensão de direitos fundamentais era de que a sua proteção seria majoritariamente contra a administração pública por leis emanadas do legislativo, afinal, enxergava-se na lei a garantia real da liberdade e se considerava que apenas uma vinculação da administração seria

²⁵ Para maiores discussões sobre o tema, vide: GROHN, Kathrin. *Demokratische Staatsrechtler in der Weimarer Republik*. v.197. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010; HUBER, Ernst Rudolf. *Deutscheverfassungsgeschichte*. v. 6 e 7. Kohlhammer, 1981.

²⁶ Conforme Peter Häberle (2009, p.84), dizer que o Estado existe em função dos homens, não significa que ao ser humano é possível a utilização de qualquer *potestas sem fundamento*. Por isso, a dignidade humana se torna um fator crucial, pedra angular. De fato, “ela constitui o ‘ponto de referência de Arquimedes’ de todas – também necessárias no Estado constitucional – derivações e conexões de poder. ‘Poder do povo’ (pelo povo e para o povo) é apenas pensado num Segundo estágio de pensamento”.

necessária para concretizar a garantia dos direitos civis. Entretanto, com os últimos acontecimentos, percebeu-se que a verdadeira garantia de direitos e limites ao poder do Estado deveriam estar previstos em nível constitucional, de modo que a proteção à dignidade humana e os direitos fundamentais não deveriam ser redigidos somente sob uma perspectiva programática (BUCHER, 1981, p. 512).

De fato, a compreensão de que “o Estado deve servir ao ser humano” estava tão interligada com a concepção de respeito e cuidado, que se chegou ao consenso, após a sugestão de Josef Beyerle (CDU), de que essa expressão seria desnecessária após a redação da palavra intangibilidade (HONG, 2019, p.185).

Porém, para a Convenção – tal como já proposto pelo projeto dos bávaros - garantir os direitos fundamentais e um Estado pautado na proteção da pessoa humana só poderia ser possível por meio de uma Lei Fundamental que concebesse um forte Tribunal Constitucional, tal como havia sido realizado em nível estadual pela Constituição da Baviera (WALTER, 2017, p. 39).

Nessa seara de reflexões, também no Conselho Parlamentar em Bonn – tal como havia sido apresentado pelos Bávaros a pela proposta à LF em *Herrenchiesee* - houve uma i) preocupação efetiva em garantir que existisse uma vinculação jurídica capaz de efetivar a dignidade humana e os direitos fundamentais, assim como ii) concretização da garantia de uma reclamação constitucional quando os cidadãos tivessem seus direitos fundamentais violados.

Referente à vinculação aos poderes do Estado, em Bonn, Theodor Heuss (2009, p. 49)²⁷ e Carlo Schmid tiveram grande preocupação sobre o tema. Desse último, conforme anotações de Werner (1996, p. 37, tradução nossa), é digno relemburar seu entendimento de que

[...] o Estado não deve ser capaz de fazer tudo o que for conveniente para ele, sob a dependência das disposições do legislador. Antes, o ser humano deve ter direitos, dos quais o Estado não deve ser capaz de dispor (WERNER, 1996, p.37, tradução nossa)²⁸.

²⁷ Como lembrou Theodor Heuss, na preparação da Constituição de Weimar, segundo a proposta de Hugo Preuss, poderia haver uma constituição sem o catálogo de direitos fundamentais. Entretanto, à época, essa proposta foi modificada pela influência de Friedrich Naumann. Mesmo assim, como afirmado acima, a concepção de direitos fundamentais foi falha, pois não possuíam uma ideia vinculativa. Na verdade, os seus direitos fundamentais tinham, como que, uma tarefa moral de integrar o Estado por meio da consciência popular (*die moralische Aufgabe der Integration dieses neuen Staats im Volksbewußtsein*) (HEUSS, 2009, p.68).

²⁸ “[...] der Staat soll nicht alles tun können, was ihm gerade bequem ist, wenn er nur einen willfährigen Gesetzgeber findet, sondern der Mensch soll Rechte haben, über die auch der Staat nicht soll verfügen können”.

Ou seja, buscou-se atribuir a essa norma a compreensão de que a dignidade humana - e isto também se estende aos direitos fundamentais - não deveria(m) ter apenas um caráter ornamental, mas ser a expressão de uma convicção comum anti-totalitária (GEDDERT-STEINACHER, 1989, p. 30).

Como afirmou Carlo Schmid, na 9ª Reunião do Conselho Parlamentar de 06/05/1949, em última análise, o Estado existe para configurar uma ordem externa, na qual as pessoas possam viver juntas, baseadas na liberdade de cada indivíduo. Ainda segundo ele, esta é a missão que legitima o poder do Estado e se concretiza por meio do controle do poder, possibilitando a defesa de cada pessoa humana, quando da interferência do Estado em algum direito fundamental.

Portanto, em Bonn, para Frotscher e Pieroth (2018, p. 401), buscou-se estabelecer limites e criar mecanismos para não permitir que, em casos de reserva de lei, por exemplo, houvesse a limitação de liberdades individuais.

Na busca dessa proteção contra os poderes do Estado, na compilação do artigo 19, percebe-se essa desconfiança ao poder legislativo. Já na 7ª Reunião do Conselho em Bonn, em 07/10/1948, Hermann von Mangoldt (CDU) recordou a exigência de que o conteúdo substancial dos direitos fundamentais nunca fosse limitado ou atacado por legislação restritiva, devendo a legislação nunca chegar ao ponto de limitar ou agredir um direito fundamental em sua existência (JÖR, 1951, p. 177)²⁹. Além dele, no terceiro Plenário, Carlo Schmid afirmou que, se os direitos fundamentais pudessem ser restringidos em sua essência pelo legislador, então seria inútil uma garantia constitucional, na medida em que se tornariam somente declarações (JöR, 1951, p. 42).

A intenção, portanto, era formular direitos fundamentais de tal maneira diretos, em seus significados e em sua aplicação, vinculando tanto os poderes estatais, como os estados federados, demonstrando-se que a positivação de direitos significava a submissão do Estado a seus conteúdos e à própria compreensão de ser humano (KUNZE, 2001, p.395).

²⁹ É pertinente anotar que, mesmo com essa perspectiva de controle do legislativo, o Constituinte não acreditava que o poder judiciário pudesse controlá-lo (JöR, 1951, p.177), pois segundo a percepção de alguns, a proibição de abolição dos direitos fundamentais seria uma proclamação inútil, que não poderia sequer ser legalmente assegurada, pois haveria a impossibilidade de “[...] envolver o Tribunal Constitucional para fiscalizar a assembleia legislativa” (JöR, 1951, p.177, tradução nossa).

No que se refere à possibilidade de uma reclamação constitucional, novamente, Carlo Schmid percebia no catálogo de direitos fundamentais uma baliza epistêmica para a interpretação das leis pelo Judiciário, sendo, portanto, uma diretriz para a revisão constitucional dos atos da administração pública e dos atos emanados pelo poder legislativo (JöR, 1951, p.49).

De acordo com Carlo Schmid (1948, tradução nossa)³⁰,

Esses direitos fundamentais não devem ser meras declamações, declarações ou diretrizes, não apenas requisitos das constituições estaduais, não apenas uma garantia dos direitos fundamentais dos estados, mas também um direito federal diretamente aplicável, com base na qual cada alemão, cada habitante do nosso país deve poder propor uma ação perante os tribunais.

Ou seja, a grande preocupação dele - e dos outros participantes do Conselho Parlamentar - era que *qualquer pessoa humana pudesse recorrer ao Tribunal Constitucional para que houvesse uma efetiva proteção dos conteúdos presentes nos direitos fundamentais*.

Por isso, desde o início da vigência da Lei Fundamental, tinha-se a percepção de que o seu texto era um sistema racional íntegro, limitando a lei em elementos objetivos, de modo que o Parlamento deveria operar e ser um meio para essa concretização (STRICKRODT, 1952, p. 390)^{31- 32 - 33}.

Portanto, afirmar que o Estado deve existir para o ser humano, significa que as garantias constitucionais na LF possuem uma realidade social e política, não somente como garantias constitucionais das instituições públicas do Estado, com a

³⁰ “Diese Grundrechte sollen nicht blosse Deklamationen, Deklarationen oder Direktiven sein, nicht nur Anforderungen an die Länderverfassungen, nicht nur eine garantie der Länder-Grundrechte, sondern unmittelbar geltendes Bundesrecht, auf Grund dessen jeder einzelne Deutsche, jeder einzelne Bewohner unseres Landes vor den Gerichten soll Klage erheben Können”.

³¹ Conforme decisão do Tribunal Administrativo de Munique, julgado em 20.9.1950 (JZ, 1951, n.9, p.277), que tratou da liberdade do trabalho, foi reforçada a impossibilidade de limitação legal dos direitos fundamentais. Também no Tribunal Administrativo de Hamburg (JZ, p.31), julgado em 5.9.1951, afirmou-se que a “autocracia” do legislador foi eliminada pela LF, de modo que o mesmo só poderia fazer uso das opções de restrição expressamente catalogadas no art. 2, I da LF.

³² A preocupação com a perspectiva democrática possuía um fundamento teórico, mas também fático. Ainda em 1948, 57% dos alemães acreditavam que o Nacional Socialismo havia sido uma boa ideia, mas que fora mal conduzido. Somente 28% viam o contrário (KIELMANSEGG, 2000, p.256).

³³ Nessa reflexão de fundamento democrático, cabe aqui recordar a discussão entre Rousseau e Benjamin Constant, quando esse último reafirma sua tese liberal de desconfiança da natureza humana e afirma que o próprio povo precisa de balizas para o exercício do poder democrático. Como afirmou Constant (1872, p. 09, tradução nossa) “o reconhecimento abstrato da soberania do povo não aumenta em nada a soma da liberdade dos indivíduos; e caso se atribua a essa soberania uma latitude que não deveria ter, a liberdade pode ser perdida apesar desse princípio, ou mesmo em vista desse princípio”.

especificação de suas funções. Mais do que isso, busca-se lembrar que esses direitos perante o Estado pleiteiam a existência de uma organização, de modo que nas palavras de Söger (1985, p. 93), as garantias institucionais transfiguram-se em uma ordem de ação de acordo com os direitos fundamentais, e, acrescenta-se, tenham por fundamento e objetivo a proteção do ser humano.

1.8 O DÚPLICE DEVER DE RESPEITO E PROTEÇÃO COMO SALTO QUALITATIVO

Uma das características marcantes do processo constituinte foi a tarefa de proteger a liberdade e a independência de cada pessoa humana (GEDDERT-STEINACHER, 1989, p. 30). A explícita relação ao cuidado e à proteção (*Achtung und Schutz*), exige que a dignidade humana, como profere paradigmaticamente Ingo Sarlet (2019, p. 89), seja limite e tarefa do Estado e da Comunidade. Por isso, se antes a dignidade humana tinha um fundamento moral que não limitava os próprios atos estatais, com a vinculação jurídica

[...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência [...] (SARLET, 2019, p.89).

Essas foram as perspectivas percebidas no processo de preparação da LF, a qual se orientou, proeminentemente (mas não exclusivamente), com base nos direitos individuais principalmente na busca em evitar posturas racistas e discriminatórias por parte do Estado (BOMMARIUS, 2009, p.175).

Já no projeto constitucional, proposto pelos participantes bávaros em *Herrenchiemsee* (BUCHER, 1981, p.44), constata-se que os direitos fundamentais de todos os alemães são as liberdades e os direitos civis. Segundo esse documento, liberdades são a base da dignidade humana e da livre circulação de pessoas. Também no Relatório da Subcomissão I de *Herrenchiemsee*, o conteúdo da dignidade é associado diretamente à liberdade. Numa das anotações lê-se que o direito fundamental mais importante da liberdade é o respeito pela dignidade da personalidade humana.

Do mesmo modo, no Conselho Parlamentar em Bonn, a liberdade foi o primeiro ponto de preocupação do Constituinte alemão, ou ainda antes, de partidos políticos como a FDP. De fato, nas anotações da convocação para a criação da FDP, em 1945, lê-se o conteúdo da dignidade associada às liberdades clássicas. Ali estava escrito que a proteção da dignidade e promoção dos direitos da personalidade humana estão relacionadas às liberdades de pensamento, de associação, além da liberdade religiosa (ALBERTIN, 1995, p.07). Além dessa influência partidária, cabe lembrar que, à luz da Constituição norte-americana, buscou-se garantir a concretização das liberdades e dos direitos civis (EHRlich, 1990, p. 24).

Bommarius (2009, p.194) destaca a expressão do liberal Theodor Heuss, que é o fio condutor das discussões em Bonn: a dignidade humana (e os direitos fundamentais) são, como que, normas jurídicas que se perfazem como ações de desconfiança contra o abuso do poder do Estado.

Por isso, com a preocupação em garantir que os conteúdos fossem claros e objetivos, já na primeira proposta de redação, os parlamentares tinham como fundamento a liberdade pessoal e a liberdade de expressão, assim como as restrições e as garantias dos direitos fundamentais (JöR, 1951, p. 46)³⁴. Afinal, tal como propôs o parlamentar Zinn (SPD), até para com os direitos fundamentais clássicos, dever-se-ia perquirir “[...] quão longe podem ser realizados”. De fato, a ideia de liberdade e dignidade eram interpretadas tão conjuntamente, que o PR em Bonn tinha dúvida se realmente teria que utilizar o termo no Artigo 2º (JöR, 1951, p.59).

Conclui-se, à luz de textos de respeitados juristas da época, que a interpretação feita do cuidado para com a dignidade humana, após a vigência da LF, estava relacionada também às garantias e liberdades clássicas.

Antes da criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, autores como Walter Strauss (1949, p. 525), Hermann von Mangoldt (1949, p.275), assim como Carl J. Friedrich (1949, p. 708), ao trabalharem os conteúdos que, de um modo geral, são

³⁴ Depois da terceira reunião do Comitê de Questões Fundamentais, Hermann von Mangoldt (CDU), Dr. Bergstässer (SPD) e Zinn (SPD) propuseram a seguinte formulação para o artigo 2º: “O homem é livre. (2) Ele pode fazer e abster-se de fazer o que não viole os direitos de outrem ou prejudique a ordem constitucional da comunidade. (3) A administração só pode intervir nesta liberdade dentro da estrutura do sistema jurídico. (4) Se os direitos de uma pessoa forem violados pela autoridade pública, ela terá o direito de tomar medidas legais” (JöR, 1951, p.55, tradução nossa). Num geral, a evolução para a compilação do Artigo 2º foi, primeiramente sobre a liberdade, depois sobre o direito à vida e após sobre o direito à integridade física (MALGOLDT, 1949, p.280).

emanados dos direitos fundamentais, propuseram a liberdade como principal fundamento interpretativo.

Realmente, de acordo com Mangoldt (1949, p. 275-276), a preocupação estava concentrada em poder controlar a *potestas* estatal, pois, para garantir a dignidade humana, seria preciso respeitar as liberdades mais antigas, devendo os direitos fundamentais regular o poder onipotente do Estado. Também Carl J. Friedrich (1949, p. 708), afirmou peremptoriamente que a LF acabou por reconhecer direitos inalienáveis do ser humano, à luz da concepção liberal kantiana, de maneira que, do reconhecimento da dignidade do Homem, surge também o reconhecimento da possibilidade de desenvolver livremente a sua personalidade. De fato, segundo ele, é algo muito positivo que os direitos inalienáveis do imperativo categórico tenham sido catalogados pela LF.

Entretanto, além da interpretação da dignidade com as liberdades clássicas, a compreensão do dever de cuidado (*Shutz*) da pessoa, já estava presente nas preocupações do PR, seja ele individual ou social.

A dignidade humana foi reconhecida como fundamento e medida da ordem estatal, devendo ela proceder como o ‘centro do ser’ que precede ao Estado, sendo guia e limite para o mesmo (ENDERS, 2005, §§18-19). Quando vinculada aos outros direitos fundamentais, nota-se a preocupação em garantir uma devida proteção à vida e à integridade corporal, por exemplo. Para a concretização de tal proteção, a norma da dignidade humana também obriga o poder público a tomar medidas positivas, (ZIPPELIUS, 1989, §22), tanto no âmbito legislativo - onde o legislador deve adequar e reajustar seu programa de proteção (HÖFLING; ENGELS, 2014, p.860) -, como também na Administração Pública: seja no dever de cuidado que dela se exige, seja sua submissão ao controle judicial (SCHÖNBERGER, 2006, p.84).

Ou seja, diferentemente de uma compreensão moral, a exigência jurídica com o cuidado da dignidade humana implica que os poderes do Estado estejam voltados e orientados a essa mesma finalidade para interpretar e complementar as leis à luz do seu conteúdo jurídico (ZIPPELIUS, 1989, p. 24-25, §§45-46). Desse modo, embora o cuidado da dignidade humana fosse interpretado à luz das liberdades clássicas, fazia-se necessário que ações positivas do Estado, tais como direitos sociais, corroborassem esse processo de construção da Lei Fundamental.

Embora seja facilmente constatável que o PR decidiu não catalogar direitos sociais na LF, deixando para que essa construção fosse feita em nível legislativo, não

é verídico que o mesmo não tenha travado debates acerca desses direitos, a) seja porque no contexto da época já havia constituições dos estados federados que possibilitavam esse horizonte interpretativo, b) seja porque a própria ideia de direitos sociais já estava associada à construção de uma vida digna.

No que se refere ao contexto interpretativo, era sim possível que os constituintes propusessem direitos sociais como normas constitucionais. Nas constituições da Baviera, de Bremen e de Baden, por exemplo, já se lia que a ordem política e econômica deveria exprimir uma justiça capaz de ter a meta de garantir uma existência digna (BALDUS, 2016, p. 37). Ou seja, as constituições dos estados federados já dispunham a dignidade humana vinculada aos direitos de liberdade e à ordem econômica. Na Constituição da Baviera, por exemplo, lê-se, no título do artigo 164, o dever de uma renda agrícola adequada capaz de garantir uma vida decente.

No que tange ao conteúdo da dignidade humana e sua possível relação com os direitos sociais, no Conselho Parlamentar de Bonn, na elaboração do art. 2º da LF, pode-se compreender melhor a interpretação dos constituintes naquele momento histórico.

Na 27ª Reunião do Comitê de Questões Fundamentais, Hermann von Mangoldt recordou a necessidade de redigir direitos sociais na LF. A partir de sua sugestão, foi proposta a redação do art. 2º, com a afirmação de que todo ser humano teria o direito à alimentação, vestuário, moradia e assistência médica, com um padrão de vida adequado e serviços sociais suficientes (JÖR, 1951, p. 58). Entretanto, não obstante ser esse artigo de extrema importância, concordou-se que se deveria permitir à administração pública dispor de critérios próprios para a concretização desses direitos³⁵.

Também na Terceira Reunião do Plenário, em 9 de setembro de 1948, o liberal Theodor Heuss foi enfaticamente contra a ideia de uma LF que controlasse os direitos sociais. Segundo ele, falar sobre a estrutura social significaria prever os tempos futuros de uma sociedade, não sendo uma tarefa fácil garantir que os mesmos sejam reconhecidos (JÖR 1951, p. 58-59). Da fala de Heuss, exsurge a compreensão

³⁵ Desde a divisão das 4 zonas de ocupação, as administrações públicas faziam estudos sociais sobre seus próprios contextos. É o que se vê, por exemplo, no Comitê Central de Alimentação e Agricultura na zona de ocupação francesa (BOMMS; MORSEY, 1983, p.182). Ou ainda, as assim conhecidas Instituições Bizonais, que recepcionavam os Conselhos da Administração, tal como o Conselho de Alimentação e Agricultura da Zona de ocupação Americana e Britânica (BOOMS; MORSEY, 1983, p.182).

dominante em Bonn, de que seria preciso deixar para que o legislativo e a administração pública decidissem a melhor forma de concretização dos direitos sociais nos seus devidos contextos econômicos.

Além disso, a não expressa catalogação de direitos sociais (ao menos nesse artigo 2º), embora houvesse a preocupação sobre eles³⁶, ocorreu, também por questões contingenciais. Primeiramente, a preocupação se situava no fato de que os direitos fundamentais se estenderiam a todos, inclusive aos imigrantes ilegais, o que, na prática, deveria a administração pública perceber como concretizar esses direitos (JöR, 1951, p.58), que, especificamente, conforme Sörger (1985, p.225-229), no que se refere aos refugiados, dependeriam também das decisões dos países de origem desses migrantes.

Outro ponto que desestimulou a inserção desse conteúdo na LF ocorreu na Segunda Leitura do Comitê Principal, ocasião em que foi lembrado que, caso essas garantias sociais específicas fossem catalogadas em nível constitucional, poderia haver um colapso sobre os serviços habitacionais, já que o direito à habitação seria um direito subjetivo e a administração pública estaria vinculada a ela.

Por fim, como afirmou Hans F. Zacher (1977, p.153), o caráter provisório da LF fez com que um programa social programático não fosse sustentado pelos parlamentares.

Sob essas reflexões, consolidou-se a visão de que o nível legislativo deveria garantir esses direitos, ou, como propôs Renner (KPD), uma dimensão mínima desses direitos (JöR, 1951, p.61-62). Já para outros participantes, tal como o Kleindinst, não haveria a necessidade de redigir esses direitos, pois eles já estariam previstos na lei de Assistência Social da época.

O que se percebe nessas discussões é que, não obstante haver a compreensão de que os direitos fundamentais também incluiriam os direitos sociais, o fundamento liberal, de certa forma, dividiu os conteúdos que poderiam estar presentes num Estado liberal e social. O resultado dessa divisão, pode-se dizer, ao menos à época da compilação da Lei Fundamental, é que o princípio do Estado Social não é concebido como uma norma constitucional vinculativa, mas como uma máxima

³⁶ Ainda em 1945, a própria FDP, que se fundamentava na política liberal na zona britânica, embora tivesse uma maior preocupação com o desenvolvimento econômico com base na iniciativa privada, afirmou que deveria ser uma preocupação a garantia de direitos básicos tais como alimentação, saúde, moradia, doenças e idosos (ALBERTIN, 1995, p.04).

interpretativa ou a determinação de uma meta legislativa (OLBERSDORF, 1955, p.129-130)³⁷.

Com as devidas críticas e reflexões que serão feitas mais adiante, o certo é que, na percepção do Conselho em Bonn, as liberdades individuais foram a maior preocupação, não sendo verídico, entretanto, que nada tenham discutido sobre direitos sociais.

Assim, o que se pode afirmar é que a interpretação liberal (tanto econômica, política e moral) teve maior ênfase na compreensão dos direitos catalogados pela LF (THIEME, 1957, p. 288). Como se percebe, o pressuposto para a discussão do conteúdo da dignidade humana – em sua compreensão de cuidado e proteção - é a liberdade que fora tolhida durante o regime nazifascista pelos membros do Estado.

Com os pressupostos acima assentados, pode-se adentrar especificamente no tema sobre a interpretação do conteúdo da dignidade humana pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF).

³⁷ Outra interpretação que também merece ser citada, é o comentário do professor Wilhelm Grewe ainda em 1949 (p.351), no qual afirma que a divisão do país em Estados federados, deveria permitir que os mesmos não devessem agir numa homogeneidade, mas na conformidade de sua realidade e, por isso, afirma o autor “[...] que o Conselho Parlamentar se absteve deliberadamente de julgar os difíceis problemas da ordem social e econômica futura na Lei Fundamental” (tradução nossa).

2 A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA

2.1 O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA NA ARQUITETURA CONSTITUCIONAL ALEMÃ

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) foi criado no dia 28 de setembro de 1951. Decisão após decisão, o TCF foi desenvolvendo uma auto-compreensão de suas tarefas para com a Lei Fundamental, assegurando que, principalmente, a dignidade humana e os direitos fundamentais fossem respeitados pelos poderes públicos da Alemanha.

Entretanto, desde o processo de elaboração da LF – embora se percebesse a necessidade de um Tribunal Constitucional que protegesse de forma efetiva esses direitos – cabe lembrar que tanto nas discussões do processo de elaboração da Lei Fundamental, como após a sua promulgação, havia dúvidas sobre o papel institucional do TCF.

Na Convenção de *Herrenchiemsee* a discussão sobre os poderes do futuro Tribunal geraram diversos questionamentos, pois seria algo totalmente novo no contexto constitucional alemão. Afinal, por meio de uma decisão judicial seria decidido os fundamentos políticos da Alemanha, o que faria com que tal decisão pudesse entrar no âmbito político, parecendo à população que se tratava justamente somente de uma disputa política. Com esses questionamentos, o relatório dessa convenção deixou em aberto a proposta da criação de um Tribunal Supremo (*Oberstes Gericht*) ou de vários Tribunais específicos, propondo que tal matéria fosse regulada em nível legal (STRAUSS, 1949, p. 526).

Por isso, após essa Convenção, prevendo o poder que o futuro Tribunal Constitucional possuiria por meio de suas competências, as discussões do Conselho Parlamentar em Bonn buscaram especificar matérias que não deveriam ser decididas pelo Tribunal Constitucional, mas pelo Parlamento. Como lembram Füsslein e Martz (1949, p.356), na Segunda Leitura em 16/12/1948, enfatizou-se que, em caso de um Estado de Emergência, os projetos deveriam ser discutidos proeminentemente no campo político, afinal, permitir que tal matéria seja decidida por um Tribunal – mesmo um Tribunal Constitucional -, significaria retirar o poder de um alto órgão federal.

Também a doutrina já previa a importância que a vinculação jurídica dos direitos fundamentais teria sobre o Parlamento, afirmando que o legislador não estaria mais vinculado somente a processos legislativos, mas ao respeito dos conteúdos desses direitos. Como já havia escrito Franz W. Jerusalem (1950, p.6) no *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, por ordem do art.100 da LF, o TCF poderia analisar qualquer limitação legal aos direitos fundamentais e, com isso, os possíveis atos imorais que pudessem surgir do Parlamento, como por exemplo, o desrespeito à igualdade perante a lei. Além dele, em 1950, Dr. Kern (p.361) afirmou que após a criação do TCF, o mesmo, provavelmente, seria responsável por analisar a compatibilidade de todos os atos normativos estaduais, decidindo se os mesmos estão de acordo com a Lei Fundamental e com a ordem democrática. Chegou-se a afirmar, ainda em 1950, que o art.100 permitia o controle do TCF sobre o poder legislativo (KRÜGER, 1950, p.711).

Mesmo com todas essas previsões e preocupações é nítido que o TCF assumiu uma função de destaque na ordem constitucional por meio do seu relevante papel na proteção dos direitos fundamentais. Por isso, não poucas vezes, numa comparação internacional, o TCF é muito menos cauteloso e possui um poder na influência política deveras muito grande. Tal influência se destaca em vista, principalmente de três características: i) o reconhecimento de um poder formal e fático; ii) independência institucional e iii) um poder de intervenção nos outros Poderes do Estado (KNEIP, 2013, p.73-80).

Entre tantas funções exercidas pelo TCF, cabe destacar a função da Reclamação Constitucional. Para ilustrar a importância de tal procedimento, dos 5.891 processos recebidos pelo TCF em 2015, 5.739 foram processos relacionados à Reclamação Constitucional (SACHS, 2016, p.142). As bases normativas para a Reclamação Constitucional estão previstas desde 1951 na Lei que rege o Estatuto do Tribunal. Em 1969 ela foi expressamente prevista na LF por meio do artigo 93, I, 4 da LF.

Embora todo o poder judiciário alemão esteja vinculado à proteção dos direitos fundamentais, o objetivo do TCF não se situa somente na proteção e correção às violações dos direitos fundamentais individuais. Mais do que isso, como afirma Michael Sachs (2016, p.141), o Tribunal, por meio da Reclamação, conjuga esforços para garantir a devida precaução a tais direitos, garantindo que tais violações sejam evitadas, o tanto quanto possível, por meio das práticas do Estado, gerando um efeito

educativo sobre os poderes públicos da Alemanha. De fato, o próprio TCF (BVerfGE 124, 300) compreende a função da Reclamação Constitucional como a manutenção, interpretação e desenvolvimento dos conteúdos que deles exsurtem, revestindo-se de particular importância no controle da legislação.

Realmente, como se verá a partir de agora nesse trabalho, a interpretação do TCF aos conteúdos da dignidade humana e dos direitos fundamentais, muitas vezes, foi essencial para modificar e moldar as ações do Estado perante a pessoa humana, seja na proteção contra eventuais abusos, seja na tarefa de garantir uma existência digna por meio de prestações positivas.

2.2 VALOR NORMATIVO: PRINCÍPIO OU DIREITO FUNDAMENTAL?

Como visto no capítulo anterior, na Convenção de *Herrenchiemsee* e no Conselho Parlamentar, após diversas discussões, embora o fundamento e o objetivo do conteúdo jurídico da dignidade e dos direitos fundamentais fosse a irrestrita proteção da pessoa humana perante o Estado, não ficou claro o quanto os direitos fundamentais derivam ou não da dignidade humana. Ou, ainda, os parlamentares não foram capazes de entrar em um acordo sobre o valor normativo do art.1º, I, não havendo também indícios concretos de que a dignidade devesse se tornar um padrão abrangente para toda a ordem constitucional. Como afirma Manfred Baldus (2016, p. 32-33), a resposta a essa pergunta não foi explanada de modo preciso.

Por exemplo, em *Herrenchiemsee*, no debate que tratou a suspensão dos direitos fundamentais durante um possível Estado de Sítio, transparece a interpretação da dignidade humana como direito fundamental. Nesse debate da Subcomissão I, em 21 de agosto de 1948, foi decidido pela proibição da suspensão do direito fundamental ao cuidado da dignidade humana (HONG, 2019, p.186).

Nos debates que ocorreram em Bonn, houve diversas reflexões que, mesmo não sendo unânimes, levaram ao entendimento de que a dignidade humana, ao ser um direito pré-estatal – conforme acima mostrado –, fosse aplicada pelo Poder Judiciário como uma norma pré-concebida em relação aos direitos fundamentais. Essa é a opinião, por exemplo, de Hermann von Mangoldt, quando afirmou que o artigo 1º, III deveria ser como hoje está redigido – “os seguintes direitos fundamentais” –, a fim de que esse conteúdo sempre pudesse ser aplicado pelos juízes. Além disso,

na relação com direitos humanos, a dignidade é recordada, como afirmou Thomas Dehler, como base para toda a comunidade e relação humana (JöR, 1951, p.52).

Também Carlo Schmid, de certo modo, tinha a opinião de que o Artigo 1º deveria ser uma cláusula geral. Conforme anotações de Hollmann (1993, p.64), para Schmid a redação do art. 1º deveria ser cuidadosamente considerada, constituindo a cláusula geral de todo o catálogo de direitos fundamentais.

Assim, embora possa ser rejeitada a tese de que a dignidade humana tenha sido interpretada como direito fundamental independente, não houve uma clara explicação se os direitos fundamentais foram compreendidos como uma razão para a dignidade humana ou se eles próprios são a garantia direta da dignidade. Essas dificuldades interpretativas permitem que se possa afirmar que a norma do art.1º é uma das grandes incógnitas do direito constitucional alemão, constata Baldus (2016, p.12).

Por isso, o que se pode afirmar é que, no geral, buscou-se conceber a dignidade humana como um princípio constitucional, no sentido de permitir que a cláusula do art.1º, I, pudesse ser recorrida pelo judiciário, a fim de que estivesse presente e pudesse ser aplicada na interpretação dos outros direitos fundamentais³⁸.

Porém, essa perspectiva ainda gera inúmeras discussões (BARAK, 2015, p. 233-235) e como o PR não sistematizou o valor normativo da dignidade, coube ao TCF interpretar a natureza dessa norma³⁹.

No que se refere especificamente à sua jurisprudência, a norma da dignidade humana já foi definida de muitas maneiras (KERSTEN, 2004, p.335): “norma fundamental da LF” (BVerfGE 34, 238); “o supremo princípio constitucional da

³⁸ Além disso, como afirma Manfred Baldus (2011, p.545), não se lê nos textos de *Herrenchiemsee* e do Conselho Parlamentar a pretensão em conceder à dignidade humana um direito subjetivo absoluto. Segundo o autor, isso seria constatável, também, à luz, por exemplo, dos artigos 4º (liberdade de crença e de consciência) e 5º (liberdade de opinião, de arte e ciência) da LF, pois esses dispositivos constitucionais possuem, respectivamente, as palavras “invioláveis” e “livremente” e, mesmo assim, a própria LF prevê que o legislador pode regulamentar os direitos supracitados.

³⁹ Já em 1956, Günther Dürig (1956, p.119), no seu famoso artigo “*Der Grundsatz der Menschenwürde*”, foi contra a ideia da dignidade como direito fundamental. Para ele a dignidade humana é o supremo princípio constitucional dos direitos objetivos da LF. Segundo o jurista, autores como Hans Nawiaski interpretaram de forma equivocada uma decisão do Tribunal Constitucional da Baviera relacionada ao artigo 100 da Constituição desse Estado. Segundo o autor, a decisão não interpreta a dignidade humana como um direito subjetivo absoluto, mas afirma que a dignidade atua onde a proteção dos direitos fundamentais mostra-se insuficiente.

LF” (BVerfGE 61, 126); “portadora do princípio constitucional da LF” (BVerfGE 96, 375); “supremo valor da Constituição” (BVerfGE 30, 173; 32, 98; 72, 125)⁴⁰.

À luz dessas definições, como afirma Christoph Enders (2019, p.106), a compreensão de princípio pelo TCF é peremptória, por exemplo, quando o Tribunal⁴¹ afirma que a dignidade humana não se apresenta como “os seguintes direitos fundamentais” disposto no art. 1º, III, mas como princípio supremo da Lei Fundamental⁴².

Segundo o autor, um direito fundamental à dignidade humana é recepcionado pelo TCF somente quando há necessidade de reconhecimento de requisitos não diretamente jurídicos, mas que se relacionam à ordem humana e à dignidade, podendo-se afirmar, que o princípio orientador e o conteúdo da dignidade são analisados à luz do método de interpretação dos direitos fundamentais individuais (ENDERS, 2019, p.117).

Embora seja nítida essa maior recepção pelo conteúdo de princípio no TCF, pode-se citar ampla e qualificada doutrina alemã que se situa a favor da dignidade humana como direito fundamental com argumentos que se baseiam em decisões do próprio Tribunal.

Segundo R. Zippelius (2004, §§24), por exemplo, a dignidade humana possui elementos subjetivos, na medida em que qualquer pessoa pode utilizar dos meios legais para efetivar sua proteção (art.19, IV, da LF), particularmente através da Reclamação Constitucional. Para ele, o TCF já teria deixado assentado essa compreensão em diversos julgados⁴³, e assim, segundo ele, embora fosse mais bem recepcionada a ideia da norma da dignidade como princípio e cláusula geral, a busca pela aplicabilidade direta e a vinculação dos poderes do Estado ao direito de cada pessoa humana demonstram haver elementos que indiquem essa norma também como um direito fundamental.

Além dele, como afirma Klaus Stern (2013, p.176, tradução nossa), a justificação de que a dignidade humana assume também a condição de direito fundamental decorre de uma interpretação de que

⁴⁰ Para uma lista completa tanto na doutrina, como na jurisprudência, vide: TEIFKE, Nils. *Das Prinzip Menschenwürde*, p.77-79.

⁴¹ (BVerfGE 61, 126 (137),

⁴² “dass Art.1 Abs. 1 kein ‘nachfolgendes’ Grundrecht ist, schliesst eine Bindung der staatlichen Gewalten na dieses oberste Konstitutionsprinzip des Grundgesetzes nicht aus”.

⁴³ BVerfGE 1, 343; 15, 256 e 61, 137

[...] o art. 1º é uma lei objetivo-jurídica diretamente aplicável, da qual podem ser derivados direitos subjetivos-jurídicos. Neste sentido, não há particularidade em relação a outros direitos fundamentais. O dogma da multidimensionalidade dos direitos fundamentais também se aplica ao art. 1º, I da Lei Fundamental.⁴⁴

Segundo o mesmo autor (2013, p.177), na jurisprudência do TCF, não obstante existirem decisões que são pautadas sobre uma compreensão de princípio e com um conteúdo ético deveras aberto, é inegável que a dignidade atua com fatores objetivos e subjetivos, tal como os direitos fundamentais. O aspecto subjetivo se manifesta no direito de resistência perante os poderes do Estado, além de exigir que o próprio Estado garanta elementos mínimos para a proteção da dignidade. Já a dimensão objetiva exige que o Estado atue conforme os conteúdos interpretativos dali emanados.

Assim, embora se possa perguntar o quanto o aspecto subjetivo da dignidade humana atua como um dever de proteção perante os poderes do Estado, o TCF possui decisões que vinculam tanto o legislador quanto a administração pública a um aspecto subjetivo da dignidade⁴⁵ (STERN, 2013, p.176).

Com base nessas discussões entre a compreensão de princípio e direito fundamental, segundo Tatjana Geddert-Steinacher (1990, p.171-172), a dignidade não é compreendida pelo TCF como um “quase” direito fundamental. Ela é um princípio constitutivo que, por sua vez, podem ser transformados em garantia a direitos fundamentais. Essa estudiosa conclui dizendo que se pode afirmar que a vinculação do princípio da dignidade humana com os direitos fundamentais está presente na dogmática da LF, mas o seu possível conteúdo subjetivo deve basear-se nos direitos fundamentais, já que o seu conteúdo poderia possuir uma interpretação deveras aberta.

Ao interpretar-se os direitos fundamentais estritamente àqueles elencados na LF, cabe ressaltar o voto divergente de Dieter Grimm no assim conhecido julgamento *Reiten in Wald* (BVerfGE 80, 137). Nesse julgamento, o TCF admitiu a reclamação constitucional, pois julgou que a liberdade de ação restringida pela lei

⁴⁴ “Art.1 Abs. 1 GG ist ein unmittelbar geltender objektiv-rechtlicher Rechtssatz, aus dem subjektiv-rechtliche Rechte abgeleitet werden können. Insoweit besteht keine Besonderheit im Verhältnis zu anderen Grundrechten. Die bewährte Grundrechtsdogmatik der Mehrdimensionalität gilt auch für Art.1 Abs1 GG”.

⁴⁵ BVerfGE 56, 54; BVerfGE 77, 170; BVerfGE 121, 317.

estadual de Nordrhein-Westfalen relacionava-se aos conteúdos do art. 2º, I da LF. Entretanto, julgou improcedente o pedido, pois

[..] o cavalgar, como forma de ocupação da ação humana, encontra-se na área de proteção do Art. 2 I GG, mas não pertence ao núcleo essencial da vida privada. Por isso, essa atividade não está livre, em princípio, das restrições legais (MARTINS, 2005, p.68).

No seu voto divergente - que indiretamente propugna a inadmissão do recurso (MARTINS, 2005, p.68), Grimm afirmou peremptoriamente que “[..] o cavalgar na floresta não goza da proteção de direitos fundamentais”⁴⁶. Seu argumento está no fato de que os direitos fundamentais se diferenciam de outros direitos, na medida em que protegem a integridade, a autonomia e a comunicação do indivíduo em seus aspectos mais centrais. Sua proteção está fundada sobre a dignidade humana, e, embora os direitos possam mudar com as circunstâncias históricas, não é função desses direitos proteger todo o comportamento humano sob uma ordem especial.

Entretanto, mesmo que possam ser aceitas as críticas à dignidade humana como direito fundamental acima citadas, a compreensão estrita do art.1º, I somente como princípio não pode ser recepcionada sem os devidos questionamentos. Quanto as críticas à ideia de princípio, deve-se ter em conta o risco de não se contemplar uma compreensão antropológica concreta e individual, mas uma simples proteção abstrata e, como que, somente da humanidade estritamente enquanto espécie, o que contraria o fundamento e sentido da Lei Fundamental. Essa compreensão abstrata que advém da interpretação da dignidade somente como princípio, portanto, seria um possível obstáculo para a discussão dogmática e, portanto, para a concretização de conteúdos fáticos que exsurgem da norma da dignidade, é a conclusão a que chega Herdegen (2009, p. 21). E Konrad Hesse (1999, p.135) acrescenta que o conteúdo interpretativo da expressão “ordem de valores” traz nessa seara principiológica é deveras aberto e subjetivo, podendo ser uma grande controvérsia numa sociedade multicultural.

Nesse quadro geral, segundo Nils Teifke (2011, p. 87) – na relação da dignidade com os outros direitos fundamentais - pode-se apresentar quatro principais posições referentes a essa perspectiva: 1) a dignidade humana como direito fundamental e absoluta; 2) a dignidade humana como direito fundamental não absoluto; 3) a dignidade humana não é direito fundamental, mas é absoluta; e 4) a dignidade humana não é direito fundamental e não é absoluta.

⁴⁶ “Das Reitem im Walde genießt keinen Grundrechtsschutz”.

Entre tantas posições jurídicas, que aqui não se terá tempo de analisar, tratar-se-á para discussão a reconhecida perspectiva de Robert Alexy.

Como afirmado anteriormente, o conteúdo dos direitos fundamentais pode relacionar-se, também, em determinados casos concretos, aos conteúdos da dignidade humana. Logo, quando for necessário haver um ajuste fático entre alguns direitos fundamentais, pode ser que a própria dignidade humana esteja sendo sopesada. Sob essa constatação, compreendendo o sistema de normas como princípios e regras, Alexy (2011, p.111 ss) vai afirmar que o princípio da dignidade humana pode ser sopesado diante de outros princípios e, por isso, não é absoluto. Afinal,

[...] sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. Mas essa tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais. Ela não afeta sua natureza de princípio. Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto.

Assim, pode-se afirmar com Teifke (2011, p. 89, nota de rodapé n.95), que para Alexy, a dignidade humana seria um direito fundamental, absoluto na condição de regra, mas não absoluto enquanto princípio. Essa posição doutrinária, entretanto, precisa ser devidamente analisada.

Como afirma Ingo Sarlet (2019, p.168), tratando do exemplo dos conceitos de tortura e tratamento desumano degradante – não obstante concordar o autor que ambas práticas atingem conteúdos da dignidade humana – é notório que para a subsunção desses atos há uma

[...] margem de apreciação por parte tanto do legislador (a quem incumbe em primeira linha, selecionar os atos que se enquadram na hipótese) quanto por parte dos órgãos jurisdicionais, que terão inclusive a missão de avaliar a correção da opção legislativa ao definir o que (e o que não é) tortura ou mesmo o que configura (ou não) tratamento desumano ou degradante.

Desta forma, entre tantas teses jurídicas que trabalham com a dignidade humana como direito fundamental ou não, assim como direito absoluto ou não absoluto, pode-se afirmar, que ela é valor e norma constitucional, devendo ser buscado a maior concretização possível de seus conteúdos.

De pronto, o que é permitido afirmar é que a busca de uma definição *a priori* é barrada pela própria dogmática da Lei Fundamental, afinal, ao não recepcionar uma

visão atomista de ser humano, o caráter relacional do conceito pessoa impõe uma interpretação à luz de sua existência e realidade fática.

Assim sendo, mesmo que ainda se constatem controvérsias⁴⁷ no valor normativo da dignidade, na jurisprudência do TCF se lê uma maior inclinação (mas não exclusividade) à ideia de princípio. Como afirma peremptoriamente Herdegen (2009, §10), “o Tribunal Constitucional Federal nunca estabeleceu o caráter de direito fundamental da dignidade humana”⁴⁸ e, caso ela seja nominalmente mencionada como direito Fundamental, o TCF o faz para elaborar um conteúdo normativo de um requisito de proteção jurídica específico, concretizando tal direito caso a caso, dano por dano (ENDERS, 2019, p.122).

Portanto, embora não possa ser afirmado definitivamente o valor normativo da dignidade, percebe-se que o TCF busca garantir a maior proteção possível à dignidade humana, protegendo tanto a pessoa em sua existência concreta, quanto evitando que os poderes do Estado possam ferir esse princípio.

Para uma efetiva proteção, entretanto, é preciso perquirir qual a compreensão da imagem de ser humano que exsurge das decisões do TCF, pergunta essa que será tratada a partir de agora.

2.3 A IMAGEM DO SER HUMANO (*MENSCHENBILD*)

A análise do conteúdo da proteção da dignidade humana no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) exige que seja perquirida a imagem do ser humano (*Menschenbild*) que exsurge das decisões do Tribunal. Fundamentalmente, aqui, cabe perguntar como a pessoa humana é vista dentro do seu espaço relacional e social.

De antemão, é preciso deixar assentado que para tal análise são necessárias e importantes uma compreensão tanto abstrata e formal, como uma análise contingencial de conteúdos. Afinal, na esteira de Ulrich Becker (1996, p. 21), entende-se que a imagem de ser humano são as qualificações dadas a imagens e características que sejam comuns, não a partir de uma pessoa concreta, mas a partir de um, assim por dizer, denominador comum.

⁴⁷ BVerGe 1, 332 (343); 12, 113 (123); 15, 283 (286); 109, 133 (149).

⁴⁸ “Das Bundesverfassungsgericht hat den Grundrechtscharakter der Menschenwürde nie begründet”.

Entretanto, na premissa de que essas características são alteradas e repensadas à luz da relação do ser humano entre si e com a natureza, o Estado Constitucional, como ensina Peter Häberle (2008, p. 28), está aberto a essas transformações, permitindo diversas formas de interpretações do ser humano, sejam elas éticas ou religiosas, buscando-se a interpretação jurídica sob um consenso mínimo em determinado momento histórico. Nesse sentido, como afirma Ingo Sarlet (2019, p. 57), da dignidade humana, à luz de sua característica de princípio constitucional, “[...] não se pode extrair nenhuma decisão de caráter metafísico sobre a natureza humana, visto se tratar, neste contexto, de uma construção dotada de sentido eminentemente jurídico-prático”.

É preciso frisar esse aspecto histórico-social⁴⁹, pois, embora no início de sua judicatura, o TCF (BVerfGE 12, 45) tenha se voltado a uma compreensão mais liberal e formal, considerando a personalidade humana sob um ideal livre e sua dignidade como o valor jurídico máximo da Lei Fundamental, pode-se ressaltar a característica relacional do ser humano como a mais preponderante em suas decisões.

Já na famosa decisão conhecida como Auxílio a Investimentos (*Investitionshilfe*), decisão essa reconhecida como a primeira em que o TCF expôs enfaticamente a sua compreensão da imagem do ser humano (BECKER, 1996, 80-81), o Tribunal afirmou que cada pessoa à luz da LF

[...] não é a de um indivíduo isolado e soberano; a Lei Fundamental decidiu antes a tensão entre indivíduo e comunidade no sentido da relação comunitária e da dependência comunitária da pessoa, sem tocar no seu próprio valor (BVerfGE 4,7, p.15, tradução nossa).

Com esse fundamento, foi assentado que a Lei de Auxílio ao Investimento não iria contra a Lei Fundamental, pois nenhuma pessoa atingida pela lei seria privada de desenvolver sua personalidade. Afinal, desde que preservada a independência de cada um, o indivíduo deve suportar possíveis barreiras à liberdade traçadas pelo legislador, a fim de que seja possível a promoção da coexistência social.

Outro exemplo que reforça essa dimensão relacional, é o julgamento que tratou sobre possibilidade legal da existência de uma prisão perpétua (BVerfGE 109,

⁴⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre a compreensão da imagem de ser humano na evolução da interpretação jurídica, vide, por todos: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Vom Wandel des Menschenbildes im Recht. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*. Berlim: Suhrkamp, 2011, p.13 ss.

133, 151). Na decisão, ficou assentado que o relacionamento e os limites do indivíduo prescritos na LF justificam decisões e medidas que sejam indispensáveis para a proteção dos bens comuns, proteção essa que permite a possibilidade da prisão perpétua no código penal⁵⁰.

Portanto, pode-se afirmar com Mathias Hong (2019, p. 432) que, no geral, para o TCF, a LF não protege ou tem o objetivo de promover uma glória pessoal de cada cidadão, como se afirmasse haver “interesses próprios que são implacáveis”. De modo diverso, a imagem do ser humano é da personalidade inserida e comprometida de diversas maneiras na comunidade.

Essas afirmações do TCF denotam a compreensão de que, à luz da Imagem do ser humano da Lei Fundamental, tanto a dignidade humana como um feixe de garantias jurídicas não protegem a pessoa humana de forma ilimitada, afinal o indivíduo só pode se realizar verdadeiramente como pessoa quando ele retira de si seus próprios interesses e desejos isolados (DAMMANN, 2011, p.65). O vínculo social do indivíduo deve sempre ser considerado.

Esse vínculo foi também destacado no julgamento que suspendeu por meio de liminar a Lei do Censo (BVerfGE 65, 44)⁵¹. Como se lê da decisão, embora cada pessoa tenha a prerrogativa de decidir acerca da divulgação e utilização de seus dados,

o direito à autodeterminação informativa não assegura a cada cidadão um controle absoluto sobre os seus dados, visto que, dadas a inserção e a responsabilidade comunitária e social do ser humano, este deve tolerar eventuais limitações do direito quando em prol do interesse geral (SARLET, 2021, p.49).

Todavia, é mister recordar que as possíveis restrições, que a vivência social impõe, não podem afetar a liberdade e outros conteúdos que são abrangidos pelo assim conhecido núcleo da dignidade. (DAMMANN, 2011, p.65). Segundo Wernicke (p.32, §53, tradução nossa) “[...] a dependência e relação comunitária tem a sua razão de ser no próprio indivíduo e deve ser vista e desenvolvida a partir dele”.

⁵⁰ É também essa compreensão relacional que exsurge das decisões do TCF quando discute os deveres de proteção da dignidade à luz do *Ober-* e *Untermassverbot* (GEDDERT-STEINACHER, p.52). Tais casos podem ser vistos quando o TCF, por exemplo, afirma que uma sentença penal deveras excessiva viola a dignidade humana.

⁵¹ Para um maior estudo sobre o assim denominado *Volkszählungsurteil*, vide: MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. *RJLB*, Ano 5, n. 1, p.783, 2019.

Como afirma peremptoriamente Ulrich Becker (1996, p.82), na LF não há uma escolha entre um extremo individualismo ou um extremo coletivismo, pois, embora inserido na comunidade, o “valor intrínseco inviolável”, disposto na LF limita as demandas e exigências pessoais sobre cada pessoa humana. Dessa maneira, segundo o mesmo autor, o TCF procura trazer à concepção de ser humano a relação entre liberdade e compromisso, não se tratando somente do ser humano em si, mas da descrição da liberdade humana em meio às relações sociais. É nesse sentido que, à luz da sempre citada decisão sobre a *InvestitiosHilfe*, percebe-se que é papel dos poderes do Estado, principalmente do legislador, promover e cuidar da convivência social, permitindo, dentro de uma razoabilidade, a independência humana e suas respectivas escolhas.

Por isso, além do cuidado e proteção que são exigidos pela ordem constitucional, esta deve possibilitar que haja o desenvolvimento da pessoa humana na sociedade (NETTESCHEIM, 2005, p. 98). Desse modo, como já afirmado, a interpretação do art. 1º, I não é pautada sobre uma característica abstrata somente, mas sobre as condições que o ser humano se encontra e em qual contexto ele pode desenvolver a sua personalidade e a sua liberdade.

Portanto, na esteira da doutrina de Herdegen (2009, p.20, §28), pode-se afirmar que a garantia da dignidade reconhece, em conjunto com o catálogo de direitos fundamentais, assim como os princípios do Estado de Direito e do Estado Social, a imagem de ser humano com um projeto de vida autodeterminado e sua relação solidária com os seus iguais.

Todas essas características relacionadas à compreensão de pessoa humana, exigem que a dignidade seja analisada à luz desses contextos, em vista de garantir que a sua característica de ser intangível seja eficaz nos diferentes ambientes e realidades da convivência humana.

Por isso, embora exista e devam ser reconhecidos conteúdos que advêm dos diversos contextos morais e teológicos, numa sociedade plural e multicultural, tematizar a dignidade humana com definições e conteúdos ontológicos faria com que esse conceito perdesse o seu efeito integrador, contrariando a própria liberdade humana de se determinar em seu ambiente relacional e democrático (GEDDERT 1990, p.57). Portanto uma compreensão de cunho mais social e comunitário não deslegitima a interpretação na singularidade de cada pessoa humana, afinal, para Wernicke (p.33, §§52, tradução nossa), a dignidade e

[...] o sistema de direitos fundamentais na Lei Fundamental baseia-se desde o início e estritamente no indivíduo, na sua singularidade e importância fundamental. Na Lei Fundamental, as ligações sociais recebem a sua justificação e legitimidade do indivíduo.

Assim, à luz da decisão do TCF sobre a temática sexual, por exemplo, pode-se afirmar que o direitos de personalidade permitem as escolhas pessoais mais significativas de um indivíduo. De modo que, do conteúdo da dignidade exsurge a compreensão de que “[...] o indivíduo não deve ser inserido em uma imagem pré-formada de ser humano. Consequentemente, deve-se sustentar a importância do processo de descoberta”, preceitua Rädler (2019, p. 54-55).

Com essa compreensão de imagem do ser humano, o conteúdo material de proteção e cuidado da dignidade deve partir de pressupostos que abarquem tanto as características pessoais como a convivência social. Como afirma Ingo Sarlet (2019, p.70), o caráter multidimensional da dignidade inclui uma dimensão ontológica, histórico-cultural, assim como uma “[...] dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional”.

Tendo em conta todas essas características, pode-se afirmar que o conteúdo material da dignidade possui quatro principais dimensões:

Respeito e proteção da integridade física; garantia de meios de subsistência do ser humano; garantia de uma elementar igualdade jurídica; preservação da identidade e integridade pessoal (HÖFLING, 2014, p.84).

Analisar a forma como o Tribunal interpretará a relação da dignidade a esses conteúdos, assim como um possível núcleo desses direitos, será a tarefa dos próximos tópicos desse trabalho.

2.4 DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA

Como visto acima, a discussão sobre o valor normativo da dignidade humana abrange também a reflexão sobre a sua dimensão objetiva e subjetiva. Porém, essa reflexão não se limita a ser um meio de discussão para aquela. Sua análise independente é importante, na medida em que é preciso perquirir quais são, segundo o TCF, as tarefas objetivas do Estado que se erguem da norma da dignidade humana e quais as proteções e pretensões subjetivas que exsurtem do seu conteúdo.

De antemão, é preciso deixar assentado que o objetivo não é refletir se o tribunal interpreta estritamente a dignidade humana como norma jurídica objetiva ou subjetiva. Embora grande parte da doutrina⁵² entenda o seu conteúdo como direito subjetivo, isso ainda é deveras discutido. Por isso, cabe aqui apresentar estritamente os conteúdos subjetivos e objetivos presentes nas decisões do TCF.

Antes de tudo, analisando-se o contexto em que surgiu a norma, embora se possa afirmar que o Conselho Parlamentar em Bonn não tivesse a pretensão de auferir à norma da dignidade uma característica jurídica subjetiva (BALDUS, 2011, p.544), pode-se citar como argumento a favor dessa dimensão o fato de que o art.1º, I surge justamente para proteger toda a pessoa humana que na época do nazismo era desconsiderada perante à ideia de Povo, escreve Brugger (1997, p.11, nota de rodapé 16). Stephan Kirste (2013, p. 133) acrescenta que é preciso lembrar, como afirmado no capítulo anterior, que a dignidade humana também possui uma relação com os direitos humanos e estes também possuem elementos subjetivos que se perfazem com o poder jurídico concedido a um indivíduo de exigir a devida proteção perante os poderes do Estado.

Percebe-se a proteção objetiva, nas decisões do TCF, de modo expressivo (mas não exclusivo), na proteção da dignidade humana contra os poderes do Estado, seja na proteção da dignidade em si, seja na proibição de limitar ou subtrair direitos. Conforme Ingo Sarlet (2019, p.103), a dimensão objetiva da dignidade humana pode ser definida como função instrumental integradora e hermenêutica “[...] na medida em que a mesma serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”.

Desde o início da judicatura do TCF, a principal forma de manifestação da dignidade humana foi se perfazendo através da fórmula homem-objeto, de Günter Dürig, baseada principalmente no imperativo categórico Kantiano. Como sintetiza Zippelius (2004, §§63-64), essa fórmula concretiza o entendimento de que o legislativo e a administração pública, assim como os tribunais, em seus atos normativos e

⁵² Entre os autores que defendem o conteúdo de direito fundamental da dignidade, pode-se citar: NIPPERDEY, Hans. *Die Würde des Menschen*, p.11; BADURA, Peter. *Generalprevention und Würde des Menschen*, p. 342; ZIPPELIUS. In: Bonner Kommentar, Art.1, §§32; BENDA, Ernst. *Die Menschenwürde*, p.110; HÄBERLE, Peter. *Die Menschenwürde als Grundlage staatlicher Ordnung*, §§73; ISENSEE, Josef. *Menschenrechte – Staatsordnung – Sittliche Autonomie*, p.71 (GEDDERT-STEINACHER, 1989, p.168).

processos próprios, respeitem a pessoa humana sem utilizá-la para fins estatais. Como afirma o próprio TCF (BVerfGE, 45, 187, p.228), “contraria a dignidade humana tratá-las como meros objetos do Estado [...]. A frase, ‘o homem deve sempre permanecer um fim mesmo’, aplica-se de forma ilimitada a todas áreas do direito”.

Em diversas decisões, o TCF, à luz da fórmula do homem-objeto, exigiu que os poderes públicos se abstivessem de ações que acabavam por não reconhecer o ser humano como um sujeito perante o Estado. Conforme as anotações de Nils Teifke (2011, p.9), a primeira decisão do Tribunal que utilizou explicitamente essa expressão ocorreu em 1959 (BVerfGE 9, 89, p.95), quando o Tribunal afirmou que o indivíduo não pode ser somente objeto da decisão judicial. Já nessa decisão se destaca a dimensão objetiva da dignidade, ao se afirmar que o direito do acusado ser ouvido deve ser levado em consideração por todos os poderes do Estado, seja na forma da lei, seja na aplicação de tal direito pelo judiciário.

Entretanto, nessa seara de decisões que relacionam a fórmula do homem-objeto e a dimensão objetiva da dignidade humana pode-se citar como uma decisão deveras significativa a mudança nas informações requeridas pela lei do Censo⁵³. Neste julgamento, o TCF determinou que algumas informações não deveriam ser solicitadas, pois seria contrário à dignidade humana se o Estado pudesse reivindicar o direito de registrar e catalogar as pessoas em toda a sua personalidade por meio de uma ordem legal⁵⁴.

Além dessa decisão, cabe citar a obrigação do Estado em proteger a vida humana, impedindo que o legislador crie normas que acabem por operar um direito penal repressivo e que acabe por permitir, também na ação policial, que a vida humana seja colocada em risco (STARCK, 1981, p. 459).

Como afirma Peter Häberle (2009, p. 55), o TCF exigiu em diversos momentos que os poderes estatais protegessem a dignidade humana em matéria

⁵³ BVerfGE 27, 1.

⁵⁴ Em 15/12/1983, o TCF, por meio de uma Reclamação Constitucional, declara inconstitucional e, por isso, nulo o §9º da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*). Esse dispositivo legal possibilitava “a comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa” (SCHWABE, 2005, p.234). O BVerfGE decidiu que, em vista da sociabilidade inerente ao ser humano, é viável e constitucional que haja a tramitação de dados para o esclarecimento da população sobre a situação da Alemanha e dos cidadãos no país, ou seja, “o indivíduo não tem um direito no sentido de um domínio absoluto, ilimitado, sobre ‘seus’ dados” (SCHWABE, 2005, p.238). Entretanto, o que preocupou o Tribunal e guiou o seu voto, foi a falta de determinação legal sobre a utilização dos dados pelos órgãos públicos e os perigos desses dados perderem o caráter anônimo previsto em lei.

penal e processual penal, como, por exemplo, a situação jurídica do réu na prisão preventiva, proibindo a publicação do seu nome (BVerfGE 34, 369); o direito ao silêncio para os acusados e para as testemunhas, em caso de autoincriminação (BVerfGE 56, 37, p.43), “[...] do mesmo modo como ocorre com a adequação da punição à culpabilidade”.

Entretanto, a dimensão objetiva não se limita à proteção formal que advém da fórmula do homem-objeto, principalmente em vista da falta de um conteúdo material concreto. Com base nessa falta de conteúdos materiais, pode-se citar, como exemplo de crítica, o julgamento conhecido como *Großer Lauschangriff* (BVerfGE 109, 279), quando foi demonstrado que o conteúdo da fórmula do homem-objeto é menos abrangente que a compreensão de um (possível) núcleo essencial da dignidade (DAMMANN, 2011, p.146)⁵⁵.

Críticas à parte, Baldus (2011, p. 540) ressalta que na dimensão objetiva a dignidade atua não somente à luz de uma dignidade individual de uma pessoa concreta, mas também vê a dignidade como proteção do ser humano perante o Estado. Tal opção é o que se lê da decisão conhecida como *Tanz der Teufel* (BVerfGE 87, 209, p.132), na qual o Tribunal afirma que, além da dignidade individual, todos possuem, como espécie humana, o direito de ser protegidos pelos poderes públicos, independentemente da classe social e das características físicas ou mentais. De fato, o TCF compreende a dimensão objetiva à luz da vinculação dos órgãos públicos a deveres e ações que concretizem o conteúdo desse direito.

Mas além de um aspecto objetivo, o TCF também já assentou os conteúdos subjetivos da dignidade humana. Embora o TCF considere essa característica subjetiva em vinculação ao conteúdo dos direitos fundamentais, pode-se ler também no art.1º, III a exigência de um direito subjetivo público da dignidade humana (BRUGGER, 1997, p. 9-10)⁵⁶.

Como relembra Christoph Enders (2018, p.102), o TCF já considerou o conteúdo jurídico-subjetivo da dignidade humana em duas decisões de grande

⁵⁵ Outro exemplo que se vê a diferenciação desses dois elementos é na decisão sobre a possibilidade do uso do polígrafo. “Der BGH begründete sein Urteil maßgeblich mit den Auswirkungen des Lügendetektors auf die Subjektstellung des Angeklagten im Strafverfahren, also mit der Objektformel, von der der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zu unterscheiden ist. Der BGH entwickelte also kein eigenes Kernbereichskonzept vor der bundesverfassungsgerichtlichen Kernbereichsrechtsprechung” (DAMMANN, 2011, p.147-148).

⁵⁶ BVerfGE 1, 343; 15, 255; 61,137. Em âmbito doutrinário pode-se citar KUNIG, 2000, art.1º, §3º; ZIPPELIUS, nota de rodapé 9, art.1º, §10, 1995.

repercussão social: o Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267), julgado em 30/06/2009, e nas decisões que se referem aos direitos sociais, destacando-se entre elas, o assim conhecido *Hartz IV*, julgado em 09/02/2010.

No Tratado de Lisboa, o TCF afirmou que a liberdade e a igualdade de participação nas eleições são características elementares do princípio democrático, características essas que estão fundamentadas na dignidade humana. Por isso, segundo o TCF, o direito ao voto é um direito subjetivo essencial aos cidadãos na participação democrática, participação essa que seria incompleta sem a escolha livre e igualitária do *Bundestag*.

Na seara das decisões referentes aos direitos sociais⁵⁷, embora tal temática seja analisada especificamente mais adiante, no que se refere à dimensão subjetiva da dignidade humana, o TCF⁵⁸ preza pela existência do direito a um mínimo existencial em vista da vinculação da dignidade humana com o Estado Social. Nesse sentido, em relação a cada pessoa humana⁵⁹, Bührer (2020, p. 143) destaca que “o estado tem o dever de atender aos requisitos necessários para garantir a realização da liberdade individual” e, além disso, especificamente no caso *Hartz IV*, assentou-se a necessidade da previsão legal da proteção e garantia dos conteúdos dessa dignidade.

Não obstante essas decisões emblemáticas terem citado (também) a dimensão subjetiva da dignidade humana, conforme o próprio Christoph Enders (2018, p.102), a característica subjetiva aparece como um *Vordergrund*, não sendo, portanto, um *Eingriffsabwehr*. Afinal, contra a ideia de interpretar o conteúdo jurídico da dignidade humana como direito subjetivo, está o fato de que ela poderia sofrer as limitações dos direitos fundamentais e sofrer os perigos de um nivelamento de sua eficácia, quando da busca de específicas concordâncias com as outras normas fundamentais (GEDDERT-STENACHER, 1990, p.172).

À luz dessas discussões, como afirma Friedhelm Hufen (2004, p. 314), tal tema não se deve pautar somente na possibilidade de sopesar ou não a dignidade humana perante outros direitos fundamentais, mas no dever de proteção e cuidado do Estado. Como afirma o autor, essa proteção não se efetiva sem um cuidado para

⁵⁷ Para uma análise da evolução da dimensão subjetiva da dignidade humana em relação ao Estado Social, vide NEUMANN, Volker. *Menschenwürde und Existenzminimum*. Berlim, 1994, p.14 ss.

⁵⁸ (BVerfGE 99, 216)

⁵⁹ “Der Staat hat somit die Pflicht, die notwendigen Voraussetzungen für die Realisierung der individuellen Freiheit zu schaffen”.

com o indivíduo concreto e portador de direitos fundamentais, mostrando-se, portanto, plausível, em vista da busca dessa proteção, tanto a dignidade como princípio do Estado, assim como direito subjetivo de cada pessoa (BVerfGE 61, 126).

2.5 RELAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DOS DEMAIS PRINCÍPIOS (ART.20)

A LF elencou em seu artigo 20 os princípios constitucionais do Estado de Direito, da Federação, da República, da Democracia e do Estado Social. Por mandamento do art. 73, III, esses princípios, além da dignidade humana, são considerados cláusulas pétreas, sendo vedado que qualquer ato normativo ou ato do poder público viole o núcleo desses princípios supracitados.

Além de serem cláusulas pétreas, o TCF já afirmou que há nesses princípios diversas dimensões jurídicas de seus conteúdos que tangem a proteção e o cuidado da dignidade humana. Cabe agora analisar a relação desses princípios com o art.1º, I da LF.

2.5.1 Estado de Direito, democracia e federação

Uma das principais tarefas do princípio do **Estado de Direito** é evitar que “o núcleo da liberdade de cada pessoa humana seja colocada em perigo”, destaca Benda (1975, p.10), afinal, num Estado de Direito, não são os interesses estatais ou da maioria que devem ser o fundamento da ordem política. Pelo contrário, conforme Dammann (2011, p.127), o objetivo ideal de um Estado de Direito, que também é democrático, é a crença de que os interesses públicos são resultado direto de uma ponderação justa da proteção e dos interesses de todos os cidadãos.

Continuando seu raciocínio, este autor enfatiza (2011, p. 133) que, embora o TCF não busque criar uma dicotomia entre as medidas para a proteção do público em geral e do interesse individual, a proteção de um núcleo essencial é sempre respeitada, afinal, num Estado de Direito, as restrições nunca podem ser pautadas exclusivamente em interesses estatais, principalmente no que se refere ao direito penal. Nessa seara, o TCF afirmou a inconstitucionalidade de uma lei com base na afronta ao art. 2º da LF. Segundo o TCF (BVerfGE 55, 159), o Estado de Direito exige, à luz da liberdade geral disposta no art. 2º, que todo o indivíduo seja protegido de

interferências desnecessárias das autoridades públicas. Caso haja necessidade da intervenção para atingir alguma meta do legislador, deve-se usar os meios adequados e não impor ônus indevidos aos indivíduos.

Além disso, a interpretação do princípio do Estado de Direito à luz do princípio da dignidade humana exige que os direitos fundamentais sejam respeitados pelas leis e atos processuais, principalmente no que se refere ao âmbito penal (GEDDERT-STEINACHER, 1990, p.160), não permitindo que o ser humano seja mero objeto (BVerfGE 57, 250, p. 275). Como relembra Peter Häberle (2014, p.174-175) o Estado de Direito exige que o legislador concretize o direito a um processo justo a todo ser humano, conforme já preceituado pelo TCF (BVerfGE 63, 45).

Além do Estado de Direito, o **princípio democrático** possui importantes conteúdos que tangenciam a proteção da dignidade. Como já afirmado anteriormente, a concepção de ser humano presente na Lei Fundamental (LF) é de um ser humano inserido num ambiente comunitário e que possui diferentes posições políticas e sociais. Desse modo, o art.1º da LF abarca e protege uma base comum para todas as posições ideológicas, rejeitando interpretações unilaterais ou estáticas (HÄBERLE, 1987, p. 837).

Essa pluralidade política e social é garantida principalmente pela estrutura e concepção democrática do Estado. Entretanto, a dignidade humana não atua somente como fundamento para a ordem de uma democracia, ela também impõe limites às escolhas da maioria. Por isso, em relação às decisões do TCF, na relação entre dignidade humana e democracia, pode-se citar três características preponderantes: o a) reconhecimento da capacidade e determinação moral de cada ser humano; b) a liberdade de ideias e opiniões e c) os limites que a dignidade impõe ao ambiente democrático.

Iniciando pela autodeterminação moral, indubitavelmente o processo democrático permite que diversas dimensões da dignidade humana possam ser concretizadas no espaço público por meio da ordem constitucional. Os direitos democráticos de participação garantem que as decisões pautadas na consciência pessoal possam se fazer presente na esfera pública e política, diz Zippelius (1995, §80, p.36)⁶⁰. Nessa linha de participação, já decidiu o TCF que toda a pessoa humana

⁶⁰ “Das Recht aus moralische Selbstbestimmung kann auch dadurch tangiert werden, daß Kindern entgegen ihrem Willen oder entgegen dem Willen ihrer Erziehungsberechtigten Bildungsangebote aufgegrängt werden, die sie nach ihrer ernshaften moralischen Überzeugung in dieser Form

possui um “direito à participação livre e igualitária no poder público”⁶¹ (BVerfGE 123, 267, p.341) e nessa participação pública o Tribunal reconhece um núcleo dos direitos humanos do princípio da democracia (BVerfGE 142, 123). Como afirma Enders (2019, p.112), o reconhecimento e a participação igualitária na comunidade política são sustentadas também pelo princípio democrático, de modo que o direito de voto que se levanta do conteúdo desse princípio, pressupõe a comunidade política e o pertencimento a ela.

No que se refere à liberdade de ideias e opiniões, já no conhecido *SRP – Verbot* - julgamento que decidiu pela inconstitucionalidade do Partido Socialista do *Reich* - o TCF assentou que o Estado constitucional garante a pluralidade e a abertura a ideias e opiniões numa ordem livre e democrática (BVerfGE 2,1). A ordem democrática supõe que o ser humano possui um valor independente na sociedade, de modo que a igualdade e a liberdade são valores fundamentais da unidade estatal (BverGE 2, 1, p.12). Nesse sentido, destaca Geddert-Steinacher (1990, p.177) que o próprio conceito de democracia possui elementos que estão relacionados aos conteúdos da dignidade humana, como a liberdade de opinião, o livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação. Por isso, conceitos democráticos que não abrangem esses elementos, não são recepcionados pela ordem constitucional.

Já no julgamento do *KPD-Verbot* - julgamento que decidiu pela inconstitucionalidade do Partido Comunista da Alemanha - percebe-se ainda mais claramente como o TCF conjugou os conteúdos democráticos com a dignidade humana. Nessa decisão, vinculou-se o conceito de democracia à dignidade e à autonomia, referenciando esses conceitos aos direitos civis, exigindo que a ordem jurídica garanta a individualidade livre e igualitária (GEDDEERT-STEINACHER, 2005, p.177).

Além dessa maior relação com as liberdades individuais, o princípio democrático também permite que os cidadãos exponham no espaço público a sua compreensão de dignidade e quais elementos sociais, precisam ser protegidos e respeitados. Como afirmou peremptoriamente Werner Maihofer (1972, p. 26), a democracia, vinculada à dignidade humana e ao Estado Social, possui a tarefa de

ablehen (so im Ergebnis BverGE 47, 73 zum Sexualkundeunterricht)” (ZIPPELIUS, 1995, §80, p.36).

⁶¹ “Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt”.

garantir que seus cidadãos tenham o direito e a capacidade de decidir quais são as necessidades individuais e quais as habilidades pessoais precisam ser desenvolvidas no espaço público social.

Entretanto - no que se refere aos limites impostos ao princípio democrático - a própria participação exige que fundamentos constitucionais sejam respeitados. Desse modo, como fundamento para a participação democrática, a dignidade é também limite para a atuação das escolhas dos cidadãos. “Nesse sentido, a democracia da LF é uma democracia baseada em valores”, destaca Grzeszick (2010, p.30, tradução nossa)⁶². Afinal, as decisões das majorias democráticas não são ilimitadas. Segundo o TCF, os princípios constitucionais também vinculam e limitam os interesses gerais predominantes (BVerfGE 109, 279, 303), assim como toda a vontade geral pública (BVerfGE 34, 238, 245)⁶³. Essas compreensões demonstram que a democracia da LF é uma democracia contenciosa, ou seja, uma democracia que é defendida pela própria ordem constitucional (GRZESZICK, 2010, p.39, §57)⁶⁴.

No que se refere ao **princípio federativo**, é preciso lembrar que a construção de Federação da República Alemã não foi baseada na centralização de tarefas administrativas. Muitos ministérios da República não possuem o poder de uma estrutura burocrática para implementar decisões políticas, cabendo aos estados federados a tarefa de tomar decisões mais pontuais e concretas em suas regiões (BEYME, 2017, p.346). O Federalismo, com sua divisão de competências, permite, portanto, que não haja ingerências institucionais por meio de poderes autocratas.

Além dessa limitação aos Estados, cabe citar as exigências presentes no artigo 28, III: “A Federação garante a conformidade da ordem constitucional dos Estados com os direitos fundamentais e as disposições dos §1º e 2º”. Por isso, embora os Estados tenham autonomia em sua organização administrativa, na interpretação dos direitos fundamentais, eles devem se basear nos direitos fundamentais da Lei Fundamental, principalmente no que se refere à interpretação de seus conteúdos pelo TCF (DEGENHART, 2009, p.137). Como afirmou Gärditz (2013, p. 451), as constituições dos Estados são “campos de gravitação do TCF”⁶⁵.

⁶² “In diesem Sinne ist die Demokratie des GG also eine **wertgebundene Demokratie**”.

⁶³ É importante recordar que essa limitação ocorre também pelos representantes democráticos. Desse modo, as leis que são propostas e aprovadas por esses representantes, principalmente relacionadas ao direito penal e administrativo (DAMMANN, 2011, p.127), devem seguir os limites emanados do conteúdo da dignidade.

⁶⁴ BVerfGE 5, 85; 13, 46.

⁶⁵ “Gravitationsfeld des Bundesverfassungsgericht”.

Também nessa seara, cabe recordar que os conteúdos protegidos pela cláusula pétrea do art.79, III, devem ser seguidos por todos os entes federados. Ou seja, é proibido a qualquer constituição estadual a previsão de normativa que afete a “divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1º e 20”. Cabe ressaltar a decisão do TCF (BVerfGE 34,9) que exigiu, à luz da compreensão das tarefas do Estado e sua relação com os entes federados, que as Constituições dos Estados devem respeitar (e proteger), não podendo abolir as garantias dispostas no artigo supracitado (SARLET; SGABOSSA, 2021, no prelo). Desse modo, assenta-se a premissa de que não apenas a divisão do governo federal em estados, mas o estado e suas características essenciais são abrangidos pela cláusula pétrea (DÖRFER, 2010, p. 57-59).

Analisados a relação da dignidade humana com esses três princípios, cabe agora analisar a relação do art.1º com o Estado Social. Essa análise merece destaque, principalmente, em vista do impacto que o progresso da interpretação desse princípio terá na ordem constitucional alemã.

2.5.2 Estado Social

Desde o início de sua judicatura, não foi uma tarefa fácil para o TCF definir o conteúdo de proteção do Estado Social, assim como sua vinculação (ou não) à definição jurídica de dignidade humana (WALLERATH, 2008, p.160-162)

Como afirmado anteriormente, o Conselho Parlamentar em Bonn foi contra a redação de um catálogo de direitos sociais específicos na LF (SORIA, 2005, p.644) e, por isso, no seu início, a interpretação feita da LF alemã, num geral, era de que o Estado Social não seria uma norma dirigente, mas política. Além disso, segundo Sandkühler (2014, p. 285), em vista também de ser deveras um conceito abstrato e indefinido, esse princípio seria uma disposição estatal que poderia ou não ser implementada pelo legislativo (EICHENHOFER, 2011, p.132). Desse modo, afirma-se, após sua promulgação, que a Lei Fundamental, enquanto texto, não conhece

direitos sociais básicos, assim como nenhum outro programa social específico (PAPIER; SCHIRVANI, 2018, p.132)⁶⁶⁻⁶⁷.

Na esteira dessa compreensão, ainda em 1953, afirmou Günter Dürig (1953, p.194), numa interpretação sistemática, que a LF cataloga em seu texto, a reserva de lei nos artigos 2, 4, 8, 10, 13 e 16. Portanto, a compreensão de uma subsidiariedade e de uma liberdade de decisão do legislativo e da administração pública são contemplados pelo autor, não afirmando que haveria uma vinculação direta dos direitos fundamentais de caráter social.

Com esses pressupostos, entende-se o porquê no início de sua judicatura, o TCF compreendia que os direitos fundamentais visavam à proteção do indivíduo contra o Estado, mas não a concessão de reivindicações de cuidados pelo Estado (SORIA, 2005, p.645). Ademais, pelo contexto histórico à época, existia a preocupação em garantir que a maior condução econômica do Estado não usurpasse o campo de liberdade de cada ser humano⁶⁸, preocupação essa vislumbrada logo após 1949.

Com o decorrer do tempo, as interpretações que vão sendo feitas da LF demonstram que o Estado Social vinculava o legislador à garantia de certos níveis de vida, seja em vista das novas compreensões sociais e políticas do poder público, seja em decorrência de novas interpretações doutrinárias.

No âmbito político, embora antes já houvesse uma estrutura de seguridade social desde a época de Bismarck, e logo depois da guerra, em 1950, a Lei Federal de Pensões (*BVG*) regesse o cuidado para com os avariados em guerra (HÄNLEIN, 2018, p.106), o início concreto de um trabalho para uma Lei de Assistência Social ocorre no final de 1955, ano em que o Ministério do Interior inicia um estudo para implantar uma nova Lei de Assistência Social. Por isso, pode-se afirmar que em 1955, a constelação política inicia uma mudança, na qual o auxílio Estatal deveria garantir a

⁶⁶ Nessa discussão, recorda-se a conjuntura política entre a Alemanha oriental e ocidental. Como afirmou Georg Strickrodt (1952, p.386), político da CDU, o perigo de um *wohlfahrtsstaat* “[...] schon dann zur Diktatur entarten muß, wenn er die Grenzen, die der Verfassungsstaat sich selbst aufrichtet, zu verachten beginnt” (p.386).

⁶⁷ Embora existisse no TCF uma evolução da compreensão do conteúdo da dignidade humana, em julgamento na data de 24.6.1954 (1954, p.757), a compreensão de Estado Social “[...] erschöpft sich nicht in der Gewährung von materiellen Leistungen, sondern verlangt daß die Teilnehmer der Gemeinschaft als Träger eigener Rechte anerkannt werden, die grundsätzlich einander mit gleichen Rechten gegenüberstehen [...]”.

⁶⁸ Essa tensão entre Estado Social e liberdade, é percebida, por exemplo, no artigo de Erhard C. Denninger. *DAS MASS ALS MITTE VON FREIHEIT UND ZWANG: Zum Begriff Des Sozialen Rechtsstaates.* *Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie*, v. 48, pp. 315–328, 1962.

ajuda para emergências individuais, superando, aos poucos, a ideia de uma simples manutenção da vida (FÖCKING, 2010, p.112).

Em âmbito doutrinário, em 1954, Otto Bachoff (p. 42) lança um artigo que é deveras um ponto de inflexão para a compreensão da época. Para ele, a LF não restaura os direitos burgueses, mas uma real e segura justiça que vincula diretamente o poder legislativo, com base também no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conteúdo esse que deve ser garantido também pelo Estado Social. Além da vinculação ao direito à vida e à incolumidade do corpo, afirma ele peremptoriamente, que essas disposições constitucionais não representam somente a proibição de interferência e destruição da vida humana, mas também, à luz do art. 1º, I, uma garantia positiva de um mínimo existencial. Destarte, se esses direitos supracitados possuem essas exigências jurídicas, em vista de sua vinculação imediata conforme o art. 1º, III, a administração pública e o legislador estão diretamente vinculados.

Além dele, embora com uma compreensão formal de dignidade humana, autores como Carl Nipperdey (1954, p. 6) recordam que a ideia da dignidade humana protege também a digna existência humana. Como relembra este autor, o art.1º, combinado com o art. 2º, além do art. 20 (Estado Social), demonstram a necessidade de haver o direito a um nível mínimo de bens para uma existência digna. Entretanto, esses elementos mínimos seriam somente mais tarde reconhecidos na jurisprudência do TCF.

Como afirmou o próprio TCF em 1956 (BVerfGE 5, 85, p.198), no julgamento *KPD-Verbot*, o termo social catalogado na LF significa o ideal de uma democracia social na forma do Estado de Direito (BVerfGE 5, 85, p.197). Para o TCF, a liberdade de escolha do legislador era deveras ampla, também, porque a LF não impunha nenhum modelo econômico⁶⁹ (CAMPOAMOR, 2003, p.169)⁷⁰ ou moral⁷¹, ou

⁶⁹ Numa interpretação histórica, como afirma Ángel Garrorena (1980, p.94), o fato de existir o consentimento da SPD na elaboração e aprovação da LF – lembrando que nessa época a SPD se mostrava publicamente contra alguns fundamentos do modelo capitalista – demonstra que a forma de implementação e de estrutura do Estado Social pode ter diversos contextos interpretativos.

⁷⁰ O próprio conteúdo jurídico da ideia de igualdade era interpretado à luz de uma interpretação da liberdade e não da ação estatal. A ideia de igualdade traduzia o reconhecimento da *igualdade da natureza humana*. Comparando com Weimar, houve uma salto qualitativo, quando não seria mais a igualdade de todos os alemães (*alle Deutsche*), como dispunha o art.109. Agora a proteção seria igualmente a toda a pessoa humana (*alle Menschen*) (APELT, 1951, p.354).

⁷¹ É preciso lembrar que, embora o estado social precise levar em conta elementos econômicos quando da concretização de direitos, uma teoria baseada na normatividade da dignidade humana

seja, há uma neutralidade no modelo a ser seguido, apesar de - como dispõe a própria decisão (p.206) - o Estado Social pretender limitar os efeitos nocivos de uma liberdade social irrestrita, buscando alcançar progressivamente a igualdade num nível razoável.

Na década de 60, no geral, o Tribunal continua afirmando que na relação entre a liberdade de cada indivíduo e os requisitos para uma ordem social, o legislativo possui um amplo espaço de atuação (BVerfGE, 10, 354, p.370). Além dessa decisão, no julgamento sobre a assistência social aos jovens (BVerfGE, 22, 180, p.204), decidiu-se que o princípio do Estado Social exige uma ordem justa, mas que o legislador deve alcançar esse objetivo. O Estado Social, portanto, determina apenas o que será feito como objetivo, mas deixa o caminho aberto para o legislador decidir a melhor maneira dessa concretização.

No fim da década, conforme os ensinamentos de Sachs (2018, p.817) e Grzeszick (2014, art. 20, §1), embora não demonstre uma mudança substancial da Corte, proclama-se como uma orientação do Estado Social a proteção dos mais vulneráveis (BVerfGE 26, 16 37), não obstante ainda continue na premissa da independência acima já descrita (ZACHER, 1969, p.116). Até o fim da década, portanto, a negação da qualidade jurídica subjetiva dos direitos sociais fez com que as leis tivessem pouca relevância prática. Prova disso, é que no âmbito federal, até a decisão que tratou sobre a Proteção à Maternidade (*Mutterschutz*), não há reclamações constitucionais referentes a direitos fundamentais sociais (BRUNNER, 1971, p. 27).

As novas compreensões do Estado Social - mas também com fundamento na interpretação do art. 79 III, em que se afirma que os artigos 1º e 20 possuem o conteúdo jurídico de princípios (JESTAEDT, 2004, p.828) – assim como as leis sociais na Alemanha acabam por modificar a interpretação até então vigente sobre o tema.

Como afirma Karl H. Friauf (1996, p. 70-71), pode-se citar como causa dessa mudança, além das acima já descritas, a crise econômica de 1970, que impôs a necessidade de proteger os riscos típicos da vida na era industrial, devendo-se buscar a promoção social necessária no campo da política econômica. Nessa assim conhecida “Fase de intensificação do Estado Social”, a função do estado de bem-estar

se difere de uma concepção utilitarista ou de uma ideia de libertarismo (STEIGLEDER, 2014, p.472). Difere-se daquela, pois a dignidade exige uma compreensão (também distributiva) e não a simples maximização de resultados e de sua utilidade. Além disso, difere-se de um libertarismo, pois a dignidade compreende mais do que somente direitos negativos.

social cresce, à medida que a compreensão *keynesiana* vai se deteriorando (SÜß, 2010, p.127-130). E, durante e após a crise de 1970, faz-se necessária uma maior forma de proteção a um maior grupo de pessoas⁷².

Embora já houvesse decisões que fossem conduzindo a essa compreensão⁷³, em 1975, na decisão conhecida como *Weisenrente II* (BVerfGE 40, 121, p.133), o TCF concretiza a interpretação de que é dever do Estado a garantia de requisitos mínimos para uma existência digna, estabelecendo um dever de cuidado para com aqueles que necessitam de assistência (STARCK, 1976, p.521). Embora ainda reafirme sua concepção de que há diversas maneiras de concretizar determinado mandamento constitucional, o TCF afirmou que o cuidado para com os necessitados é um claro dever do Estado Social, incluindo o devido cuidado para os enfermos que não podem, por si, desenvolver-se pessoalmente ou socialmente.

Pode-se afirmar que é a partir do volume 45 de suas decisões, em que se constata uma maior vinculação entre o princípio do Estado Social e o conteúdo da dignidade humana (WALLERATH, 2008, p.160-161). Assim, se em 1954 o TCF afirmou que a ideia de cuidado presente no art.1º não abrange a proteção a perigos concretos, mas, de certa forma, abstratos, a partir de 1975, o Tribunal vai afirmar que o cuidado para com os necessitados é um claro dever do Estado Social, confirmando peremptoriamente que a assistência social é necessária para os concidadãos que são incapazes de se manter economicamente por causa de enfermidades físicas e mentais.

Portanto, para Teifke (2011, p. 96), a compreensão do princípio de um Estado Social como norma fundamental, em conjunto com a interpretação da dignidade humana enquanto programa de Estado, faz com que o descumprimento de direitos individuais a um nível de subsistência decente acarrete no desrespeito à dignidade humana de forma direta. Para Robbers (2009, §§ 1495), essa compreensão de Estado Social fez com que houvesse o dever de garantir um mínimo de existência,

⁷² Nessa fase são criadas, por exemplo, a *Schülerunfallversicherung*, *Studentische Krankenversicherung*, *Schutz von Menschen mit Behinderungen*. Em 1972, com a *Rentenreformgesetz*, inicia-se um significativo desenvolvimento da compreensão de dever do Estado. Entre as consolidações desse direito estavam “eine Rente nach Mindesteinkommen für Kleintrenter und die flexible Altergrenze wurden eingeführt, die Rentenversicherung wurde (zu sehr günstigen Bedingungen) für Selbständig und Hausfrauen und somit für die gesamte Bevölkerung geöffnet, wurde eine Volksrentenversicherung” (HÄNLEIN, 2018, p.110).

⁷³ BVerfGE 5, 85; e BVerfGE 35, 202.

significando que existe a obrigação de se realizar medidas jurídicas fáticas e estruturais, garantindo meios e condições mínimas à existência de cada pessoa.

Assim, entre outros motivos, mas também relacionados a essas novas interpretações, embora o legislador continue tendo autonomia e discricionariedade, ele está vinculado constitucionalmente a garantir um mínimo material à população, ou seja, a cada pessoa humana e não somente a determinados grupos considerados vulneráveis (WALLERATH, 2008, p.157).

Com base nessa evolução, à luz do caráter deontológico da dignidade humana, pode-se definir o Estado Social como a exigência do Estado em transformar as relações sociais, garantindo condições econômicas básicas, com o objetivo concreto de possibilitar uma vida digna a todos (ZACHER, 1977, p.154).

2.6 A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA À LUZ DE SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, À LIBERDADE, À PERSONALIDADE E AOS DIREITOS PROCESSUAIS

Conforme já apresentado e discutido no texto, há conteúdos dos direitos fundamentais que tangenciam a norma da dignidade humana, exigindo-se uma maior análise do TCF nesses casos, destacando-se o direito à vida, à liberdade, à personalidade e aos direitos processuais. Nesse ponto do trabalho, far-se-á essa análise, apontando quais conteúdos da dignidade também se referem aos direitos supracitados.

2.6.1 *Dignidade humana e direito à vida*

Vida e dignidade humana, indubitavelmente, possuem conteúdos jurídicos muitas vezes (mas não sempre!) idênticos. Perscrutar a vinculação desses dois conceitos na jurisprudência do TCF exige discorrer sobre duas perguntas fundamentais: quando é reconhecida a titularidade da vida humana e em que medida o conteúdo do direito fundamental à vida e à dignidade humana são ou não comuns entre si.

Quanto a primeira questão, embora os contextos morais diverjam, assim como a própria ciência médica, pode-se afirmar que a vida não começa com o nascimento, mas já com a fertilização do óvulo, momento em que se inicia o processo

da formação da identidade genética (MURSWIEK; RIXEN, 2018, p.149). Essa é a posição do TCF que, de certo modo, desenvolve a ideia, de que há uma “espécie de fungibilidade entre a dignidade e a vida, no sentido de que onde há vida há dignidade, e a violação de um, por via de consequência, implica a violação do outro bem jurídico constitucionalmente tutelado” (SARLET, 2020, p.128). Isso leva a concluir que a proteção da vida é o direito fundamental mais geral e elementar, sendo o valor mais alto da Lei Fundamental, seja pela sua vinculação à dignidade humana, seja porque a agressão à vida está intimamente ligada à agressão a um direito fundamental (KLOEPFER, 1976, p. 412).

No julgamento conhecido como *Schwangerschaftsabbruch I* (BverGE 39, 1), decidiu-se, em 1975, que era inconstitucional o art. 218a e art. 218b do Código Penal alemão. Esses artigos previam, respectivamente que, (i) ultrapassada a 12ª segunda semana de gestação, a prática do aborto não seria punida se a gestante comprovasse, por indicação médica, o perigo à sua vida e à sua saúde; e (ii) até a 22ª semana, em razão de herança genética ou de problemas antes do nascimento que acarretassem ao feto deficiência que não pudesse ser curada e que tornasse a continuidade da gravidez inexigível. Em vista da dignidade (da pessoa) humana e do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, o TCF decidiu que seria inconstitucional o chamado “*Fristenlösung*”, ou seja, soluções normativas por meio de prazos.

Por isso, sob a compreensão da vinculação entre esses dois conceitos, a compreensão de começo da vida pelo TCF, conforme assentado no caso *Schwangerschaftsabbruch II*, é que da junção do conteúdo genético masculino e feminino inicia um desenvolvimento contínuo da vida humana. A partir dessa determinação do *Schwangerschaftsabbruch II*, decidiu o TCF (BVerfGE 88 S. 203), por meio de controle concentrado de normas, em 1993, que a vida intrauterina também deve ser protegida, em vista dos deveres objetivos que exsurtem dos direitos fundamentais. Entretanto, o Estado pode estabelecer excludente de ilicitude no ato abortivo em caso de graves ameaças à saúde da mulher, com duas condições: que seja realizado até a 12ª semana e que seja obtida recomendação que comprove o estado de necessidade.

Por isso, nem a nidação nem o nascimento devem ser vistos como pontos de inflexão nesse processo, afinal esse desenvolvimento ocorre como um todo, não podendo ser uma vida dividida, desenvolvendo-se em todo o processo como um ser

humano (BVerfGE 88, 203, p.251-252). Com base nesse argumento, a obrigação de cuidar e proteger essa vida humana existe não somente pelo dever do Estado de proteger a humanidade em geral, mas, *in casu*, para o cuidado da vida humana individualmente.

Entretanto, tendo em conta que a proteção do princípio da dignidade humana não é absoluta, quando sopesado com outros direitos fundamentais, a gestante também deve ser protegida em sua dignidade, em seu direito à incolumidade física como também em seu direito de personalidade. Assim, o Estado deve considerar uma legislação que leve em conta a colisão desses direitos, pois os direitos fundamentais não são tão amplos a ponto de permitir decisões arbitrárias sobre a vida do nascituro, mas não tão limitados que não seja permitido qualquer ato de escolha da gestante. Por isso, o legislador tem a margem de conformação para escolher a melhor forma de decidir, desde que tenha em conta a proibição de insuficiência (BVerfGE, 88, 203, p.203-205).

Mesmo limitando a análise desse caso à vinculação entre os dois direitos fundamentais, a polêmica em torno desse tema gera deveras diferentes posicionamentos e interpretações jurídicas.

Primeiramente, embora o TCF tenha falado de um processo de desenvolvimento, quando cabe ao Estado proteger o feto à luz dos deveres objetivos dos direitos fundamentais, não ficou claro se a proteção subjetiva dos direitos fundamentais começa apenas com a fertilização do óvulo, ou já com a fusão do material feminino e masculino (MURSWIEK; RIXEN, 2018, p.150). Embora o direito penal alemão tenha em conta como fato típico somente atos feitos após a nidação (LAUFS, 1986, p.773)⁷⁴, não se pode afirmar, que no material genético do óvulo fecundado não se vislumbra uma vida humana, até porque, não se pode esquecer que dentro desse material genético já está presente toda a potencialidade para o crescimento de uma vida humana (DI FABIO, 2004, art. 2, §25), tese essa defendida, por exemplo, dentro de um contexto teológico católico.

Mesmo com essa problemática, quando há diversos interesses jurídicos em jogo, como afirma Michael Kloepper (1976, p. 413), é possível afirmar que existe uma

⁷⁴ “Geschütztes Rechtsgut der Tötungsdelikte im engere Sinne ist das geborene Menschliche Leben, Tatobjekt der geborene Mensch. Er gewinnt diese Qualität mit Beginn des Geburtsaktes. Dies gilt auch für die Körperverletzungsdelikte”.

diferenciação de acordo com a garantia e a limitação, sendo viável a restrição do direito à vida, mesmo que interpretado à luz da dignidade humana.

Quanto à segunda pergunta sobre a proteção ao direito à vida, em 2006, o TCF ao julgar a famosa *Luftsicherheitsgesetz* assentou que a vida humana é a base vital da dignidade humana, de modo que cada pessoa possui essa dignidade, sem ter em conta sua situação física ou existencial, assim como o status social ou sua renda (BVerfGE, 115, 118, p.152). Portanto, nessa vinculação, na qual ambas possuem conteúdos de proteção da liberdade, a vida humana não pode ser um simples objeto da ação estatal.

Dessa decisão, exsurge a opção do TCF de ser veementemente contra uma concepção estritamente biológica, na qual poderia levar a um conceito biológico de deformação (GEDDERT-STEINACHER, 1990, p.61), como aquela proposta pelo Nacional Socialismo. A simples existência garante, portanto, o reconhecimento de direitos perante o Estado.

Indubitavelmente, entre os elementos que estão relacionados ao direito à vida, está a integridade física, que possui uma relação inerente com o direito à vida, de modo que a agressão a uma representa agressão a outra (DI FABIO, 2004, §§53). Nas palavras de Epping (2019, p. 56), essa proteção à integridade física não significa menos do que “[...] a saúde humana no sentido físico-biológico”⁷⁵. Ou seja, trata-se de uma integridade física que, conforme a OMS, também inclui um estado de completo bem-estar físico, mental e social (SACHS, II, 2016). Sob essa compreensão integral, já decidiu o TCF (BVerfGE 56, 54, p. 74) que o ser humano é uma unidade entre corpo, alma e espírito, e por isso se fala da integridade corporal.

Também nessa seara, o TCF decidiu (BVerfGE 16,194) pela inconstitucionalidade da retirada de líquido cefalorraquiano e medular para provar a imputabilidade de um “[...] empresário processado criminalmente por não preencher corretamente formulários oficiais” (MARTINS, 2005, p.199). Decidiu-se que houve um desrespeito do tribunal de 1ª instância para com o direito fundamental à integridade física. Embora tal procedimento esteja previsto no artigo 81 do Código de Processo Penal, “[...] o direito fundamental de integridade física exige que a intervenção intencionada esteja adequada também com a gravidade do delito” (MARTINS, 2005, p.199)⁷⁶.

⁷⁵ “Die menschliche Gesundheit im biologisch- physiologischen Sinne”.

⁷⁶ Além dessa decisão, cabe citar também BVerfGE53, 30; 128, 282

2.6.2 Dignidade, liberdade e o desenvolvimento da personalidade

Desde o Conselho Parlamentar, a liberdade foi uma das principais referências para o conteúdo da dignidade humana. Indubitavelmente, a compreensão moral Kantiana, representada pela fórmula homem-objeto, foi a mais predominantemente utilizada pelo TCF, embora em sua origem já seja problemática – no que se refere à compreensão de meio e fim (HERDEGEN, 2009, §§36)⁷⁷. Além disso, com o passar dos anos, percebeu-se que tal fórmula seria insuficiente e demasiadamente abstrata para a proteção das dificuldades fáticas que adviriam.

Mesmo assim, como acima já afirmado, há importantes decisões do TCF com fundamento na fórmula do homem-objeto. No julgamento que tratou sobre a prisão perpétua (BVerfGE 45, 187), o TCF decidiu que a previsão da pena à prisão perpétua é constitucional. Entretanto, tal sentença pode ser modificada, a) seja pela possibilidade de clemência ou pela suspensão da pena, b) seja pela necessidade de se ter presente os possíveis danos psicológicos e/ou físicos que violam a dignidade do homem. Embora o Tribunal afirme que o ser humano deve ser também compreendido à luz de sua relação social e que por isso sua liberdade não é absoluta (BVerfGE, 45, 187, p.227-228), sua independência deve ser mantida, reconhecendo-se o valor intrínseco de cada indivíduo humano com sua personalidade auto-responsável. Desse modo, o respeito à dignidade impõe a proibição de punições cruéis, desumanas e degradantes, não podendo ser o acusado um mero objeto do Estado na luta contra o crime. Além disso, a vinculação da dignidade humana com a exigência do Princípio do Estado Social, exige que seja concedido e preservado um mínimo existencial, de modo que seria incompatível retirar do ser humano qualquer perspectiva de liberdade.

Outra decisão que vinculou o direito à liberdade e à vida, utilizando-se a fórmula do homem-objeto foi a decisão sobre a Lei de Segurança Aérea (BVerfGE, 115, 118, p.126). Depois dos atentados de 11 de setembro, promulgou-se na Alemanha a lei que previa a possibilidade de abater um avião, caso esse estivesse sob o controle de terroristas. O TCF decidiu pela inconstitucionalidade de tal lei,

⁷⁷ Como se lê da *Crítica da Metafísica dos Costumes*, a teoria absoluta da punição que acarreta na execução necessária do criminoso, possibilita a crítica da existência de uma certa retórica de instrumentalização (HERDEGEN, 2009, §§36).

alegando que ela viola a dignidade e a vida humana, pois transforma as pessoas em meros objetos da ação estatal.

Mas além da utilização da fórmula em si, afirmou o TCF, não sem duras críticas – como que criando um estado de exceção da dignidade⁷⁸ - que em tempos de paz, a discricionariedade da vida humana não pode ser decidida com base na decisão de um Ministro do Estado, pautado em informações de segurança. Ou seja, contraria a ordem constitucional a permissão para que a Administração Pública tenha um poder discricionário dessa amplitude.

Entretanto, essa fórmula já foi utilizada pelo TCF, de tal modo que ficou aberta a possibilidade de uma utilização menos ampla de sua proteção (HERDEGEN, 2009, §§36). Trata-se da famosa decisão conhecida como *Abhörurteil* (BVerfGE, 30, 1). Nessa decisão foi questionado, entre outros, a constitucionalidade das escutas telefônicas, assim como a limitação do sigilo de correspondência postal e de telecomunicação (MARTINS, 2005, p.179).

Por uma maioria de 5 a 3, o Tribunal decidiu que a norma seria constitucional, na medida em que há o reconhecimento de que a pessoa humana é mero objeto “[...] não apenas das relações e do desenvolvimento da sociedade, mas também do Direito, na medida em que deve se submeter em detrimento de seus interesses” (MARTINS, 2005, p.180). Desse modo, para que haja uma agressão à dignidade humana é preciso um tratamento que coloque em xeque a qualidade de sujeito ou um tratamento desrespeitoso; e essas agressões não estão presentes nas escutas e na interceptação de cartas.

Em votos divergentes a essa permissão, os três juízes afirmaram que essa interpretação pode levar à ideia de que a Lei Fundamental só proibiria a expressa tortura e os métodos nazistas o que, segundo eles, não seria a intenção da ordem

⁷⁸ “Grundsätzlich gilt: Menschenwürde kommt allen Menschen in allen Lebenslagen in gleicher Weise zu, aber nach Ansicht des Gerichts möglicherweise situationsabhängig mit völlig unterschiedlichen Konsequenzen. Das Gericht beschränkt seine Ausführungen nämlich ausdrücklich auf nichtkriegerische Streitkräfteeinsätze. Dies legt die Frage nahe, welchen Maßstab die Menschenwürde dann für *kriegsische* Streitkräfteeinsätze bereit hält. Ist hier nach Auffassung des Gerichts das Aufrechnen nach der zu erwartenden Zahl der Toten, das Opfer der einen um des Lebens der anderen Willen zulässig? Wenn es so wäre, hätte das Gericht selbst einen wichtigen Schritt zu Relativierung des Würdeanspruchs vollzogen, denn es doch gerade retten wollte. Die Menschenwürde im Krieg bedeutet demnach normativ etwas anderes als die Menschenwürde im Nichtkrieg. Damit aber würde die Menschenwürde in Wahrheit normativ aufgeweicht” (GRAMM, 2006, p. 658). Para maiores reflexões sobre a vida e dignidade humana em tempos de guerra, vide: ZIMMERMANN, Andreas; GEIB, Robin. Die Totung Unbeteiligter Zivilisten: Menschenunwürdig im Frieden - Menschenwürdig im Krieg. *Der Staat*, v. 46, n. 3, p. 377-394, 2007.

constitucional alemã, de modo que tal interpretação poderia permitir a volta de interpretações que desrespeitassem e ferissem o art.1º, I.

À luz dessas discussões, pode-se concordar com Sarlet (2019, p. 69), quando afirma que, no geral, o método procedimental do homem-objeto não garante um núcleo de proteção. Para ele, é constatável que essa fórmula apresenta-se como a proteção da antítese a tudo que pode violar a dignidade humana, entretanto, ela não pode ser necessariamente formulada num sentido negativo, “[...] já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade”. Gramm (2006, p. 658), concorda que é preciso considerar a qualidade dessa norma, afinal, ela descreve a possibilidade de reivindicação de proteção, independentemente da situação em que se encontra cada pessoa perante a Lei Fundamental.

Entretanto, é inegável a carga subjetiva que o Poder Judiciário pode conceder a esse conceito e, por isso, critérios e padrões precisam ser especificados (HERDEGEN, 2009, §27). Além disso, segundo Mahlmann (2008, p.102), o nome “fórmula” já produziria um *erro in terminis*, já que parece sugerir que o conteúdo da dignidade poderia ser reduzido a algum algoritmo constitucional facilmente aplicável, o que, como afirmado acima, não é o caso da proposta de Dürig. Além disso, o homem-objeto pode criar um mal entendido no sentido de generalização da proteção da dignidade humana, o que vai de encontro à jurisprudência do TCF que, por sua vez, analisa caso a caso o conteúdo protetivo.

Em vista dessa dificuldade na proteção de direitos, o TCF, influenciado pela doutrina, passa a repensar a dignidade mais relacionada com os direitos da personalidade, direitos esses que já tinham sido tema de discussão no projeto de elaboração da LF. Kunig (2000, p. 128-129) destaca que, desde o Conselho Parlamentar em Bonn, o art. 2º da LF foi concebido como a concretização da dignidade humana, embora houvesse dúvidas, desde sua vigência, sobre quais seriam os conteúdos de proteção dessa norma.

Buscando a compreensão jurídica que o TCF adota sobre esse conceito de personalidade, assim como a vinculação à dignidade humana, é preciso ter por pressuposto que a personalidade é fundamental no direito, assim como a autonomia o é num contexto ético.

Assim como a perfeição ética do ser humano é traduzida pela personalidade livre, enquanto base de sua dignidade, na condição de ‘persona moralis’, no direito, a personalidade é o fundamento de todos os demais direitos (KIRSTE, 2009, p.197).

Enders (1997, p. 395) destaca que, embora inegavelmente haja um conteúdo ético nesse artigo, é preciso haver critérios jurídicos para que haja uma objetiva descrição de direitos. Desse modo, ao possuir deveras uma enorme gama de significados (MAHLMANN, 2008, p.378), não se pode aqui afirmar peremptoriamente quais são os conteúdos de tal norma, mas quais foram os conteúdos de proteção já extraídos dela pelo TCF. Afinal, segundo o próprio tribunal (BVerfGE 54, 143), esse direito fundamental concede uma liberdade geral de ação em sentido abrangente.

Para exemplificar, pode-se citar a decisão conhecida como *Reiten im Walde* (BVerfGE 80, 137, p.152). Embora não tenha reconhecido a inconstitucionalidade de lei do Norte-Vestefália que delimitava a cavalgada somente em algumas estradas privadas, o TCF assentou que esse direito fundamental não protege somente uma área limitada de desenvolvimento da personalidade, mas que esse direito protege qualquer forma de ação humana, independentemente do peso da atividade para o desenvolvimento da personalidade.

Nessa seara, o TCF decidiu (BVerfGE, 49, 286, p.298) que o homem não pode ser objeto de uma realidade social. A dignidade e a personalidade, mais do que somente impedir que o ser humano seja tratado como objeto, deve garantir o livre desenvolvimento das habilidades e poderes humanos contra condicionamentos sociais e deterministas, permitindo a cada pessoa que ela tenha o direito de desenvolver sua própria imagem de ser humano (HÖFLING, 2014, §§39). Ou seja, a partir da compreensão da individualidade, o homem pode ser capaz de “moldar” o seu destino. Assim, aceitando a tese da mutabilidade sexual, o TCF reconheceu que o desenvolvimento da personalidade exige que o estatuto da pessoa seja atribuído ao sexo a que ela pertence de acordo com sua constituição psíquica e física.

Ainda, no que se refere ao tema sobre transexuais, no caso *Transsexuelle IV* (BVerfGE 116, 243), ficou decidido que seria contrário ao desenvolvimento da personalidade e da igualdade impedir que estrangeiros pudessem modificar seu prenome junto ao órgão público. Também em relação aos transexuais (BVerfGE 128, 109), foi declarada a inconstitucionalidade da lei que exigia como condição para o reconhecimento civil do casal uma operação cirúrgica que alterasse as características genitais.

A partir desses exemplos e tantos outros que poderiam ser citados⁷⁹, o direito à personalidade permite a proteção de um núcleo protetivo, garantindo que âmbitos mais pessoais e íntimos de alguém possam ser protegidos e desenvolvidos, podendo-se reivindicar o direito não somente de ser respeitado, mas de agir e desenvolver-se conforme sua visão de mundo (KIECK, 2019).

2.6.3 Direitos processuais

A dignidade humana também possui seus conteúdos jurídicos protegidos, quando vinculados aos direitos processuais⁸⁰. Essa proteção é fundamentada não somente nos conteúdos do art.1º, I, mas também porque na LF os direitos processuais são equiparados a direitos fundamentais (*grundrechtsgleiche Rechte*). Conforme Peter Häberle (2014, p.107), esse é um dos temas que mais tem sido desenvolvido pelo TCF, principalmente em vista da maior compreensão de sua relação com os outros direitos fundamentais.

Na jurisprudência do TCF, Em 1959 (BVerfGE, 9, 89, p.95), decidiu-se que, em âmbito do processual penal, se o Tribunal Superior reformular decisão que foi rejeitada ou revogada em instância inferior, o Tribunal deve ouvir também o réu para responder às acusações do Ministério Público, não podendo a audiência ser feita sem as partes envolvidas. Esse é um requisito da própria dignidade humana, vedando-se ao Estado tratar o indivíduo somente como um objeto da decisão judicial. Por isso, antes de qualquer sentença que afete os seus direitos, o indivíduo deve ter uma palavra, a fim de poder influenciar o procedimento e o seu resultado.

Também no processo penal, com base no argumento da proibição da instrumentalização (GUTMANN, 2010, p.06), recorreu-se à compreensão Kantiana para proibir o uso de certos métodos interrogatórios, como o polígrafo, que acarretaria numa autoacusação em processos criminais, de modo que a pessoa seria utilizada como meio para se atingir a verdade de um fato.

Além desses aspectos supracitados, de modo mais específico, os direitos processuais abrangem também o direito à petição. Na LF, o direito de petição é previsto no art.17. Segundo esse artigo, qualquer pessoa pode se apresentar

⁷⁹ BVerfGE 87, 209; 75, 369; 54, 148; 72, 155.

⁸⁰ No que se refere aos direitos processuais cabe ressaltar BVerfGE 9, 89, bem como as decisões encontradas em BVerfGE 84, 188 e BVerfGE 89, 28, apenas para mencionar alguns exemplos.

individualmente ou coletivamente às autoridades competentes para relatar solicitações ou reclamações. Como afirma Annika Kieck (2019, p. 113), o direito à petição é um instrumento para expressar o desejo de determinado comportamento do Estado ou para expressar opiniões de insatisfação para o ente público, por exemplo. Esse direito cumpre, portanto, uma função de integração e participação na comunidade e na esfera pública.

Mas além de uma relação do indivíduo com o Estado, o art. 17 também garante uma relação do indivíduo com outras pessoas, já que as petições podem ser escritas coletivamente. Essa possível relação de solidariedade entre os peticionários promove a inter-relação e a comunhão de preocupações, abrindo-se da individualidade para a comunicação de um coletivo de pessoas que buscam um fim em comum (KIECK, 2019, p.117).

Dessa maneira, o TCF (1 BvR 839/90) compreende que o direito à petição está relacionado com os direitos da personalidade, já que as opiniões expressas por meio de uma inicial estão protegidas pela liberdade de expressão, que, no caso citado, perfazia-se pela crítica ao Ministro Federal das Finanças. Por essa razão, ao se restringir o direito à petição com fundamento no que foi redigido, é preciso considerar, em conjunto, as proteções e os limites impostos à liberdade de expressão (HÖFLING; RIXEN, 2000, p. 473).

Essa relação com os conteúdos do direito à personalidade (art.2, I) exige que eventuais restrições a esse direito só possam ser feitos para a proteção de interesses jurídicos constitucionais a fim de que, na busca de uma concordância prática, os mesmos possam ser protegidos de forma efetiva (SACHS, 2014, §§15).

Além desses direitos, também no catálogo de direitos fundamentais, o art. 19, IV⁸¹ garante que toda a pessoa possa recorrer à via judicial, quando os seus direitos forem violados pelo poder público, incluindo os tribunais superiores da Alemanha. Nessa seara, cabe citar como exemplo a decisão de 2017, na qual o TCF reconheceu a violação do art. 19, IV pelo Tribunal de Regensburg e de Nuremberg. No caso, um presidiário – que não tinha condições físicas para executar o trabalho manual designado pela Penitenciária - não teve todos os fatos e fundamentações analisados pelo tribunal de origem e pelo tribunal recursal. O TCF considerou que

⁸¹ ALEMANHA. LEI FUNDAMENTAL. “Artigo 19 (4): Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase”.

poderá existir a violação dessa norma quando qualquer tribunal desconsiderar por completo ou parcialmente considerações que sejam fundamentais para a proteção de qualquer cidadão que tenha requerido uma resposta da justiça alemã (SARLET; GODOY, 2021, no prelo).

Peter Häberle (2014, p.67) destaca, na jurisprudência do TCF (BVerfGE 49, 329; BVerfGE 84, 34), a compreensão de que tal norma garante a efetividade do controle de todas as instâncias do poder judiciário, evitando-se, assim, qualquer lacuna na proteção judicial na esfera estadual ou federal. Além disso, segundo o autor, o entendimento do TCF⁸², vinculando esse direito com o princípio do direito a ser ouvido (art. 103, I), ressalta não somente a garantia do acesso à justiça, mas um progresso da participação na prática de um Processo que esteja de acordo com a Lei Fundamental.

Após a análise da relação da dignidade humana com alguns direitos fundamentais em espécie, cabe analisar a relação do art.1º, I com o Estado Social, relação essa que também tange a proteção ao direito à vida e à proteção da personalidade humana.

2.7 O MÍNIMO EXISTENCIAL E O DEVER DE PROTEÇÃO DO LEGISLADOR: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Como afirmado anteriormente, o conteúdo da dignidade humana possuía, desde a compilação da Lei Fundamental, um maior acento na compreensão do liberalismo econômico. Com o passar do tempo, entretanto, os novos contextos econômicos exigiram do TCF elementos sociais, políticos e culturais na interpretação do conteúdo jurídico da dignidade.

Como pressuposto desta análise, é preciso afirmar que até o julgamento de 2010 conhecido como *HARTZ IV*, não há uma linha condutora desses conteúdos nas decisões do TCF (BALDUS, 2016, p. 297). Segundo Bühner (2020, p. 118), o que se pode afirmar, de um modo geral, é que o mínimo existencial tem a concepção de um ser humano racional com responsabilidades numa sociedade, onde pode viver e se desenvolver livremente. Não obstante, até o fim da década de 1970, conforme

⁸² BVerfGE 46, 166; 46, 185.

observações de Rolf-Ulrich Schlenker (1986, p. 93), a jurisprudência e a doutrina dominante tinham a compreensão de um mínimo existencial relacionado à uma existência física por meio do sustento à alimentação, à vestimenta e à moradia.

Uma das áreas que pode ser citada como evolução na compreensão do TCF é a relação do Mínimo Existencial com a capacidade contributiva - também fundamentada na dogmática do art.3º, I da Lei Fundamental, que trata da igualdade perante a lei. Se em 1969 (BVerfGE 27, 58), o Tribunal não especificou os requisitos constitucionais específicos do mínimo existencial, permitindo ao legislador uma gama de opções (SÖHN, 1988, p.157), já em 1976 (BVerfGE 43, 108), o TCF começa a formatar as escolhas do legislador, impondo alguns elementos mínimos sobre o mesmo. À título de exemplo, o TCF assentou que a justiça tributária está baseada na capacidade contributiva e que, por isso, essa não pode ser analisada individualmente, mas sob à luz da capacidade da família como um todo (BVerfGE 43, 108).

Na estrutura social, novamente, até os anos de 1980, o direito social avança para a compreensão de um maior dever de proteção, assim como a melhora dos benefícios em todas as áreas (GITTER; SCHMITT, 2001, p.12). Desse modo, os planos de saúde, por exemplo, irão abranger um maior número de pessoas como os agricultores e seus familiares, assim como pessoas com deficiência, estudantes, e artistas.

Segundo esses autores (2001, 12), no que se refere ao seguro de acidentes, o mesmo acabou abrangendo mais pessoas, como estudantes e crianças. Nesse processo interpretativo, a dignidade humana vai sendo concebida, como propõe Häberle, como uma “[...] pretensão jurídico-prestacional” (2009, p.91) e, inegavelmente, passa a atuar como fio condutor das preocupações sociais. Para tanto, basta olhar o sistema de seguridade social que foi sendo construído, seguridade essa que proporciona benefícios que buscam proteger a vida humana em sua integralidade, oportunizando a cada pessoa a possibilidade de levar uma vida coerente com a dignidade de um ser humano (DREIER, 2014, p. 376)⁸³.

⁸³ A ideia de Estado Social não é uma ruptura para com as compreensões das liberdades individuais. Como já afirmado anteriormente, os direitos sociais possuem também os clássicos direitos de proteção negativa. Desse modo, a liberdade humana, interpretada à luz de um Estado Social, exige que sejam assegurados “[...] die ökonomischen Voraussetzungen individueller Freiheit”, mas também, mesmo em vista de um melhor bem-estar social, seja respeitada a liberdade dos cidadãos ao intervir em elementos que são próprios de um espaço privado. Afinal, “heißt totaler Wohlfahrts- oder Versorgungsstaat, der dem Einzelnen die wichtigsten Lebensentscheidungen abnehmen, zugleich ihm einen übermäßigen Teil seiner materiellen Einkünfte wegnehmen wollte, um so die Kosten für eine umfassende Versorgung zu finanzieren, ließe sich mit diesem Menschenbild nicht

Portanto, com o desenvolver de sua jurisprudência, o TCF percebe, em relação à dignidade humana e ao cuidado com a vida, a existência do mandamento constitucional de um dever de concretização dos direitos fundamentais por parte do legislador, no qual possui a seguinte tarefa: ele não deve somente ser capaz de tornar plausível a funcionalidade do conceito de cuidado, mas também deve ser capaz de verificar sua adequação contínua e necessária⁸⁴ (SCHUPPERT, 2003, p. 21).

É em 1990, no julgamento que tratou sobre a isenção de imposto sobre o mínimo existencial (BVerfGE 80, 62), que o TCF faz uma maior estruturação de seu entendimento do significado desse mínimo, principalmente em sua relação à dignidade humana e ao Estado Social. Cabe ressaltar que nesse julgado, como afirma Ingo Sarlet (2013, p. 32), a dignidade humana atua como limite “material do Estado ao poder de Tributar”, entendendo que o mínimo existencial exerce o caráter de um direito de *status negativo*.

No geral, nessa decisão, é afirmado que o Estado deve criar as condições mínimas para uma existência digna de seus cidadãos (BVerfGE 82, 60, p.80). Ou seja, além de afirmar o direito objetivo do Estado, fundado no princípio do Estado Social, o Tribunal peremptoriamente afirma a tese de que há um direito subjetivo em requerer que elementos mínimos sejam garantidos em vista da garantia a uma existência mínima. E numa interpretação em conjunto com o art. 6º da LF, conclui-se que o mínimo existencial familiar não é uma renda tributável, pois o uso da renda para aquisição de bens destinados a atender as necessidades mínimas, significa que não há capacidade contributiva, o que impede o Estado de cobrar impostos sobre essa renda (SÖHN, 1994, p. 379-380).

Por isso - e isso é importante ressaltar – perpetua-se a ideia de que, à luz do Estado Social, o legislador tem a liberdade de escolher a melhor maneira de concretizar esse dever estatal, não havendo, na norma constitucional, especificamente, alguma ação concreta ou direitos subjetivos (NEUMANN, 1995,

vereinbaren. Ebenso wenig ist aber die Rückkehr zu einem liberalistischen Wirtschaftsmodell erlaubt, dem jeder soziale Ausgleich fremd ist” (BENDA, 1994, p.774-775).

No que se refere à segunda situação, no caso conhecido como *Mitbestimmung* (BVerfGE, 50, 290, 339), o TCF recordou que, para ingressar em determinações sociais, é preciso ter por pressuposto que: “das verfassungsrechtliche geschützte durch Privatnützigkeit, d.h die Zuordnung zu einem Rechtsträger, [...] in dessen hand es als Grundlage privater Initiative und im eigenverantwortlichen privaten Interesse ‘von Nutzen’ sein soll, und durch die von dieser Nutzung nicht immer deutlich abgrezbare grundsätzliche verfügbungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand [...]”.

⁸⁴ “Er muß nämlich nicht nur die **Funktionsfähigkeit seines Schutzkonzepts** plausibel darlegen können, sondern es auch auf seine fortlaufende Tauglichkeit überprüfen, um gegebenenfalls **Nachbesserungen** vornehmen zu können”.

p.14). Entretanto, com a compreensão de que o Estado deve garantir elementos mínimos, pode-se afirmar que, embora livre em sua forma de decisão, como se demonstrou nesse caso particular, o conteúdo constitucional é o nível mínimo de subsistência da família, sendo o mínimo que deve ser levado em conta pelo legislador (VON MÜNCH, 1994, p. 323).

Na seara tributária que se relaciona aos custos de cuidados infantis, também em 2005 (BVerfGE 112, 268, p. 281) foi estabelecido que o mínimo existencial da pessoa tributável e da sua família, que é dependente, é imune para fins fiscais. Com essa decisão, entre outras, recorreu-se à máxima *primum vivere, deinde tributum solvere* (Primeiro viva, depois pague o imposto) (FOSSATI, 2014, p. 254).

No que se refere à concessão estatal para a garantia do mínimo existencial, uma decisão que é ponto de inflexão na jurisprudência ocorreu em 2005, no julgamento conhecido como *Nikolaus Beschluss* (BVerfGE 115, 25, 25). É preciso deixar registrado que essa é uma decisão isolada, afinal, o TCF mostrou-se cauteloso na concessão de tratamentos até então e também depois dessa decisão. Mas em vista de sua importância para a jurisprudência, faz-se necessário a apresentação e discussão desse julgado.

Nesse julgamento (BVerfGE 115, 25, 25), o TCF decidiu que a busca pelo cuidado dos doentes é uma tarefa do Estado Social e, por isso, o legislador deve estar atento a essa necessidade, garantindo condições mínimas às pessoas nessa situação. Desse modo, o Estado deve conceder o tratamento adequado aos assegurados por um plano de saúde, caso haja ainda esperança de melhoras⁸⁵. Esse julgado demonstra que o TCF decidiu conforme a premissa de que em situações extremas, quando doenças corporais estão vinculadas ao direito à vida, o Poder Judiciário pode conceder diretamente uma tutela (GRZESZICK, 2014, §§26).

Essa decisão, que impactou a dogmática constitucional referente aos seguros de saúde, recebeu críticas quanto à sua abrangência e subjetividade. Como afirmam Stefan Huster (2006, p. 467) e Heinig (2006, p. 771), até essa decisão, o TCF

⁸⁵ “[...] es ist mit den Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht vereinbar, einen gesetzlich Krankenversicherten, für dessen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht, von der Leistung einer von ihm gewählten, ärztlich angewandten Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht”.

vinha sendo cauteloso, não fornecendo serviços de saúde especiais, mesmo perante algum direito objetivo que pudesse vincular o legislador.

Entretanto, as decisões nessa seara, tais como as que ordenaram o Tribunal Social a reexaminar decisões negativas a uma companhia de seguros, podem se tornar perigosas. Segundo Huster (2006, p. 467), essas medidas, conhecidas como “*individuellen wirkungszammlung*”, seriam i) um “efeito placebo”, porque não se sabe ao certo o funcionamento do futuro tratamento e se o resultado realmente será positivo; ii) um suposto “*Erfolg der Heiligung*”, no qual torna-se difícil caracterizar algum método como ineficaz, não se dando conta de que os efeitos econômicos podem ser deveras estrondosos; iii) além, é claro, de haver um perigoso paternalismo estatal. Heinig (2006, p. 772) relembra que vincular o seguro a situações extremas é uma redundância, pois a natureza do seguro de saúde é justamente para a proteção inesperada. Além disso, torna-se algo deveras subjetivo e atrai a responsabilidade para os tribunais. Caso exista a possibilidade de melhora, os Tribunais sociais passariam a ter que decidir caso a caso⁸⁶.

Não obstante as críticas contra essa decisão considerada isolada, o que se pode afirmar, com base nas decisões do TCF, é que se percebe o entendimento de que o Estado Social não deve ser visto à luz de um conteúdo formal, mas numa composição material. Ou seja, é necessário garantir as reais condições para se desenvolver a liberdade, oportunizando chances reais para a vida social como um todo, principalmente, na avaliação do caso concreto (ZIPPELIUS, 1995, p.98).

Por isso, no geral, a compreensão do TCF se baseia na premissa de que a função da lei é mais do que um instrumento de controle. Ela é a expressão de uma ética social que lida, também, com o comportamento humano. Desse modo, pode-se afirmar que diferente da compreensão moderna de lei, na qual se acreditava que o legislador reproduziria racionalmente a ordem natural, o Estado Social, com suas metas de planejamento e gestão, exige a uma ordem legal cada vez mais volátil e de curto prazo (KRINGS, 2014, p. 49).

Chegando ao julgamento conhecido como *Hartz IV* (que tratou sobre Programa de Reforma da Seguridade Social), além de ser um ponto de inflexão na jurisprudência do TCF, é também uma decisão na qual o Tribunal estabeleceu, de forma mais objetiva, a vinculação do conteúdo entre a dignidade humana e o Estado

⁸⁶ Além dessa crítica, vale também lembrar a preocupação e reflexão de Thorten Kingreen (2006, p.877-880) sobre a legitimação democrática do Comitê Federal.

Social. Nessa decisão, julgou-se inconstitucional as regras de alteração da lei que concede benefícios aos desempregados (*Arbeitslosenhilfe II*) (NETO, 2013, p. 66).

Na ementa da decisão⁸⁷, o TCF afirmou que a vinculação da dignidade humana com o princípio do Estado Social exige que sejam garantidos a todos os necessitados os requisitos materiais para a existência física, assim como para um nível de participação na vida social, cultura e política. E também, tendo em conta que essa renda atinge a vida de muitas crianças no âmbito familiar, o legislador deve garantir condições para que haja um profícuo e real desenvolvimento da personalidade. Para promover tal proteção, compreende-se que o conteúdo dessa vinculação exige uma atualização concreta e contínua do legislador, prestador dos serviços do Estado (BverfG, 125, 175, p.175-246).

Dessa decisão, pode-se extrair duas consequências importantes: i) o conteúdo do mínimo existencial e ii) a exigência da concretização desses direitos pelo Poder Legislativo.

A compreensão de mínimo existencial na decisão do *Hartz IV* abrange tanto a existência física quanto a proteção das relações interpessoais, por meio da garantia de um grau mínimo de participação na vida cultural, social e política. Ou seja, garante peremptoriamente um mínimo existencial sociocultural (SIEFERT, 2018, p.1139-1140). Por isso, como exemplo, à luz do §53, parágrafo 2 da Lei sobre Assistência Social (*SGB XII*)⁸⁸, é um imperativo que o Estado proporcione os meios mínimos para a participação na vida comunitária, com uma profissão apropriada, tornando cada pessoa o mais independente possível (SIEFERT, 2018, p.1140)⁸⁹.

⁸⁷ Ementa da decisão: “Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind. 2. Dieses Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht ihm ein Gestaltungsspielraum zu”.

⁸⁸ “(2) Von einer Behinderung bedroht sind Personen, bei denen der Eintritt der Behinderung nach fachlicher Erkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Dies gilt für Personen, für die vorbeugende Gesundheitshilfe und Hilfe bei Krankheit nach den §§ 47 und 48 erforderlich ist, nur, wenn auch bei Durchführung dieser Leistungen eine Behinderung einzutreten droht”.

⁸⁹ É com essa nova compreensão de Estado Social e do conteúdo da dignidade humana, que se lê no art.27 do *SGB XII*, que há uma garantia de um mínimo existencial sociocultural. “Der für die Gewährleistung des Existenzminimums notwendige Lebensunterhalt umfasst insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf Heizung und Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile, persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens

Já em relação ao legislador, a particularidade dessa decisão, embora não seja a primeira nesse campo⁹⁰, está no fato de que o TCF acaba por decidir como o legislador deve agir para concretizar os deveres constitucionais (SCHWARZ; BRAVIDOR, 2011, p.656).

Esse *como*, não se dá somente no conteúdo, mas também na própria fórmula para chegar ao resultado da devida prestação social, devendo-se, primeiramente, analisar a taxa de renda e consumo, verificando-se, após, se a premissa da estatística é razoável, ou seja, se é suficiente e necessária para uma vida decente, à luz de estudos comportamentais de consumo em grupos específicos (ROTHKEGEL, 2010, p.139). Esse controle do método do cálculo do rendimento concretiza o assim reconhecido “processo do legislador” (*Gesetzgebungsverfahren*) (NOLTE, 2013, p. 248).

Além disso, segundo o TCF, ao legislador cabe decidir qual a melhor maneira de concretizar as exigências do Estado Social, devendo medir as despesas essenciais em um procedimento transparente e adequado de forma realista, com base em análises confiáveis e métodos de cálculos conclusivos.

Essa decisão, ponto de inflexão para a compreensão do TCF, na visão de Rothkegel (2010, p. 135), faz com que, em forma de crítica, o TCF possa ser visto como um “legislador substituto”, ou como um fiscal das ponderações legislativas.

sowie Unterkunft und Heizung. Zu den persönlichen Bedürfnissen des täglichen Lebens gehört in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft; dies gilt in besonderem Maß für Kinder und Jugendliche. Für Schülerinnen und Schüler umfasst der notwendige Lebensunterhalt auch die erforderlichen Hilfen für den Schulbesuch”.

⁹⁰ É mister registrar que o TCF já havia decidido, ao menos em três situações, que o legislador deveria, no processo de criação de suas leis, ter em conta alguns padrões para o processo legislativo interno. Já em 1975 (BVerfGE 39, 210), o exame constitucional, embora limitado, exige saber se o legislador adquiriu um profícuo e real conhecimento do objeto a ser regulado (NOLTE, 2013, p.248). Também em 1979 (BVerfGE 50, 290) o TCF afirmou que o legislador deve esgotar as fontes de conhecimento disponíveis, devendo ter uma avaliação apropriada e justificável. Em 1983 (BVerfGE 57, 139), foi estabelecido que “Der Massstab der Vertretbarkeit fordert, dass der Gesetzgeber sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert. Er muss die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können”. Nesse sentido, e, também em relação a outros julgamentos, pode-se afirmar com G.F Schuppert (2003, p.19) que o TCF, entre outras perspectivas, tem aqui a compreensão de um “*prognostizierende Gesetzgeber*”. Isso significa que o legislador “[...] wird in ständiger Rechtssprechung aufgeben, sein Wahrscheinlichkeitsurteil vertretbar zu begründen, was wiederum erfordert, die zugänglichen Erkenntnisquellen auszuschöpfen” (SCHUPPERT, 2003, p.19). Por isso, na estrutura de formulação das leis é decisivo que “[...] dass externe Beratung die demokratisch legitimierten Gesetzgebungorgane zwar politisch beeinflusst, aber rechtlich nicht bindet. Die Verantwortung bleibt damit bei diesen Organen” (HEINTZEN, 2014, p.241). Assim, sob essas influências, o legislativo deve ser o tanto quanto possível transparente as sobre suas decisões e processos contábeis.

Não obstante possíveis críticas, o que se percebe, portanto, é que a concretização do Estado social exige que as pessoas devem ser capazes de exercer seus direitos adequadamente, e que o legislativo deve agir onde elas não o podem fazer por meio de suas próprias forças (ROBBERS, 2009, §§1452-1453). Assim, é nítido que a tarefa do Estado Social é analisar, numa contínua avaliação, quais conteúdos da dignidade humana não estão sendo respeitados, afinal, como afirma Herdeggen (2009, p. 74), o conteúdo do mínimo existencial não trata de uma fixação *ad eternum*, mas é também determinado pelas relações sociais e pelo meio tecnológico em que cada ser humano está inserido. Não só em relação a esse julgamento, mas com base na doutrina e na jurisprudência, pode-se afirmar, que

a necessária fixação, portanto, do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também dos padrão socioeconômico vigente (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 21).

Após o *Hartz IV*, em 2012, o TCF, novamente tem uma importante decisão no que se refere a inconstitucionalidade do §3º da lei de Benefícios aos requerentes de asilo, artigo esse que acabou por criar uma proteção menor do que os conteúdos dispostos no julgamento do *Hartz IV*. Nessa decisão, foi reafirmado que o mínimo existencial abrange um mínimo físico, como também a salvaguarda das relações interpessoais, garantindo a participação social, cultural e política (1 BvL 10/10). Portanto, o legislador não deve diferenciar os direitos de um mínimo existencial entre alemães e estrangeiros.

Com base nessa decisão, na qual afirma que o mínimo existencial deve ser garantido a todos, uma Jurisdição da Previdência Social decide, em 2013, que os rendimentos dispostos na lei do asilo não podem ser reduzidos, mesmo em caso de má conduta do beneficiário⁹¹ (ZFSH, 2013, p. 680).

Numa perspectiva geral, percebe-se, com essas decisões do TCF, que a proteção e o cuidado material não são concebidos como somente prestações sociais, mas também como forma de garantir que, numa profícua relação com a sociedade, a compreensão da identidade de cada pessoa possa ser desenvolvida. Pode-se afirmar

⁹¹ Segundo a decisão, que tratou de recurso impetrado por estrangeiro que teve má conduta e teve o benefício reduzido pela autoridade pública, a garantia do mínimo existencial deve contemplar o mínimo de exigências previstos na decisão do TCF, o que não permite à administração pública reduzir esse valor (ZFSH, 2013, nº5).

com Höfling (2018, p. 89), que o art. 1º assegura a proteção de condições para a realização da dignidade. Essa proteção hoje é fundamental, num momento que se perfazem, cada vez mais necessário, a integridade pessoal, mental e espiritual.

Após ter analisado os fundamentos e conteúdos do mínimo existencial, é preciso discorrer sobre a dignidade enquanto cláusula pétrea e sobre o seu caráter relativo ou absoluto.

2.8 CLÁUSULA PÉTREA⁹²

O art. 79, III da Lei Fundamental prescreve conteúdos que não podem ser limitados por meio de emenda constitucional. Nesse sentido, a fim de se evitar o dilema entre direitos humanos pré-estatais e direito positivo, propõe-se uma norma positiva que se autoperpetua, a fim de garantir que alguns fundamentos e princípios sejam respeitados (SEELMAN, 2018, p. 439). Para Badura (1992, p. 59), esse preceito vincula todas as pessoas jurídicas que exercem funções públicas e representam os poderes públicos, de modo a garantir que os mesmos respeitem e garantam a, assim, por dizer, “identidade constitucional”.

A dignidade humana está protegida por essa norma (art. 79, III) sendo inconstitucional emenda que proponha limitar ou banir o art. 1º, assim como limitar os conteúdos da dignidade humana presente em outros direitos fundamentais (BARAK, 2015, p. 229), pois, como já demonstrado acima, a principal preocupação era garantir que as bases constitucionais não fossem compreendidas como simplesmente válidas para um período de transição, mas uma diretriz para o novo Estado (ocidental) alemão.

Por isso, como afirmou Christoph Enders (2019, p.517), o artigo 79, exclui a possibilidade de que, sob a Constituição, quaisquer princípios, direitos ou interesses do bem comum – mesmo que imanentes à LF ou reconhecidos por ela – sejam preferidos à dignidade humana ou realizados às suas custas.

Sob essa perspectiva, o TCF (BVerfGE 123, 267), no julgamento sobre o Tratado de Lisboa, assentou que o princípio democrático – e isso, pode-se afirmar, se estende a todos os outros princípios protegidos pelo artigo 79, III – são “intocáveis”.

⁹² O termo utilizado em alemão é *Ewigkeitsklausel*. Traduzido literalmente significa “cláusulas eternas”. Entretanto, opta-se por utilizar o termo *cláusula pétrea*, afinal ambos termos, ao menos em princípio, possuem a função de limitar a alteração de normas da LF.

Segundo o Tribunal, a LF buscou estabelecer limites intransponíveis, retirando do legislador o poder de alterar elementos constitucionais. Além disso, os conteúdos protegidos pelo art.79, III devem ser seguidos por todos os entes federados. Cabe ressaltar a decisão do Tribunal (BVerfGE 34,9, p.19) que exigiu, à luz da compreensão das tarefas do Estado e sua relação com os entes federados, que as Constituições dos estados não podem abolir as garantias dispostas no artigo supracitado (DÖRFER, 2010, p.59).

Entretanto, para uma melhor compreensão dessa “intangibilidade” presente na cláusula pétrea, é preciso ter em conta o conceito de princípio que, não poucas vezes, possui exceções em sua proteção (HONG, 2019, p. 607). Afinal, como assentou o TCF na sempre citada decisão do *Abhörurteil* (BVerfGE 30, 1) - que tratou sobre a constitucionalidade, entre outras matérias, da escuta telefônica - os princípios podem ser “tocados” em seu conteúdo em vista de razões apropriadas.

Portanto, a pergunta que se busca responder aqui é como o TCF compreende a proteção dos princípios protegidos pelo art.79, III – principalmente no que se refere à dignidade humana -, perquirindo se esses princípios estão abertos a modificações ou se eles devem se opor ao esvaziamento e rompimento de todo o seu conteúdo (HONG, 2019, p. 607).

A pergunta acima feita mostra-se pertinente, pois o Tribunal tem decisões que possuem uma compreensão, como que, minimalista da norma em questão (HANSCHMANN, 2009, p.77). E, com tal indeterminação, como supõe Horst Dreier (1994, p.746), é preciso perquirir o quanto tal norma não traz insegurança política e exigências excessivas das instituições, principalmente em vista de sua característica altamente abstrata, porque baseada em valores fundamentais de uma sociedade (TAUPITZ, 2018, p.140).

Por exemplo, na decisão supracitada (BVerfGE 30, 1, p.24), o TCF assentou que não são os princípios em si que não podem ser atingidos, mas somente suas “características jurídico-positivas”. Em outra decisão (BVerfGE 109, 279), o TCF analisou a constitucionalidade da emenda constitucional proposta ao art.13, III⁹³,

⁹³ ALEMANHA. LEI FUNDANETAL. “Art. 13 - (3) Quando determinados fatos justificam a suspeita que alguém tenha cometido um delito, determinado de forma específica pela lei como delito especialmente grave, poderão ser utilizados, com base numa autorização judicial, recursos técnicos de vigilância acústica das residências onde se encontra presumivelmente o suspeito, caso a investigação dos fatos se torne, de outra forma, desproporcionalmente difícil ou sem perspectiva de êxito. A medida tem de ter duração limitada. A autorização deve ser expedida por uma junta de três juízes. Se a demora implicar em perigo iminente, a medida poderá ser autorizada por um único

dispositivo esse que prevê a vigilância acústica das residências. Nessa decisão, o TCF afirmou que a mudança na constituição não atinge o art.79, III da LF, afinal, nem toda a escuta acústica do domicílio fere a dignidade humana. Porém, há limites a serem impostos.

Conforme o julgado, a vigilância acústica de espaços habitacionais, para efeitos de ação penal, não deve incluir comunicações e diálogos que tratam da vida pessoal, de modo que, além dos requisitos legais, caso a coleta de informações disponha de dados sobre a vida privada, as gravações devem ser interrompidas e apagadas, sendo vedado qualquer uso dessas informações no processo. Assim, nessa decisão, fica evidente a compreensão do TCF de que mudanças podem ser feitas, desde que não atinjam a dignidade humana. Como assentou o Tribunal, “a cláusula pétrea não deve impedir a mudança, mas evitar o esvaziamento da Constituição”⁹⁴.

Além dessa decisão, na análise do art.143, III da Lei Fundamental, foi questionada a constitucionalidade da manutenção dos parágrafos 1 e 2 do Tratado de Unificação (BVerfGE 84, 90). Foi analisado se a validação da expropriação não iria contra o art. 79, III da LF. Na ementa do julgamento, o TCF afirmou que o art.143, III não feria a ordem constitucional, na medida em que o art. 79, III não exige que os bens expropriados sejam devolvidos a fim de indenizar as medidas de expropriação de autoridade estatal estrangeira.

juiz. (4) Para a defesa contra perigos iminentes para a segurança pública, em especial um perigo para a comunidade ou a vida, os recursos técnicos de vigilância de residências só poderão ser empregados com base numa autorização judicial. Se a demora implicar em perigo iminente, a medida poderá ser autorizada por outro órgão determinado pela lei; uma autorização judicial deve ser requerida sem demora. (5) Se os recursos técnicos estão previstos exclusivamente para a proteção de pessoas que participam da investigação nas residências, a medida pode ser ordenada por um órgão determinado por lei. Uma utilização com outra finalidade dos conhecimentos adquiridos em tal ação só será permitida se servir à persecução penal ou à prevenção de perigo e somente se a legalidade da medida for verificada previamente por um juiz; se a demora implicar em perigo iminente, a autorização judicial deve ser solicitada sem demora. (6) O Governo Federal apresenta anualmente um relatório ao Parlamento Federal sobre a utilização de recursos técnicos realizada com base no §3, assim como no âmbito da competência da Federação, segundo o §4 e, à medida em que se exija controle judicial, segundo o §5. Uma comissão nomeada pelo Parlamento Federal exerce o controle parlamentar com base nesse relatório. Os Estados asseguram um controle parlamentar equivalente. (7) De resto, só podem ser praticadas intervenções ou restrições que afetem esta inviolabilidade na defesa contra perigo comum ou perigo de vida individual; em virtude de lei, tais medidas também podem ser praticadas com o fim de prevenir perigos iminentes para a segurança e a ordem públicas, especialmente para sanar a escassez de moradias, combater ameaças de epidemia ou proteger jovens em perigo”.

⁹⁴ “Die Ewigkeitsklausel solle nicht einen Wandel, sondern lediglich die Aushöhlung der Verfassung verhindern”.

No que se refere à dignidade humana, o tribunal foi enfático ao reafirmar a impossibilidade de restrição do art. 1º, I. Entretanto, a própria dignidade humana pode ser restringida (não em seu conteúdo essencial!), quando essa restrição visar a proteção de conteúdos que a ela se relacionam⁹⁵ (BVerfGE 84, 90).

Essa compreensão foi reforçada na decisão que analisou a constitucionalidade da Emenda de 28 de junho de 1993 que inseriu o art. 16 a, II na LF⁹⁶ (BVerfGE 94, 49). Segundo essa norma, a pessoa que viesse de um país membro das Comunidades Europeias ou de outro país terceiro que assegure a aplicação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados e a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não poderia invocar a condição de perseguido político e, portanto, não receberia os benefícios atrelados ao direito de asilo. Na ementa dessa decisão, o TCF afirmou que o direito básico de asilo não pertence ao conteúdo da garantia do art.1º, I, e a inclusão de alguém à proteção para refugiados pode ser negada, quando essa proteção existir em seu país de origem. No que se refere à proteção da dignidade humana pelo art.79, III, o TCF, novamente, reproduz seu entendimento de que os princípios não podem ser afetados em seus limites, mas o legislador tem a prerrogativa de alterar a LF conforme a sua concepção, com base em motivos que sejam apropriados (BVerfGE 94, 49).

Ao permitir que haja, portanto, essa possibilidade de limitação do conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, o TCF reconhece que há conteúdos protetivos que podem ser sopesados. A pergunta que resta, à luz da intangibilidade disposta na LF é: qual é o limite para uma possível tangibilidade desses conteúdos jurídicos? Para responder tal pergunta, adentra-se na questão sobre o caráter relativo ou absoluto da dignidade.

⁹⁵ “Bei alle dem verlangt Art. 79 Abs. 3 GG allerdings nur, daß die genannten Grundsätze nicht berührt werden. Er hindert den verfassungsändernden Gesetzgeber dagegen nicht, die positivrechtliche Ausprägung dieser Grundsätze aus sachgerechten Gründen zu modifizieren (BVerfGE 84, 90).

⁹⁶ ALEMANHA. LEI FUNDAMENTAL. “Artigo 16 a - [Direito de asilo] - (1) Os perseguidos políticos gozam do direito de asilo. (2) O §1 não poderá ser invocado por ninguém que entre no país vindo de um país membro das Comunidades Europeias ou de outro terceiro país, no qual esteja assegurada a aplicação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados e a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Os países fora das Comunidades Europeias, nos quais se cumprem as condições citadas na primeira frase, serão determinados por uma lei que requer a aprovação do Conselho Federal. Nos casos da primeira frase, as medidas que põem fim à residência podem ser executadas independentemente de recurso judicial requerido contra elas”.

2.9 O PROBLEMA DOS LIMITES DA DIGNIDADE À LUZ DO SEU CARÁTER RELATIVO OU ABSOLUTO

Como afirmado anteriormente, embora o TCF não reconheça uma proteção absoluta ao princípio da dignidade humana, há conteúdos que fazem parte de um núcleo de proteção e que não podem ser sopesados. Como o TCF (BVerfGE 6, 32) afirmou no famoso caso *Elfes*, existe uma “última área inviolável da liberdade humana da qual é retirado o poder de todas as autoridades públicas”. Ou seja, assim como também afirmado no famoso caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198), um possível núcleo essencial é compreendido como o conteúdo da dignidade humana em que qualquer situação e interesse desautoriza o Estado a agir, seja em nome da segurança, seja em nome do interesse público (HONG, 2019, p.431).

Mais recentemente, no famoso *NPD-Verbot* (BVerfGE 144, 20) – decisão essa que tratou sobre a constitucionalidade do Partido Nacional Democrático da Alemanha -, embora o TCF tenha permitido a criação da legenda, a decisão foi enfática ao afirmar que a subordinação incondicional de uma pessoa a um coletivo, a uma ideologia ou a uma religião representa um desprezo ao valor intrínseco e à personalidade de cada pessoa humana.

Portanto, é nítido que o Tribunal reconhece a existência de um caráter absoluto da dignidade. A pergunta a ser respondida agora é: em quais decisões pode-se vislumbrar esse possível núcleo essencial?

No julgamento de 1970 (BVerfGE 45, 187), sobre a pena de prisão perpétua, encontra-se uma das características essenciais da dignidade humana. Nesse julgado, afirmou-se que a dignidade humana não é violada pela previsão legal da prisão perpétua, caso haja persistente perigo nas ações do apenado. Entretanto, um fato típico que, por si só, tenha por pena a prisão perpétua não pode ser considerado constitucional. Afinal, é incompatível com a dignidade humana a privação da liberdade das pessoas, sem a possível previsão da existência de uma vida em sociedade novamente (BALDUS, 2011, p.537). Como afirmou o TCF de forma peremptória, “[...] o núcleo da dignidade humana será atingido quando o condenado, a despeito do desenvolvimento de sua personalidade, tiver que desistir de qualquer esperança de reaver sua liberdade” (MARTINS, 2005, p. 184).

Também na seara do processo penal, o TCF (BVerfGE 109, 133) analisou a constitucionalidade do período da prisão preventiva. Nessa decisão já referida neste

trabalho, o Tribunal afirmou que o Estado deve organizar a forma de como será privada a liberdade humana, mas o apenado deve ter a perspectiva de que pode voltar a viver em sociedade, pois tanto a prisão preventiva, como o sistema prisional em geral, devem ser planejados para criar as devidas condições que garantam uma vida social pautada sobre a liberdade e a responsabilidade.

Também no âmbito penal, o TCF (BVerfGE 56,3 7) afirmou que a exigência da autoincriminação no processo penal é contrária à dignidade humana, pois qualquer ato da autoridade pública que busque provocar a autoincriminação fere a liberdade de expressão e o princípio do *nemo ipsum accusare*. De acordo com isso, o núcleo da dignidade humana é atingida e violada quando as autoincriminações forçadas são a base para a condenação criminal (HONG, 2019, p.527) e, nesse sentido, o Tribunal fundamenta expressamente o princípio do *Nemo Tenetur* na dignidade humana (HEIDEBACH, 2014, p.194, nota de rodapé 316).

No que se refere à dignidade em relação aos direitos da personalidade, além de outras decisões, podem ser citados os seguintes casos: *Tagebuch* (80, 367) *Großer Lauschangriff* (BVerfGE 109, 279).

Nessa última decisão, que tratou das escutas no domicílio, o TCF julgou a reclamação parcialmente procedente. Foi julgado improcedente, como já afirmado anteriormente, a alegação de que seria inconstitucional os limites ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, acrescentados por emenda no artigo 13 da LF. Mas o TCF julgou inconstitucional a lei penal que limitou esses direitos, pois a mudança na lei atingia a inviolabilidade do domicílio, a garantia do devido processo legal e a garantia do princípio do contraditório (MARTINS, 2005, p. 690-691).

O que ficou assentado nessa decisão é que o procedimento sigiloso do Estado não implica, *ipso facto*, um desrespeito do direito ao domicílio, de modo que não atinge o valor enquanto pessoa quando a mesma é objeto de observação do Estado. Entretanto o TCF lembrou que a inviolabilidade do domicílio está relacionada à dignidade humana, quando as conversas em tal local se relacionarem à vida íntima e privada, devendo, portanto,

[...] ser preservado um núcleo inviolável da conformação da vida privada [...]. Se o Estado nela penetrasse, isso violaria a liberdade, concedida a toda pessoa de desenvolvimento em seus assuntos personalíssimos. Nem mesmo interesses preponderantes da coletividade podem justificar uma intervenção nesse núcleo absolutamente protegido da conformação da vida privada [...] (MARTINS, 2005, p.696).

Segundo Manfred Baldus (2011, p. 538), com essa proteção da privacidade, o núcleo de proteção absolutamente protegido, portanto, não pode sofrer qualquer tipo de sopesamento quando se refere a visões e experiências de caráter pessoal. Essas características não podem sequer ser colocadas no campo de interesse do processo criminal.

Além disso, dessas decisões extrai-se a percepção de que o Estado jamais pode desconsiderar uma área nuclear da vida privada. Ela é sempre intangível e jamais deve haver espaço para a conciliação de outros interesses. Por isso, o núcleo essencial não faz parte do princípio, mas de um espaço onde o poder estatal se faz inadmissível (POSCHER, 2009, p. 270).

Em decisão mais recente do TCF (BVerfGE 120, 74), pressupondo as decisões anteriores, afirmou-se que o limite do poder estatal, no que se refere à coleta de dados, são os elementos da vida privada. Mas nessa decisão há um elemento que merece muita atenção.

Embora as informações da vida privada de alguém sejam um limite para a autoridade pública, segundo a decisão, em muitos casos não será possível esclarecer a relevância dos dados antes ou durante a coleta. E aqui cabe uma crítica à decisão, já que, em certo sentido, foi permitido que legislador e autoridades policiais analisem e decidam o quanto o conteúdo é de caráter íntimo. Essa crítica advém da afirmação do TCF de que cabe ao legislador garantir, por meio de regras procedimentais adequadas, que os dados que se referem à vida privada, assim como os efeitos dessa apreensão e violação, causem o menor dano possível sobre a pessoa e o desenvolvimento de sua personalidade.

Dessa decisão, como afirma Nils Teifke (2011, p. 29), fica nítido que, embora, em tese, tente-se reconhecer uma teoria do núcleo essencial onde fica proibida qualquer ação do poder público, o próprio TCF reconhece que há a necessidade de uma ponderação para a análise do núcleo essencial, afinal, mesmo esse possível núcleo não suprimiu a possibilidade da análise do legislador⁹⁷.

⁹⁷ Além da discussão do conteúdo, cabe sublinhar a discussão em torno da proteção do lugar que foi captada determinada comunicação. Como também afirmou Starck (2008, p.148), "Daher könnten Überwachungen ausserhalb von Wohnungen den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht berühren. Alles, was eine Person in der Öffentlichkeit sagt oder tut, gehörte definitionsgemäss nicht in die private Sphäre der Zurückgezogenheit. ... dazu gehört auch das Treffen im Schutz der Dunkelheit, im Walde oder in einsamer Gegend. Immer handelt es sich um frei zugängliche Örtlichkeiten, die unvergleichbar sind mit der in Art. 13 GG besonders geschützten Wohnung".

Mesmo com essas críticas, diferentemente do art.13 da LF, o Tribunal pressupõe que o art.10, §1º da LF possui um conteúdo nuclear da dignidade humana (BVerfGE 125, 60). Isso ocorre, pois a proteção ao domicílio é reconhecida contra qualquer ato estatal, quando há ações e comunicações que tangem o desenvolvimento da personalidade (BVerfGE 113, 348). Diferentemente, o art.10, §1º, ao tratar da comunicação, tange, *ipso facto*, diretamente o núcleo da dignidade humana (HONG, 2019, p.518).

Não obstante essas dificuldades inerentes que exsurgem da análise desse núcleo protetivo, o seu conteúdo impede veementemente que a segurança e o interesse público sejam o propósito último e real do Estado, a ponto de relativizar os direitos do indivíduo em casos extremos. Por isso, a justificativa final e efetiva do Estado não deve residir na segurança, mas unicamente na preservação da dignidade humana (HONG, 2019, p. 436).

Essa opção por impedir que os interesses públicos possam ferir a dignidade humana em seu conteúdo nuclear demonstra que opções doutrinárias que relativizam a tortura⁹⁸, no presente momento, não seriam ratificadas pelo TCF. Embora em nome da segurança o povo acabe por aceitar a limitação de seus próprios direitos, a dignidade advém antes da própria democracia.

Após esse percurso pela análise das decisões do TCF, cabe agora analisar, no último capítulo desse trabalho, como essas decisões e fundamentações do Tribunal foram recepcionadas e influenciaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁸ Para a análise da doutrina que defende, sob certas condições, um direito subjetivo a exigir do Estado a possibilidade de aplicar a tortura (GUTIÉRREZ, 2004, p.332) *vide*: BRUGGER, W. Dar der Staat ausnamsweise foltern?. *Der Staat*, v.35, n.1, p. 67 ss, 1996. Já para Josef Isensee, a questão pode ser discutida se, antes, houver uma objetividade semântica, não se tratando de tortura, mas de uma possível discussão sobre a *coação administrativa*. *Vide*: ISENSEE, J. Der Verfassungsstaat als Freiheitsgarant. In: MELLINGHOFF, R. et al. Die Erneuerung des Verfassungsstaates. Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von Professor Dr. Paul Kirchhof. Heidelberg: C.F.Müller, 2003, p.31ss.

3 A INFLUÊNCIA E RECEPÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA NA JUDICATURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na pesquisa jurisprudencial, os resultados obtidos na busca pelo termo “Tribunal Constitucional Federal da Alemanha” demonstram que muitas vezes as decisões do TCF foram utilizadas por magistrados brasileiros, principalmente pelos ministros do STF⁹⁹. A citação expressa ao TCF, ao menos no que se refere à dignidade (da pessoa) humana, é utilizada tanto para fundamentar alguma decisão, como para recepcionar conteúdos de proteção jurídica da dignidade.

No que se refere ao tema aqui dissertado, dentre tantas colaborações do TCF à jurisprudência brasileira – sem esquecer de outros possíveis assuntos¹⁰⁰ - pode-se destacar com maior ênfase i) a influência na concepção de imagem do ser humano na ordem jurídico-constitucional; ii) a proteção da dignidade da pessoa humana à luz dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e ao desenvolvimento da personalidade; e iii) os deveres de proteção com base no conteúdo do mínimo existencial.

Isso posto, busca-se analisar, num primeiro momento, com o apoio da doutrina, o tema da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais no STF, procurando-se assentar importantes pressupostos sobre essa temática. Embora nessa primeira parte do capítulo já se apresente a recepção da jurisprudência do TCF, é na segunda parte que se trata de modo mais detalhado sobre o assunto.

⁹⁹ Segundo pesquisa realizada por Patrícia Perrone Campos Mello e Felipe Meneses Graça (2020, p. 108), entre 2013 e 2018, no STF, “o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha foi a segunda corte mais citada, com 55 (cinquenta e cinco) referências”.

¹⁰⁰ Cita-se como uma das principais influências nessa seara a vinculação dos direitos fundamentais entre os particulares. Embora na Alemanha a eficácia mediata seja a mais recepcionada pelo TCF, no STF há uma certa tendência à recepção da eficácia imediata. Citam-se como exemplos o caso em que se avaliou que o direito ao contraditório é direito subjetivo que pode ser, como direito fundamental, preterido contra particulares, jugado no no Recurso Extraordinário nº 158.2015-4, em 07/06/1996. Além desse caso, no Recurso Extraordinário 161.243-I, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado em 19/12/1997, a Segunda Turma do STF julgou o caso de um empregado da empresa aérea Air France que buscava “fruir as prerrogativas do Estatuto Pessoal da empresa, o qual era aplicado apenas aos empregados franceses.” (PEREIRA, 2006, p. 485). Na decisão, conforme Ementa do Acórdão, a empresa aérea francesa, ao conceder vantagens restritamente a empregados de nacionalidade francesa, ofendeu ao princípio da igualdade. Assim, tendo em conta a falta de uma teoria jurisdicional sobre o tema, como afirma Sarlet (2012, p. 18), com base em outras decisões do STF, pode-se inferir, “pelo menos de acordo com a tendência ora registrada, a tese de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.” Essa também é a opinião expressa por Sarmento (2006, p. 255) na sua vasta obra sobre o tema. Além dele, Pereira (2006, p. 485) também afirma que o STF vem orientando-se nesse sentido, “sem que o tema, por enquanto, tenha sido objeto de exame mais aprofundado.”

3.1 A OPÇÃO TERMINOLÓGICA E A IMAGEM DO SER HUMANO NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Embora o pressuposto histórico para a proteção da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 (CF/88) tenha sido, proeminentemente, as injustiças cometidas durante a ditadura militar¹⁰¹, a disposição desse termo jurídico no texto constitucional denota a compreensão de uma dimensão comunitária do ser humano e a necessidade da sua defesa muito além de uma simples dimensão patrimonialista.

Por exemplo, durante a Assembleia Constituinte, o termo dignidade foi utilizado em relação a diversos contextos sociais e econômicos. Como exemplo, cita-se a fala do constituinte Farabulini Júnior, que associou a proteção da dignidade das viúvas “miseráveis e desamparadas” por meio da previdência social (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p.12). Além disso, o próprio conceito de pessoa é basicamente formado e esculpido numa ideia de relação. Isso é acentuado na Assembleia Constituinte de 1987-88, na qual compreensões morais, religiosas, econômicas e sociais influenciaram as discussões ocorridas ali.

Entretanto, tal compreensão comunitária não implica na perda da individualidade perante o Estado. De fato, a proteção de cada pessoa como indivíduo é o fundamento de tal norma. Cabe lembrar a proposta de redação ao Anteprojeto da CF/88, *in verbis*: “O Brasil é uma República soberana, fundada na nacionalidade e dignidade *de seu povo* [...]” (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p.28, grifo nosso). Ao invés da palavra “povo”, optou-se pela palavra “pessoa”.

No que se refere estritamente ao texto da CF/88, a dimensão relacional do ser humano é constatada à luz dos deveres de proteção alusivos à dignidade. Além do art.1º, III, pode-se citar o art. 226, §7º, que trata do planejamento familiar; o art. 227, que versa sobre a dignidade relacionada à proteção individual e social das

¹⁰¹ Como relata Natalia Brigagão Ferrer Alves Carvalho (2019, p.113), embora se possa falar que a dignidade da pessoa humana tenha sido uma reação ao período da ditadura, é preciso lembrar que um grande número de líderes políticos que atuaram durante esse período participaram também da redação da CF/88. Mesmo com essa ressalva, é preciso lembrar que, tal como após a Segunda Guerra, “[...] a compreensão histórica da dogmática dos direitos fundamentais pode decorrer menos da fabulização de uma imaginária evolução do reconhecimento de direitos, do que da efetiva necessidade de respostas institucionais que o processo *descivilizatório* [...]” (GODOY, 2015, p.453).

crianças, adolescentes e idosos; e também o art. 230, que aborda especificamente a proteção aos idosos¹⁰².

Considerando-se como exemplo a proteção aos idosos, como afirmam Moraes e Teixeira (2018, p. 2246-2247), de uma ordem de compreensão liberal-patrimonialista¹⁰³, deu-se lugar, na CF/88, à compreensão da dignidade em seu aspecto relacional e existencial.

Assim se expressam as autoras:

Na materialização da dignidade da pessoa idosa, portanto, estão sendo valorizados aspectos de outra ordem, tais como a convivência intergeracional, a preservação da memória e de identidades culturais, a transmissão das tradições e dos costumes às gerações mais jovens. A lógica produtivista deixou de determinar todas as prioridades, do ponto de vista jurídico, e as relações de índole existencial puderam instalar-se em seu lugar.

Já no âmbito jurisprudencial, a dimensão comunitária do ser humano também já foi citada em diversos tribunais brasileiros¹⁰⁴, com destaque para as decisões do STF. Dessa dimensão pode-se extrair também os fundamentos e conteúdos que exsurgem da dignidade.

Primeiramente, assim como apontado na jurisprudência do TCF, o fundamento da dignidade humana não está pautado em uma específica compreensão moral e/ou teológica. Entretanto, a sociedade multicultural e democrática exige que os diversos contextos morais, assim como as diversas instituições possam participar da

¹⁰² A dimensão social da dignidade humana também se apresenta na Constituições estaduais. Nesses textos, há “[...] referências à aplicação da dignidade humana ao tratamento de presos, à educação e à proteção da mulher. Há casos mais específicos, como a previsão da dignidade humana como princípio da política agrícola e fundiária (Constituição do Estado da Bahia), como base do tratamento de portadores de deficiência (Constituição do Estado de Goiás) e da pesquisa tecnológica (Constituição do Estado do Rio Grande do Sul). A dignidade humana também é considerada essencial ao planejamento urbano (Constituição do Estado do Ceará), para construção de moradias populares, saneamento básico e transporte (Constituições do Maranhão e do Pará) e até para manutenção de casas-albergues para idosos, mendigos, crianças e adolescentes abandonados (Rio Grande do Sul)” (MENDES, 2013, p.88).

¹⁰³ Nesse sentido, a CF/88, assim como as constituições do pós-guerra, não interpreta o ser humano à luz de uma realidade contratual moderna e burguesa. Se outrora uma possível compreensão ética (e também efeitos jurídicos dessa compreensão) tinham por pressuposto a compreensão contratualista, a Constituição de 1988 – e também no pós-guerra em geral – carregam princípios de “solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, os quais passam a ser reputadas como fatores de legitimidade e justificação para uma eventual regulação estatal nos vínculos econômicos-privados” (ANDRADE; GUDDE, 2013, p. 6).

¹⁰⁴ TJ-ES. APL: 00369939320088080024, Relator: Samuel Meira Brasl Junior, Data de Julgamento: 18/06/2012, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 27/06/2012, na qual foi negado um pedido de indenização por danos morais em vista de uma notícia feita contra o presidente dos Sindirodoviários, afirmando que o patrimônio do mesmo aumentou de forma considerável. Citando diretamente o Caso *Lebach*, o relator afirmou que o conceito de pessoa humana (*Menschenbild*) exige um reconhecimento da comunidade estatal, na qual o indivíduo deve possuir uma livre comunicação entre os seus iguais.

discussão pública e da reflexão jurídica sobre esse conceito. É o que se percebe na ADI 3510/DF, que julgou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Para Gilmar Mendes (2013, p. 91), nessa decisão, o STF afirmou que a visão de mundo parte de um pressuposto “[...] que prestigia a diversidade e a pluralidade, [de modo que] as instituições políticas e sociais devem se organizar para estabelecer com respeito e dignidade uma regular interação entre os homens”¹⁰⁵. Essa diversidade e pluralidade são exigências, também, da neutralidade do Estado, de modo que a dignidade não deve ser entendida sob a exigência de “[...] qualquer visão perfeccionista, ideológica ou política particular” (BARROSO, 2014, p.73).

No que se refere à compreensão dessa imagem, destacou-se a dimensão relacional do ser humano na discussão sobre o *homeschooling* (ensino em casa). No Recurso Extraordinário 888.815/RS, com relatoria do Min. Roberto Barroso, julgado em 12/09/2018, foi desprovido o recurso, afirmando-se ser desnecessária uma lei para regulamentar o ensino domiciliar. Entre os principais fundamentos da decisão está a relação entre a dignidade e a cidadania, afinal o direito à convivência comunitária dignifica o indivíduo, principalmente quanto ao exercício “[...] desse direito subjetivo fundamental”.

Nessa seara da educação, cabe citar a ADPF 460/PR, rel. Min. Luiz Fux, julgada em 29/06/2020. Nesse julgado, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo único da Lei 6.496/2015 do Município de Cascavel/PR. Esse ato normativo proibia “políticas de ensino que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo ‘gênero’ ou ‘orientação sexual’”. Na decisão, que teve por pressuposto tanto os direitos humanos como o princípio da dignidade, citou-se e seguiu-se o entendimento do TCF (BVerfGE 47, 46), de que é direito dos pais educar seus filhos. Porém, “[...] a

¹⁰⁵ Numa perspectiva epistemológica - como relembra Lyotard (2015, p.11), a condição pós-moderna traz dificuldades de análises às formas de ciência. Essa dificuldade se acentua em elementos éticos e políticos tão presentes no conceito de dignidade. Assim, sobre esse conceito, pode-se asseverar que a jurisprudência, em certo sentido - sem esquecer o aspecto dogmático constitucional - busca um consenso sobreposto em seu aspecto também político, no sentido de que nenhuma das “[...] doutrinas abrangentes é adequada para ser elevada ao nível de uma concepção política, portanto, capaz de gerar um consenso. Contudo, é preciso contar com o apoio delas” (WEBER, 2011, p.131). Por isso, nessas narrativas ou nessa dinâmica da arena do Poder, a dogmática dos direitos fundamentais se faz tão importante na interpretação dos conteúdos da dignidade. Afinal, como relembra Gabriele Sales (2014, p.188), o significado político e ético devem levar em conta uma interpretação que inclua os diversos campos sociais e também a própria perspectiva dos direitos fundamentais. Para a autora (SALES, 2014, p. 188, tradução nossa), essas interpretações “[...] consequentemente, não têm utilidade para aquelas interpretações que se limitam às vantagens de alguns grupos em detrimento de outros, sejam majorias ou minorias”.

educação sexual integra o dever do Estado que não pode ser obstado pela vontade dos pais”.

Também na ADPF 130, rel. Min. Carlos Britto, que julgou a lei de imprensa, extraiu-se a dimensão comunitária do ser humano. Nessa decisão foi expressamente afirmada a relação da dignidade à livre manifestação do pensamento, ao direito à informação e a expressão artística e comunicacional no geral. Como afirma Sarmento (2016, p. 190), à luz desse julgamento, a dignidade humana é fundamento das liberdades comunicativas, também pela sua compreensão comunitária. Afinal, diz ele, quando essas liberdades são tolhidas “[...] restringe-se a sua capacidade de se realizar como ser humano e de perseguir na vida os projetos que elegeu”.

Mais recentemente, tem sido destaque na jurisprudência brasileira a dimensão relacional à luz da ecologia. Essa nova compreensão jurisprudencial segue a tendência do contexto constitucional contemporâneo, consolidando-se

a formatação de uma dimensão ecológica da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental (assim como de um bem-estar individual e social indispensável a uma vida digna, saudável e segura (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, p. 146).

Nesse sentido, uma gama de julgados¹⁰⁶ surge na perspectiva de demonstrar que a relação do ser humano exige uma efetiva proteção do meio ambiente. Na esteira dessas reflexões, há uma importante discussão sobre o tema na ADI 4.983/CE, julgado em 06/10/2016, cujo relator era o Min. Marco Aurélio. Dessa

¹⁰⁶ TJ-SP - AC: 10025080720178260615 SP 1002508-07.2017.8.26.0615, Relator: Alfredo Attié, Data de Julgamento: 05/07/2020, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/07/2020, onde se fez referência à dimensão ecológica da dignidade, relembrando-se que “A miséria e pobreza caminham juntas com a degradação ambiental, expondo populações de baixa renda a um maior risco à dignidade, impondo-se a adoção de uma compreensão integrada e interdependente dos direitos sociais e da proteção ao meio ambiente”. No que se refere à **jurisprudência do STJ**, colaciona-se o seguinte julgado: “Dimensão ecológica do princípio da dignidade da pessoa humana. Direito ambiental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. (...) Princípio da insignificância. Inaplicável em sede de responsabilidade civil ambiental. Derramamento de óleo. Poluição. Degradação ambiental. (...) 3. O bem ambiental é imensurável, não tem valor patrimonial, trata-se de um bem difuso, essencial à coletividade. Dessa forma, a violação da norma ambiental e do equilíbrio sistêmico não comporta a ideia de inexpressividade da conduta para aplicação do princípio da insignificância, pois o interesse protegido envolve toda a sociedade e, em nome do bem-estar desta, é que deve ser aplicada. 4. Em qualquer quantidade que seja derramamento de óleo é poluição, seja por inobservância dos padrões ambientais (inteligência do art. 3º, III, ‘e’, da Lei n. 6.938/1981, c/c o art. 17 da Lei n. 9.966/2000), seja por conclusão lógica dos princípios da solidariedade, dimensão ecológica da dignidade humana, prevenção, educação ambiental e preservação das gerações futuras. (...) 6. Recurso especial provido para reconhecer a inaplicabilidade do princípio da insignificância em matéria de responsabilidade civil ambiental” (STJ, AREsp 667.867/SP, 2ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, j. 17/10/2018). No mesmo sentido, referindo-se a essa decisão STJ - REsp: 1799578 SP 2019/0020670-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 16/05/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2019.

decisão exsurge a opção de “[...] alguns Ministros inclusive favoráveis ao que seria um novo paradigma biocêntrico” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2019, p.185). Destaca-se também o voto do Min. Barroso, que afirmou enfaticamente não ter sido endossado pelo constituinte um antropocentrismo radical, mas sim a opção “[...] por uma versão moderada, em sintonia com a intensidade valorativa conferida ao meio ambiente pela maioria das sociedades contemporâneas”.

Mais recentemente, durante a pandemia do *Coronavírus*, o STF analisou a relação da dignidade e dos direitos trabalhistas, julgando a constitucionalidade da redução salarial por meio de acordo individual, em face da atual conjuntura da pandemia. Por meio da ADI 6663, julgada em 17/04/2020, a maioria dos ministros votou pela não necessidade de que tal acordo seja comunicado aos sindicatos. No voto do Min. Alexandre de Moraes, Redator do acórdão, fica evidente que, embora os direitos trabalhistas tangenciem a proteção da dignidade da pessoa humana, o contexto exige uma limitação desses direitos. Segundo o Ministro, essa limitação ocorre, principalmente, em vista de proteger a dignidade humana por meio da manutenção de empregos, afinal “o sujeito de direitos do século XXI é constituído e informado pela comunidade em que se insere como espaço social de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Entretanto, não obstante essa dimensão relacional do ser humano - citando diretamente as decisões do TCF - o Supremo Tribunal Federal afirmou que a própria convivência social precisa respeitar limites aos conteúdos da dignidade dispostos na CF/88.

No RE 898060/SC, rel. Min. Luiz Fux, julgamento que acabou por reconhecer a paternidade socioafetiva, o STF afirmou que os poderes do Estado não podem objetificar o ser humano e devem permitir o seu desenvolvimento sem definições públicas preconcebidas. Conforme a Ementa:

o indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

Mas, além disso, nessa mesma decisão, tal como já afirmado acima nas decisões do TCF, para uma efetiva proteção da dignidade, não basta que o Estado não utilize a pessoa humana para fins públicos. Afinal, é preciso que seja garantido a

todos um espaço de desenvolvimento, no qual a pessoa possa se realizar no meio comunitário. Nesse sentido, referindo-se diretamente ao julgamento do TCF que tratou sobre a prisão perpétua (BVerfGE 45, 187), o STF afirmou que

a dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos [...].

Também na seara das liberdades comunicativas, por meio da ADI 4.815/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, a liberdade de expressão e de comunicação foi interpretada como um direito fundamental diretamente vinculado à dignidade humana e à inter-relação social do ser humano. Citando diretamente o famoso caso *Lüth*, para fundamentar a decisão (BVerfGE 7, 198) – lembrando que as normas infraconstitucionais devem ser lidas conforme o conteúdo dos direitos fundamentais - a Ministra ponderou que

com o politicamente correto, adotam-se formas de censura que mitigam ou dificultam o pluralismo ao qual a liberdade pessoal conduz, porque a censura, estatal ou particular, introduz o medo de não ser bem acolhido no grupo social. O medo e a vergonha fragilizam o ser humano em sua dignidade. Sem dignidade, não se resguarda a identidade, que faz cada ser único em sua humanidade insubstituível.

Em decisão mais recente, prolatada em 2020, na ADI 5543/DF, rel. Min. Edson Fachin, foi externada uma compreensão de “alteridade”¹⁰⁷ como base para limitar o poder do Estado. Nessa ADI, declarou-se a inconstitucionalidade do art.64, IV da Portaria n. 158/2016¹⁰⁸, o que permitiu que homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou com as parceiras sexuais destes não fossem mais caracterizados como inaptos para doar sangue por um período de 12 meses. Na Ementa da decisão, lê-se que “a responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e incutir, na

¹⁰⁷ A alteridade aqui citada se refere ao pensamento de Emmanuel Lévinas, autor que procura fazer uma reconstrução da subjetividade não mais a partir do ideal do sujeito autônomo e livre que caracteriza a construção do sujeito moderno kantiano, mas a partir da relação com o Outro, que se dá no horizonte ético. A partir da concepção ética levinasiana, “(...) as aspirações da modernidade, a autonomia, a liberdade, o processo de humanização e a emancipação, aparecem, cada vez mais, como ideais inatingíveis pelo homem.” (KUIAVA, 2003, p. 18). Assim, segundo Kuiava (2003, p. 21), essa passagem busca encontrar “(...) um eu marcado por uma nova subjetividade, que possa suportar a presença do outro, onde a responsabilidade não seja consequência de um livre arbítrio.” (2003, p.19), porque, segundo ele, o “(...) paradigma kantiano é incapaz de estabelecer uma autêntica relação com o outro enquanto absolutamente outrem.”

¹⁰⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. PORTARIA Nº 158, DE 4 DE FEVEREIRO DE 2016. “Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes”.

interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas [...].”

Também durante a pandemia do *Coronavírus*, nas ADI's 6.586 e 6.587, pode-se afirmar que exsurge a compreensão da dimensão relacional da dignidade e os limites para a atuação do Estado com base nesse princípio/regra. Nesse julgamento, foi decidido que o poder público pode determinar a obrigatoriedade da vacinação, porém, sem o uso de medidas invasivas¹⁰⁹.

No voto do Relator Min. Ricardo Lewandowski, lê-se que o Estado não pode, de modo compulsório, obrigar que todos os brasileiros sejam vacinados, principalmente em vista da intangibilidade do corpo humano, direito esse com conteúdo diretamente relacionado à dignidade. Além disso, a constitucionalidade da compulsoriedade da imunização pressupõe que as restrições indiretas respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais. Portanto, aqui, o art.1º, III foi interpretado como um limite para a atuação do Estado.

Embora a decisão tenha estabelecido critérios para tal obrigatoriedade, o STF entendeu, em vista da devida proteção à coletividade, que não se constata a “[...] violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”, quando a vacinação tiver como base um consenso científico e estiver prevista em lei. Afinal, essas restrições indiretas são possíveis a quem optar por não se vacinar, na medida em que os não vacinados podem causar a infecção de outras pessoas. Sustentando a possibilidade dessas restrições, o Ministro Barroso afirmou que a dignidade como valor comunitário permite que o Estado proteja as pessoas de suas próprias escolhas, principalmente quando

¹⁰⁹ Nas ADIs 6.586 e 6.587 foram fixadas as seguintes teses pelo TCF: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no programa nacional de imunizações; (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei; (iii) seja objeto de determinação da união, estados e municípios, com base em consenso médico científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. (I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes,(ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”.

essa escolha repercute de forma irrazoável sobre direitos de terceiros. Assim, além de estar relacionada à autonomia do indivíduo,

a dignidade como valor comunitário, também referida pela denominação dignidade como heteronomia, se justifica por três objetivos que o ordenamento jurídico considera legítimos e desejáveis: (i) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; (ii) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e (iii) a proteção dos valores sociais compartilhados.

Essa decisão, ao que parece, é coerente com o que foi afirmado na ADI 3510 que, segundo André Ramos Tavares (2020, p.40), apresenta um constitucionalismo pautado na compreensão fraternal, pelo qual se traduz às relações humanas “[...] verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde [...]”.

Essa compreensão comunitária do ser humano, como se verá mais adiante, também influencia a possível restrição dos direitos fundamentais. Afinal, na intersubjetividade das relações sociais, direitos podem e devem ser limitados quando atingem a dignidade de outrem.

Após a análise dessas decisões que repercutem sobre a imagem do ser humano na ordem jurídico-constitucional brasileira, busca-se, agora, expor o valor normativo da dignidade e sua relação com os direitos fundamentais.

3.2 VALOR NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

3.2.1 *Valor normativo da dignidade da pessoa humana (princípio e regra)*

Conforme a redação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), a dignidade da pessoa humana foi peremptoriamente escrita como Princípio Fundamental da República (art.1º, III). Isso demonstra que o constituinte brasileiro optou pela posição de que “o ponto de partida para qualquer reflexão sobre a constituição, e sobre qualquer desenvolvimento de uma Constituição liberal, seria o homem e sua dignidade” (MENDES, 2013, p. 86). Para Barcellos (2000, p. 170), no caso da CF/88, essa foi “[...] uma decisão fundamental do poder constituinte originário”. Essa decisão coroa “[...] os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade”, além de estabelecer “o primado do Homem no seio da

ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder” (BONAVIDES, 2014, p.618).

É mister recordar que a CF/88 – além de ser escrita num período pós-ditatorial – tem por modelo as constituições europeias que positivam a dignidade da pessoa humana, exigindo que o Estado de Direito seja fundado sobre esse princípio, cabendo aos poderes públicos proteger o ser humano na sua existência moral, psíquica e social. Assim, com a constitucionalização de um conceito que acaba vinculando todo um ordenamento jurídico, no pós-guerra e também no Brasil, propôs-se, uma teoria aberta a todos valores que pudessem influenciar os poderes do Estado, principalmente o Poder Judiciário (LOSANO, 2010, p. 244).

À luz da doutrina de Möllers (2007, p.507), que disserta sobre a Lei Fundamental da Alemanha, pode-se afirmar, por meio de uma comparação, que a CF/88 também interpreta os princípios como um requisito de otimização, como uma função de orientação e de identificação normativa, da qual exsurge - junto com a interpretação do direito constitucional - uma exigência organizacional. Essas exigências limitam os poderes das instituições ao estabelecer os fundamentos das mesmas (PETERS, 2010, p.12).

Nesse sentido, cabe citar o HC 87.676/ES, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, julgado em 06/05/2008, quando foi afirmado que a dignidade é um

verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Isso posto, pode-se deixar assentado como premissa desta discussão, que o princípio constitucional possui um caráter imperativo, exigindo que, no caso da dignidade da pessoa humana, todos os poderes do Estado estejam vinculados a ela. Desse modo, sem esquecer de outros textos constitucionais, tanto a Constituição brasileira quanto a alemã inauguram, definitivamente, uma nova era na estruturação do Estado e da sociedade com o objetivo de determinar seus respectivos âmbitos de atuação. Gabriele Sales conclui (2014, p.180) que ambos textos constitucionais vinculam a proteção da pessoa ao estatuto primário de fim último de todas as formas de convivência humana.

Mas além de ser reconhecida como princípio, pode-se deduzir do art.1º, III, de acordo com Sarlet (2019, p. 81), uma norma que possui um conteúdo jurídico de regra. Por isso, como princípio, a dignidade humana não possui um conteúdo

absoluto, pois os princípios “[...] são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto” (BARROSO, 2010, p.12).

Além disso, considerar todo o conteúdo da dignidade como regra ou seja, como um valor absoluto, iria de encontro à própria literalidade do art.1º da CF/88, no qual são elencados – além da dignidade da pessoa humana - outros princípios da República. Ou seja, pode-se afirmar que o princípio da dignidade possui uma primazia sobre os outros princípios, mas isso não significa a existência de uma proteção absoluta da mesma.

É o que se percebe na jurisprudência do STF. Em uma recente decisão proferida no dia 25/06/2020, no RE 608898/DF, rel. Min. Marco Aurélio, com base no princípio da dignidade, o STF afirmou que o § 1º do art. 75 da Lei 6.815/1980¹¹⁰ não foi recepcionado pela CF/88, sendo vedada a expulsão de estrangeiro quando comprovado que a criança esteja sob a sua guarda e sob sua dependência econômica. Embora a União tenha afirmado no recurso que a expulsão de estrangeiro com conduta nociva aos interesses nacionais se relaciona à defesa da soberania – um princípio fundamental da República -, segundo o relator, tal expulsão colide com a dignidade da pessoa humana (que, acrescenta-se, é hierarquicamente superior) ao se impor à criança a privação do convívio familiar, dificultando-se o acesso aos meios de sobrevivência.

Mesmo com essa primazia da dignidade, o STF entende que a convivência humana exige que os princípios da República não sejam interpretados de forma absoluta. No MS 23.452-1 RJ, lê-se na ementa da decisão que, respeitados os termos constitucionais sobre os direitos e garantias individuais, não há “[...] no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto [...]”, pois é imperiosa a proteção da integridade do interesse social e da coexistência harmoniosa das liberdades.

Porém, não obstante inexistir o reconhecimento de um conteúdo absoluto da dignidade enquanto princípio, há decisões do STF que tendem a, como que, garantir uma proteção absoluta em casos que são interpretados como conteúdos de

¹¹⁰ BRASIL. LEI n. 6.815/1980: “Art. 75. Não se procederá à expulsão: (...) § 1º Não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar.”

sua regra. Apresentam-se abaixo alguns julgados, sem entretanto, exaurir todas as decisões que possam ter sido versadas sobre o tema.

Nessa seara, cabe citar a decisão do STF no HC 71.373-4/RS, Redator do acórdão min. Marco Aurélio, que tratou sobre a investigação de paternidade. O Tribunal deferiu o pedido do réu, afirmando que o direito da criança nessa investigação não prevaleceria sobre o direito do réu de não ser conduzido “debaixo de vara”. Pode-se afirmar, à luz da decisão, que a intangibilidade do corpo humano faz parte de um conteúdo absoluto da dignidade, o que não permite, *in casu*, a sua ponderação.

A intangibilidade do corpo humano também foi destaque na discussão das supracitadas ADI's 6.586 e 6.587, que julgaram a constitucionalidade da obrigatoriedade da vacina contra o *Coronavírus*. Na decisão confirmou-se que, não obstante os perigos à saúde pública pela opção à não vacinação, o Estado não pode desrespeitar a intangibilidade do corpo humano, direito esse com conteúdo diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana.

Já no HC 70.389-5/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/07/1994, assentou-se a vedação absoluta à prática da tortura. Ao julgar a tortura contra crianças e adolescentes por parte de policiais, o Tribunal decidiu, conforme a ementa, que a concreção da prática da tortura é identificada como “[...] o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana”. Percebe-se aqui, conforme Ingo Sarlet (2017, p.80), que a dignidade opera como um “limite jurídico intransponível”.

Desse modo, concorda-se com Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p.268) quando afirma que,

no plano da nossa Constituição, além do caso aferido pelo STF, pode-se também considerar a proibição da tortura como norma-valor insuscetível de ponderação que afaste a sua plena regência de qualquer caso concreto. A proibição da tortura pode ser vista, então, como o núcleo essencial dos direitos à incolumidade física e ao respeito da dignidade humana.

Nessa análise sobre a regra da dignidade, cabe também citar o HC 79.512, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1999. Nesse julgamento, o STF decidiu que o uso da prova adquirida sem o respeito à inviolabilidade do domicílio, portanto uma prova ilícita, é insuscetível de ponderação com a eficácia da persecução penal, pois a sua inadmissibilidade se relaciona à proteção da dignidade. Por isso, em relação à prova ilícita, conforme comentário da decisão feita por Paulo Branco (2009, p.267), pode-se afirmar que esse tema “[...] concorda com a ideia de que certos preceitos constitucionais atuam como regras insuscetíveis de ponderações”.

Assim, levando em conta que atualmente há muitas dúvidas e questionamentos sobre o uso da prova ilícita no sistema jurídico brasileiro, pode-se afirmar, sem desconsiderar outras possíveis decisões, que a tortura e as ações que possivelmente firam a intangibilidade do corpo humano fazem parte do conteúdo de regra da dignidade. Lembra-se aqui que o STF também possui decisões referentes à proteção da pessoa humana com base na teoria do homem-objeto, mas esse assunto será tema de apreciação mais adiante.

3.2.2 As dimensões objetiva e subjetiva da dignidade da pessoa humana

Assim como na ordem constitucional alemã, na CF/88 a dignidade é princípio e valor fundamental, destacando-se, desse modo, na ordem jurídico-constitucional brasileira, a sua dimensão objetiva¹¹¹. Ao ser reconhecido como princípio e valor fundamental, o conteúdo do art.1º,III é

[...] fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados (SARMENTO, 2016, p.72).

Na Jurisprudência do STF, além do HC 87.676/ES, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, julgado em 06/05/2008, que afirmou ser a dignidade verdadeiro valor-fonte para a ordem constitucional, pode-se citar também como exemplo da dimensão objetiva da dignidade tanto o HC 85.237-8, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17/03/2005, como o AG.RG no Recurso Extraordinário 477.554/MG, rel. Min. Celso de Mello. Na ementa de ambas decisões, foi escrito o seguinte trecho:

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

¹¹¹ Embora o tema já tenha sido versado nesse trabalho, cumpre lembrar os esclarecimentos de Paulo Gonet Branco (2018, p.167-168), quando afirma que “a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”. Já “a dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação”.

Assim, sob essa compreensão de princípio, concorda-se com Luís Roberto Barroso (2014, p. 67-68), quando ele afirma que considerar a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental específico exigiria que tal norma tivesse que ser ponderada na mesma hierarquia com os outros direitos, “[...] o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos”. De fato, não há que se considerar a existência de um direito fundamental à dignidade humana (SARLET, 2019, p.81).

Porém, isso não significa que não possam existir pretensões subjetivas da dignidade, pois dessa norma podem até mesmo “[...] ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que – neste sentido – se trata de uma norma de direito fundamental) [...]” (SARLET, 2019, p.81). Como afirma Ricardo Maurício Soares (2010, p.144), essa dimensão subjetiva possui, também, um *status* negativo e positivo, significando, respectivamente, o direito de resistência perante o Estado; e o direito de receber dos entes públicos a proteção à condição mínima de subsistência.

Como exemplo da dimensão subjetiva relacionado a um *status negativo*, pode-se citar o HC 91.952/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07/08/2008. Nessa decisão, entendeu-se que o uso das algemas pelo apenado estaria em confronto com a ordem jurídico-constitucional. Da decisão, destaca-se a seguinte afirmação: a possível deficiência na estrutura do Estado para manter o aparato de segurança necessário não autoriza o desrespeito à dignidade do envolvido.

Já como exemplo de prestação positiva, cita-se o STA 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, julgado em 14/04/2008. Nessa decisão, o redator do acórdão afirmou que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na proteção do mínimo existencial, era dever do Estado de Pernambuco pagar por cirurgia de estudante tetraplégico vitimado por assalto (INFORMATIVO DO STF Nº 502).

Portanto, embora a dimensão objetiva da dignidade esteja em destaque com base em sua condição de princípio fundamental, podem existir pretensões subjetivas de seu conteúdo. Tal dimensão subjetiva não significa, entretanto, que haja um direito fundamental à dignidade. Afinal, como se verá a seguir, como valor fonte da ordem constitucional, ela também é fundamento para a proteção e a restrição dos direitos dispostos no catálogo do art.5º CF/88.

3.2.3 A proteção e a restrição dos direitos fundamentais pela dignidade

Como afirmado anteriormente, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como princípio fundamental (SARLET, 2019, p.149). Essa posição hierárquica permite que a dignidade possa proteger e limitar os direitos fundamentais.

A dificuldade se situa no fato de que, embora nem todo o conteúdo dos direitos fundamentais esteja fundado na dignidade, há uma diferença na vinculação desses direitos, de modo que alguns conteúdos podem estar diretamente fundados no princípio do art.1º, III (SARLET, 2019, p.150). E aqui, antes de adentrar nas decisões do STF, é preciso deixar assentado a posição desse trabalho sobre o tema.

É importante destacar que neste trabalho a interpretação da dignidade não é necessariamente a mesma contemplada no conteúdo dos direitos fundamentais. Desse modo, não se segue, aqui, o entendimento de Luís Roberto Barroso, para quem há um vínculo direto e necessário entre eles. Além dele, essa também parece ser a opinião de José Afonso da Silva (1998, p.92), quando afirma que a dignidade “[...] é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Na esteira do que afirma o constitucionalista português Vieira de Andrade (1987, p. 98), o princípio da dignidade humana “está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados [...]”, mesmo assim, “pode ser diferente o grau de vinculação dos direitos àquele princípio”. Por isso, alguns advêm diretamente do conteúdo da dignidade e outros decorrem de um conjunto de direitos fundamentais. Afinal, levando em conta a crítica de J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 398-399.), caso todos os direitos fundamentais fossem baseados diretamente no conteúdo do art.1º, III, seria o caso de retirar do catálogo material de direitos “[...] todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana”. Tal opção, seria, portanto, inadequada. Segundo Branco (2021, p.63), tal inadequação seria representada, tanto na CF/88, como na Constituição Portuguesa pelos direitos fundamentais de pessoas coletivas, por exemplo.

Desse modo, pressupondo que há direitos que se vinculam de forma mais direta ao conteúdo da dignidade e sob a premissa de que inexistem direitos absolutos, é preciso perquirir qual o entendimento do STF sobre o tema.

Nessa seara, o Supremo Tribunal Federal pauta-se sobre o entendimento de que a dignidade é fundamento e limite aos direitos fundamentais. Ou, como

sintetiza Ingo Sarlet (2019, p.89), a dignidade se apresenta como “[...] limite e tarefa do Estado e da Comunidade”.

Quando se analisa os direitos fundamentais em espécie, no que se refere à liberdade de expressão, pode-se referenciar alguns julgamentos de grande importância nesse âmbito aqui discutido. Na ADPF 130, rel. Min. Carlos Britto, o STF assentou que a Constituição veda qualquer censura prévia, pois essa atinge a liberdade de informação jornalística e a liberdade de imprensa, direitos que se relacionam diretamente à dignidade da pessoa humana. Além disso, o STF afirmou que todos os direitos do Capítulo da Comunicação Social emanam diretamente do art.1º, III.

Também na ADPF 187, o STF julgou constitucional a assim conhecida “Marcha da Maconha”. A referência à dignidade ocorre 26 vezes, cabendo referenciar o voto do Ministro Cezar Peluso, quando afirmou que a liberdade de expressão é uma emanção direta da dignidade humana.

Já no *Habeas Corpus* 82.424/RS, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 17/9/2003, a dignidade da pessoa humana foi compreendida como uma limitação externa à liberdade de expressão. Segundo a Corte, o livro publicado por Ellwanger faria alusão ao “fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas”. Segundo ela, essa concepção “[...] é atentatória dos princípios nos quais se rege e se organiza a sociedade humana, baseada na responsabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social”.

Outra decisão que apresenta essa relação da dignidade como fundamento e limite para os direitos fundamentais é a ADI 4.451/DF, rel. Ministro Alexandre de Moraes. Nesse caso, discutiu-se sobre as manifestações de opiniões no meio de comunicação e a liberdade de criação humorística durante o período eleitoral. Por unanimidade, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/1997, afirmando-se que a liberdade de expressão protege a liberdade de pensamentos e ideias, mas também “[...] a real participação dos cidadãos na vida coletiva”. No que se refere à dignidade, o voto do Ministro Gilmar Mendes acentuou a dignidade como fundamento para essa liberdade, enfatizando que há conteúdos de tais direitos que se tangenciam na ordem constitucional brasileira.

No que se refere aos conteúdos da liberdade religiosa, percebe-se essa relação acima já percorrida. Ressalta-se que, nessa matéria, o STF tem acentuado a

compreensão da dignidade, principalmente, como limite ao exercício desse direito fundamental.

Na ADPF 132, rel. Min. Ayres Britto, reconheceu-se a união estável para casais do mesmo sexo, aplicando-se às uniões homoafetivas o regime jurídico disposto no artigo 1.723 do Código Civil. No voto do Ministro Marco Aurélio, constata-se a dignidade humana como limitação à liberdade religiosa. Segundo o Ministro, as orientações morais e de fé não podem ser impostas, de modo que

as garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o *direito à dignidade da pessoa humana*, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual (grifo nosso).

Já em 2008, na ADI 3510/ DF, na qual o STF declarou a constitucionalidade do art.5º da Lei de Biossegurança - embora a liberdade religiosa não tenha sido o tema central da decisão - houve discussões pertinentes nos votos dos Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello afirmou que a dignidade da pessoa humana representa valor interpretativo e valor-fonte que inspira o ordenamento constitucional, ordenamento esse que não pode estar à mercê de interpretações que se submetam ao conflito entre Estado e Igreja, pois, a laicidade traduz “um postulado essencial da organização institucional do estado brasileiro”. Desse modo, as autoridades incumbidas de aplicar o direito “devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional”. Assim, nota-se que a preocupação do Ministro se situa em não concordar que conceitos jurídicos sejam interpretados a partir de fundamentos religiosos. Por isso, o conteúdo da dignidade da pessoa humana, embora possa ter alguns aspectos de sua definição endossada pelas religiões, não pode buscar nelas a sua fundamentação.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa demonstrou ser fundamental a relação entre laicidade estatal e a autonomia privada (fundamento e fonte da dignidade da pessoa humana). Dessa interpretação exsurge a reflexão de que a liberdade de crença exige que as religiões e o Estado respeitem a autonomia privada, fonte e exercício da dignidade. Ou seja, com base na liberdade religiosa com sua proteção objetiva (laicidade do estado) e subjetiva (agir conforme sua crença), conjugada com o reconhecimento de uma dignidade que permite a autonomia, pode-se afirmar que

ninguém poderá obrigar e direcionar a ação de qualquer genitor “de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas ideias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa”.

Aqui, também cabe uma atenção especial aos votos proferidos na ADI 4.439, redator para o acórdão Min. Alexandre de Moraes. Nesse julgamento, discutiu-se a constitucionalidade do ensino religioso nas escolas públicas e decidiu-se que é constitucional o ensino religioso confessional facultativo, além do estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil promulgado pelo decreto 7.107/2010.

No voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que votou pela declaração da inconstitucionalidade, posição essa que não prevaleceu, o direito fundamental à liberdade religiosa é “expressão nuclear da dignidade humana”, pois, “enquanto tal, ela integra a autonomia individual e o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa”. Nesse sentido, à luz da reflexão do Ministro Barroso, a liberdade religiosa e, assim, a dignidade humana, impõem ao Estado a responsabilidade pela promoção da “[...] tolerância e o respeito mútuo entre os adeptos de diferentes concepções religiosas e não religiosas, de modo a prevenir a discriminação e assegurar o pluralismo religioso”. Porém, para ele, não cabe ao Estado a tarefa de incentivar perspectivas e avanços religiosos, mas sim a busca de diferentes cosmovisões.

Já no voto do Ministro Luiz Fux, o termo dignidade da pessoa humana é relacionado à concepção de autonomia kantiana, ou seja, segundo o Ministro, cabe à criança formar “a sua consciência paulatinamente, de acordo com suas próprias convicções”. No mesmo sentido, votou o Ministro Celso de Mello, utilizando tal definição no tópico que fala da liberdade e da tolerância. Segundo o Ministro, a intolerância gerada por ações estatais que restringem direitos por conta de crenças religiosas vai de encontro ao valor básico de dignidade humana.

Ao interpretar em conjunto os votos dos ministros Luiz Fux e Celso de Mello, percebe-se que ambos utilizaram o conceito disposto no art.1º, III a partir de definições negativas, a fim de proteger a liberdade de convicção contra possíveis ameaças, como a intolerância. Os dois ministros, junto com o Ministro Luís Roberto Barroso, foram votos vencidos.

De modo diverso, no voto do Ministro Dias Toffoli, que julgou pela constitucionalidade das aulas de ensino religioso em escolas públicas, desde que facultativas, tem-se a vinculação da dignidade da pessoa humana no sentido de

proteção, de inclusão e de colmatação dos conteúdos da norma. De fato, em vista dos conflitos acima já elencados, a dignidade exige que a liberdade religiosa seja aplicada à luz não somente de uma (possível) maioria que deseja se autodeterminar em ambiente educacional, mas também em vista daqueles que poderiam sentir-se excluídos com a falta dessa disciplina da grade curricular. Nas palavras do Ministro Toffoli,

quando se está diante de uma proteção constitucional ou legal deficiente, seja por um defeito em sua redação ou por uma falha em sua aplicação, a solução consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana não se dá pela exclusão dos protegidos, mas pela inclusão dos excluídos. Se considerarmos a oferta do ensino religioso como direito subjetivo, como o faz a Constituição de 1988, a conclusão a que se chega é a de que se deve exigir do Estado a facilitação de seu cumprimento integral, não permitindo que a dificuldade de sua implementação prática resulte no aniquilamento do direito para todos. A forma de harmonizar os multicitados dispositivos constitucionais, portanto, não é banindo o ensino religioso confessional, mas instando o Estado a alargar o ambiente público de modo a abranger as mais diversas cosmovisões, sem discriminação.

Nesse julgamento, o STF entendeu que, embora o Estado brasileiro não seja confessional, tampouco é ateu (BRANCO, 2018, p. 323) e, por isso, como se infere do voto do Ministro Dias Toffoli, o respeito à dignidade exige que os poderes públicos incluam as pessoas que eventualmente podem não se sentir integradas pela sua crença. Essa integração ocorre com a maior abrangência das cosmovisões no espaço público.

O que está assentado na Corte, portanto, é que a dignidade é limite para a atuação da liberdade religiosa, mas também fundamento de proteção para mesma. Ambas promovem a tolerância, na busca de uma neutralidade que não hostiliza, mas reconhece os diversos fenômenos religiosos.

Após analisar o valor normativo da dignidade e sua relação com os direitos fundamentais, pode-se examinar com mais clareza e objetividade, a partir dos pressupostos acima assentados, em quais interpretações dos conteúdos jurídicos da dignidade o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha influenciou e foi recepcionado pela judicatura do STF.

3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DE SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, À LIBERDADE E AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

3.3.1 *Dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida*

Na ordem constitucional brasileira, o direito à vida exige do poder público a manutenção da existência de cada indivíduo. Entretanto, não obstante ser a vida o significado de uma existência física, o seu âmbito de proteção jurídico não se confunde totalmente com o conteúdo da dignidade (SARLET, 2018, p.411).

Além disso, como afirma Lenio Streck (2018, p.25), é preciso lembrar que o direito é uma prática intersubjetiva, com integridade e coerência. Desse modo, é mister analisar o sistema como um todo. E, como outros direitos, o direito à vida não é absoluto. Pode-se citar, como exemplo, a legítima defesa, o serviço militar, e a doação de órgãos *inter vivos*, doação essa que não causa a perda da vida de forma direta, mas permite uma exposição tal que se corre o risco de perde-la (cf. RUGGERI, 2010, p. 258). Ademais, recorda-se que na ordem legal brasileira, um embrião resultado do crime de estupro pode ter seu ciclo vital interrompido.

Ou seja, a proteção da dignidade não significa uma absolutização da vida. O respeito àquela não exige que essa deva ser de qualquer maneira mantida. Por óbvio que esse direito está relacionado ao direito de “existir” (cf. BRANCO, 2018, p.260). Porém, essa compreensão de existência mitiga-se perante situações reconhecidas pelo sistema jurídico.

É com esse pressuposto teórico que se insere a reflexão sobre a titularidade do direito à vida, citando-se a famosa ADI 3.510, rel. Min. Carlos Britto, julgamento iniciado em 05/03/2008 e encerrado em 29/05/2008. Nessa decisão, foi permitida a pesquisa com células tronco embrionárias, mesmo que tal pesquisa seja capaz de causar a interrupção da vida humana. Nesse julgado, associou-se o direito à vida com a pessoa natural (BRANCO, 2021, p.846). Desse modo, o STF entendeu que a inviolabilidade presente no art.5º, caput, “diz respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado” (SARLET, 2021, p.181). Conforme o Relator da decisão,

as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), aos “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), ao “livre exercício dos direitos... individuais” (art. 85, III) e aos “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa (INFORMATIVO DO STF nº 508).

Além dessa decisão, o STF também relativizou o direito à vida na ADPF 54, rel. Ministro Marco Aurélio. Nesse julgado, entendeu-se que não haveria proteção penal para o feto anencéfalo, pois, embora biologicamente vivo, o feto seria juridicamente morto. Ou seja, mesmo sendo ser humano, ele não seria uma pessoa humana.

Sem esquecer os perigos à saúde da gestante e levando em conta que os votos dos ministros diferenciaram o conceito de anencefalia e deficiência, tal decisão, entretanto, demonstra-se incompleta, ao menos em parte. Na medida em que há casos de anencéfalos que podem viver meses ou até anos após o parto, o STF deveria ter se debruçado mais sobre o caso de fetos anencéfalos que não causam perigo à saúde da gestante e que possuem certa esperança de vida após o nascimento. Sem tal reflexão, corre-se o risco de se categorizar a pessoa humana sob um *standard* comportamental, como se a dignidade reconhecida a alguém fosse reduzida a uma percepção de comportamento¹¹² ou sinapses cerebrais¹¹³.

Mesmo com a falta dessa discussão, o STF deixou muito claro que não se tratava sobre uma decisão de uma política pautada na eugenia, palavra essa que aparece 18 vezes na decisão. Ou seja, é preciso lembrar que aqui não se está afirmando a possibilidade de existirem vidas indignas. Assim, como já afirmou o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfGE 39, 1), não se trata de uma análise da dignidade a partir de uma concepção biológica à luz do conceito de deformação (*biologistische Überformung*) (GEDDERT-STEINACHER, 1990, p.61).

Com esse pressuposto, embora o STF não tenha se pronunciado definitivamente sobre o tema da interrupção da gravidez, pode-se afirmar que a proteção do feto e de sua dignidade são vistas num processo indivisível. E nesse

¹¹² A definição de comportamento se relaciona ao Behaviorismo. Segundo Churchland, behaviorismo é a concepção de que “toda sentença sobre estados mentais pode ser parafraseada, sem perda de significado, numa larga e complexa sentença sobre que comportamento observável iria resultar se a pessoa em questão estivesse nesta, naquela ou em outra circunstância observável” (OLIVEIRA, 2012, p.147)

¹¹³ A compreensão do ser humano à luz de sinapses cerebrais se refere a uma ideia de funcionalismo, que “sustenta que estados mentais são definidos pelo seu papel funcional (ou causal) na sua interação com outros estados mentais ou na produção do comportamento dos organismos ou sistemas artificiais” (TEIXEIRA, 2009, 47), sendo que “pretende nos revelar a natureza fundamental dos nossos estados mentais” (CESCON, 2013, p.73). O funcionalismo mais conhecido e estudado é o estado-máquina. Esse foi formulado por Hilary Putnam. “Tal formulação [...] foi inspirada pelas analogias que Putnam e outros perceberam entre a mente e as *máquinas* teóricas ou computadores desenvolvidos por Alan Turing, capazes de computar qualquer algoritmo” (CESCON, 2013, p.75).

sentido, a ordem constitucional brasileira se aproxima da alemã no que se refere à proibição da proteção insuficiente¹¹⁴.

Como afirma o professor Ingo Sarlet (2021, p.182)

[...] mesmo que se parta do pressuposto de que a titularidade do direito à vida, na condição de um direito subjetivo, inicia apenas com o nascimento com vida, isso não significa ausência de proteção constitucional da vida antes do nascimento, visto que tal proteção poderá ocorrer no âmbito de uma proteção objetiva, por meio da figura dos deveres de proteção estatais, solução que, de resto, tem sido também bastante prestigiada no âmbito da jurisprudência constitucional estrangeira, com destaque para a problemática da interrupção da gravidez e mesmo de outras formas de intervenção na vida (e mesmo dignidade) humana.

Cita-se como exemplo dessa proteção objetiva, a Lei nº 11.804 de 2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos. Segundo o artigo 2º dessa lei¹¹⁵, os alimentos de que trata tal ato normativo compreendem os valores suficientes à gestante e ao cuidado do desenvolvimento do feto.

Mas além da titularidade do direito à vida, pode-se afirmar que esse direito concede a toda pessoa uma proteção negativa e positiva. A liberdade negativa refere-se ao “[...] direito de permanecer existindo” (cf. TAVARES, 2018, p.214). O dever de prestação do Estado refere-se à necessidade de “[...] assegurar um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana [...]” (TAVARES, 2018, p.214).

Nesse campo, pode-se citar como referência uma recente decisão julgada pela Segunda Turma. Em sede de *Habeas Corpus* coletivo¹¹⁶, deferiu-se, também com base na dignidade e no direito à vida, a impetração voltada a corrigir alegada superlotação em unidades socioeducativas de internação.

Durante a pandemia do *Coronavírus*, destaca-se o HC 187.368/SC, rel. Min. Rosa Weber. Nesse *Habeas Corpus* foi concedida a prisão domiciliar à paciente que possuía risco real de contaminação do novo vírus. Segundo a decisão, “justifica-se a adoção de medida de urgência para preservar a sua integridade física e psíquica, frente à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)”. Assim como o TCF, o Supremo

¹¹⁴ Cita-se o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3510, para quem a pesquisa com células-tronco é constitucional. Entretanto, o Ministro afirmou que a lei violaria a proibição de proteção insuficiente “[...] ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano”.

¹¹⁵ BRASIL. LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008. “Art. 2º: Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.

¹¹⁶ HC 143.988/ES, rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 24/08/2020.

Tribunal Federal também relaciona a integridade física ao direito à vida, por meio da garantia de uma vida saudável.

Embora a análise do direito à vida no STF tenha permitido fazer algumas referências ao TCF, é no direito à liberdade que a influência de tal Tribunal é contatada, sendo muito utilizada para fundamentar diversas decisões judiciais.

3.3.2 Dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à liberdade

Dentre as principais contribuições que o TCF proporcionou à jurisprudência brasileira, indubitavelmente, destaca-se a proteção da liberdade do ser humano à luz da fórmula do homem-objeto¹¹⁷. Embora a dimensão relacional da dignidade esteja presente nos julgados do STF, a proteção da dignidade por meio dessa fórmula, ocorre principalmente, no Brasil, por “[...] uma predominância da ideia de dignidade como autonomia sobre a dignidade como heteronomia” (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 264).

Nesse sentido, cabe lembrar os ensinamentos de Peter Häberle (2013, p.71), quando tratou sobre a recepção de conceitos filosóficos e teológicos pelo plano jurídico. Segundo o autor,

cada manifestação científica, especialmente filosófica ou sociológica, a respeito da problemática da dignidade humana é potencialmente recepcionada no plano jurídico como elemento produtivo para um texto consagrador da dignidade humana ‘no sentido da Constituição’: ela pode se tornar vinculativa, na medida em que enriquece a interpretação do texto constitucional com ‘dignidade humana’.

No que se refere ao uso dessa fórmula, em sede de *Habeas Corpus*, existem diversos julgamentos do STF¹¹⁸ relacionando a ampla defesa ao direito do

¹¹⁷ TRF-4 ACR 5413 PR 2001.70.03.005413-3, rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère, 05/12/2003. Nessa decisão, o TRF julgou pela nulidade absoluta de uma sentença que foi proferida sem a apresentação das alegações finais pela defesa do réu, lendo-se no voto da relatora a decisão do STF, afirmando que a afronta ao contraditório e à ampla defesa transformam o ser humano em simples objeto da ação estatal.

¹¹⁸ Com base numa gama de julgados citados por Luís Roberto Barroso e Leticia de campos Velho Martel (2010, p.264, nota de rodapé 78), nessa seara de decisões pode-se citar: “BRASIL. STF. HC nº 92.604-5/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº88.548-9/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.657-1/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 28/03/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.414-4/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.121-8/MS. Rel. Min. Gilmar Mendes. 28/03/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.524-8/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.662/PR. Rel. Min. Celso de Melo. 04/04/2008. (neste acórdão, o ponto principal da motivação é o *due process of law*). BRASIL. STF. HC nº92.842/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. RE 398.041-6/PA. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 19/12/2008”. No HC 108527/PA, rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, lê-se no voto do relator que o direito de defesa no âmbito

réu de ser considerado *homem-sujeito*. Tal fundamentação busca impedir que o réu seja visto como um mero objeto no âmbito do processo penal (BARROSO, MARTEL, 2010, p.264). Desse modo, tal como na jurisprudência do TCF, é vedado ao Estado suprimir as garantias (processuais) de cada pessoa sob o pretexto de proteger a ordem pública. Por isso, tornou-se cediço no STF, à luz dessa fórmula, que o indivíduo não pode:

(a) ter sua liberdade cerceada no curso do processo penal por tempo indeterminado ou maior do que os prazos permitidos, se não deu causa à mora processual, ou se, ressaltados outros fatos muito relevantes, exauriu-se a justificativa para mantê-lo preso; (b) ser conduzido ou mantido preso no curso do processo apenas em razão da gravidade ou da repercussão do crime, ainda que hediondo, tampouco por fundamentos decisórios genéricos; (c) ter o seu silêncio, na persecução penal, interpretado em seu desfavor; (d) não ser devidamente citado em processo penal (BARROSO, MARTEL, 2010, p. 264).

Nesse campo, a súmula vinculante 11 é um importante exemplo a respeito da proteção contra qualquer tipo de “coisificação” da pessoa humana. No precedente representativo do HC 91.959-9/SP, rel. Marco Aurélio, julgado em 07/08/2008, o STF afirmou peremptoriamente que razões de interesse público não justificam manter alguém algemado, sendo inválida a alegação de que se pode privar alguém de sua liberdade, com base somente no fundamento da “[...] garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a certeza da aplicação da lei penal”.

Nesse sentido, conforme Sarlet e Neto (2018), a súmula vinculante 11 insere-se no contexto do

[...] gradativo reconhecimento de uma função defensiva da dignidade da pessoa humana, no sentido de uma blindagem contra intervenções por parte dos poderes públicos e atores privados, especialmente quando em causa a redução da pessoa [...] à condição de mero objeto da ação alheia [...].

Outra recente e pertinente discussão que tem sido travada no STF é a constitucionalidade da assim conhecida “legítima defesa da honra”. Na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/02/2021, o relator decidiu pela inconstitucionalidade dessa

do processo penal “[...] materializa uma das expressões do postulado da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, em sua acepção originária, proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto de processos e ações estatais. O estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações”. Nesse mesmo sentido - embora por inércia da defesa a ordem tenha sido denegada ao paciente – pode-se citar o HC 114544/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma.

excludente de ilicitude - entendimento esse que já possui maioria de votos para ser referendado. Segundo o relator, com base na doutrina kantiana, de que o ser humano é um fim em si mesmo e nunca deve ter o seu valor individual atrelado a uma “coisa”, a tese da legítima defesa da honra traz uma percepção instrumental e desumanizadora de cada pessoa, visto que “[...] normaliza e reforça uma compreensão de desvalor da vida da mulher, tomando-a como ser secundário cuja vida pode ser suprimida em prol da afirmação de uma suposta honra masculina”.

Além desses julgados, embora não tenha sido proferida pelo STF, nesse âmbito de decisões que proíbem o ato do poder público de “coisificar” o ser humano, cabe também citar e transcrever partes da decisão do TJ-SP¹¹⁹ que, em sede de Mandado de Segurança, deu provimento às apelantes contra a Prefeitura Municipal de São Paulo. Aquelas alegaram que a Subprefeitura de São Miguel Paulista teria desrespeitado os seus direitos ao revogar os Termos de Permissão de Uso de via Pública em frente ao Mercado Municipal, determinando um prazo para a retirada das bancas e, em caso de descumprimento, apreensão dos equipamentos. Diante da atitude da Subprefeitura, julgou-se que houve a coisificação do ser humano, afinal, a nova política de reurbanização adotou a retirada “açodada” de todos os ambulantes daquela região, “[...] sem qualquer notícia de realocação para outro bolsão de comércio ou condições mínimas de empregabilidade”.

Também na área trabalhista já se encontram decisões vetam o tratamento do ser humano como um objeto. Nessa seara, já se afirmou que a ordem constitucional brasileira “[...] não comporta qualquer valor social ou contrato de trabalho que expõe o trabalhador a situação humilhante e degradante no desenvolvimento de seu mister”¹²⁰. Nesse âmbito, já há decisão que reconheceu vínculo empregatício, ainda que o contrato tenha sido celebrado com pessoa jurídica. Um dos argumentos centrais é que o trabalho humano, ao ser exercido por um ser autônomo, não é uma simples mercadoria, o que acarreta na proibição de que a própria pessoa possa dispor das proteções que são inerentes ao exercício laboral¹²¹.

¹¹⁹ Apelação nº 0.006.795-43.2012.8.26.0053, rel. José Luiz Germano, 08/07/2016.

¹²⁰ INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. A indenização por danos morais decorrentes do contrato de trabalho pressupõe ato ilícito ou erro de conduta do empregador ou de preposto seu, além do prejuízo suportado pelo trabalhador e do nexo de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro e o dano experimentado pelo último, nos moldes da legislação vigente que rege a espécie TRT-3 - RO: 00107448620185030043 MG 0010744-86.2018.5.03.0043, Relator: Adriana Campos de Souza Freire Pimenta, Data de Julgamento: 22/07/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 24/07/2020”.

¹²¹ TRT-3, Primeira Turma, rel. Des. Adriana Campos de S. F. Pimenta, julgado em 16/11/2020.

Entretanto, como afirmado anteriormente, o caráter procedimental dessa fórmula exige que os conteúdos sejam constantemente analisados nos novos contextos sociais. Aqui, cabe ressaltar um julgado do TRF 3, da 4ª Turma Recursal/SP, rel. Ângela Cristina Monteiro, quando cita a fórmula do homem-objeto em decisão que tratava sobre a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, utilizando tal fórmula como fundamento para assegurar uma existência por meio de prestações mínimas ao demandante.

Não obstante a proteção que advém da fórmula do homem-objeto, tal como no caso do TCF, ela por si só não garante um cuidado efetivo da dignidade, principalmente no que se refere aos novos contextos sociais. Por isso, a jurisprudência (influenciada pela doutrina) acabou por vincular um maior conteúdo da dignidade ao livre desenvolvimento da personalidade.

3.3.3 Dignidade e livre desenvolvimento da personalidade

No Brasil, embora os direitos da personalidade tenham sido versados pela doutrina brasileira durante a vigência do Código Civil de 1916, eles foram positivados na CF/88. “Em seu artigo 5.º, inciso x, faz-se clara menção à inviolabilidade de determinados direitos da personalidade” (ANDRADE, 2013, p.96).

No que se refere ao livre desenvolvimento da personalidade, embora tal expressão não esteja diretamente positivada no catálogo constitucional, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art.1º, III) e nos direitos fundamentais enumerados no caput do art.5º, pode-se afirmar que o conteúdo desse direito foi recepcionado pela ordem constitucional brasileira (LUDWIG, 2001, p. 254), citando-se, como exemplo mais recente, os artigos 1º e 2º Lei nº 13.709/2018, que trata da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)¹²².

Com base nesse direito, Miranda (2013, p. 1175-76) destaca o dever de garantia do Estado e da sociedade para que a pessoa humana “[...] se desenvolva com base em critérios subjetivos, e não em critérios objetivos impostos forçosamente por outro”. Afinal, como já afirmado, a dignidade não possui (somente) uma definição

¹²² BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018. “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. Art.2º, VII: “A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”.

ontológica, mas também contingencial, e a própria interpretação da pessoa na sua relação social deve ser capaz de proteger o ser humano além de direitos taxativos. Nesse sentido, dignidade e personalidade devem estar abertas a constantes ameaças. Nas palavras de Pinto (2003, p.17), “é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não-estática mas dinâmica e com jus à sua liberdade de desenvolvimento”.

Essa compreensão contingencial está presente tanto na jurisprudência alemã (acima demonstrado), como na jurisprudência brasileira. Além das decisões proferidas pelo STF, pode-se citar uma gama de julgados que fundamentam a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade com base nas decisões do TCF.

Na seara trabalhista, na Segunda Turma do TRT-24¹²³, decidiu-se pela proibição da filmagem sem autorização do empregado em dinâmicas coletivas realizadas pela empresa, já que as imagens eram sistematicamente compartilhadas com outras filiais para estimular a venda de produtos. Citando, a decisão do TCF (BVerfGE 65,1) sobre a Lei do Censo, afirmou-se que tal atitude da empresa fere o direito à dignidade humana e à autodeterminação informativa, direito esse emanado do livre desenvolvimento da personalidade,

Também no TJ-MG, na AC, rel. Des. Lílian Maciel, julgado em 15/06/2020, colacionou-se decisão que afirma: a comunicação e a liberdade de expressão estão diretamente vinculados à personalidade humana e ao seu desenvolvimento. Com base na reflexão da doutrina, o voto da relatora lembrou que a liberdade de expressão vincula-se diretamente aos conteúdos da personalidade humana na sociedade, sendo a “matriz” para quase todas as outras formas de liberdade, tal como assentado pelo TCF (BVerfGE 7, 198).

Além dessas decisões, é através dos julgados do Supremo Tribunal Federal que se percebe como os direitos da personalidade protegem um efetivo direito ao desenvolvimento do ser humano.

No que tange o direito dos transgêneros, na ADI 4.275, o STF decidiu pela possibilidade de alteração do prenome e do sexo no registro sem a necessidade de “[...] cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes”. A decisão do TCF (1BvL 10/05,2008) foi diversas vezes citada e, na

¹²³ TRT-24 00247177620145240007, Relator: FRANCISCO DAS CHAGAS LIMA FILHO, 2ª TURMA, Data de Publicação: 15/06/2015

esteira do Tribunal Alemão¹²⁴, o STF decidiu que tal tema se relaciona com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e, por isso, por meio de suas leis e poderes públicos, não cabe ao Estado a criação de parâmetros e *standards* comportamentais que acabam por exigir do ser humano hábitos e costumes específicos. Aos poderes públicos cabe reconhecer e proteger elementos que passam a ser parte desse direito fundamental, protegendo novas dimensões dos fenômenos sociais.

Na seara da proteção de dados, a exemplo do TCF, o STF - em duas decisões paradigmáticas¹²⁵ - afirmou que do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade exsurge o respeito à autodeterminação informativa. Na ADI 6387/DF, o STF suspendeu na íntegra a Medida Provisória 954/2020, que previa a obrigação às empresas de telefonia fixa e móvel o dever de disponibilizar à Fundação IBGE a relação de nomes, números de telefone e de endereços de consumidores de pessoas físicas ou jurídicas. Nessa decisão, reconheceu-se “[...] a existência de um direito autônomo à proteção de dados pessoais e a necessidade de observância dos princípios de proteção de dados nas operações de tratamento, inclusive no âmbito do Poder Público” (WIMMER, 2021, p.299).

No que tange a referência à recepção da jurisprudência do TCF, no voto do Min. Luiz Fux, percebe-se o uso de parâmetros utilizados pelo Tribunal Alemão para analisar a supracitada Medida Provisória. Nas palavras do Ministro:

Conforme se verá, tal como a Lei do Censo de 1983 na Alemanha, a Medida Provisória *sub examine* também padece de vagueza e amplitude injustificadas, não atendendo a princípios básicos de privacidade, como a definição da finalidade específica e a necessidade para a transferência das informações.

Do voto do Ministro Gilmar Mendes, extrai-se uma das grandes influências do TCF na ordem jurídico-constitucional brasileira. Nas palavras do Ministro, o TCF “[...] redefiniu os contornos do direito de proteção de dados pessoais, situando-o como

¹²⁴ Além dessa decisão, cabe citar a decisão que versou sobre o gênero binário (1 BvR 2019/16, decisão de 10 de outubro de 2017). Nessa decisão, o TCF “[...]decidiu pela inconstitucionalidade da manutenção da legalidade de marcadores de gênero restritos apenas ao masculino e feminino, sem que houvesse a possibilidade de qualquer outra designação além dessas duas opções” (THEILEN, 2020, p.01-02).

¹²⁵ MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.387/DF, rel. min. Rosa Weber, julgado em 24/04/2020; e MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 695/DF, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 24/06/2020.

verdadeira projeção de um direito geral de personalidade para além da mera proteção constitucional ao sigilo”.

Desse modo, pode-se dizer que à luz do Tribunal Alemão e da influência da doutrina brasileira, o STF reviu o seu antigo precedente: o RE 418.416, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 10/5/2006. Isso significa que se avança para uma reflexão sobre os dados e a informação pessoal que protege a dignidade e a personalidade humana além de uma compreensão que se limita ao direito à privacidade. Isto é, a proteção dos dados pessoais vai além de uma concepção binária de sigilo/abertura ou público/privado (DONEDA, 2011, p.105-106), concepção essa que “[...] indica uma visão negativa e estática, em larga medida pautada na concepção de impossibilitar a interferência de terceiros” (SARLET, 2021, p.51). De fato, a proteção de dados confere ao titular uma maior dinamicidade em seus poderes abarcando bens jurídicos como “[...] a informação, a circulação e o respectivo controle” (SARLET, 2021, p.51).

Nessa mesma linha, na Medida Cautelar na ADPF 695/DF, o relator, Min. Gilmar Mendes reconheceu na ordem constitucional brasileira o direito fundamental à privacidade e à proteção de dados, direito fundamental esse que possui uma dimensão objetiva e subjetiva¹²⁶.

Mas além de uma nova interpretação na proteção dos direitos da personalidade, a recepção do TCF, no âmbito dos direitos sociais, irá corroborar a interpretação dos elementos que devem ser garantidos pelo Estado à luz da proteção do mínimo existencial.

3.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

3.4.1 *Construção do Estado Social no Brasil: aproximações com a história alemã*

Como afirmado anteriormente, em grande parte, o conteúdo protetivo dos direitos sociais são pautados à luz das relações históricas e econômicas. Por sua vez, os direitos sociais estão diretamente relacionados (também) aos conteúdos que se

¹²⁶ Nas palavras de Ingo Sarlet (2021, p.211), na ADPF 695 sustentou-se que “[...] que a dimensão subjetiva do referido direito importa na proteção do indivíduo contra riscos que ameacem sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação de dados pessoais, ao passo que a dimensão objetiva implica a atribuição ao indivíduo da garantia de controlar o fluxo de seus dados”.

levantam do Estado Social. Desse modo, uma aproximação do desenvolvimento histórico de tal conceito no Brasil e na Alemanha corrobora a análise da influência jurisprudencial proposta nesta parte do trabalho.

No geral, a ideia de Estado Social surge no fim do século XIX e início do século XX, caracterizando sua formação à assunção pública de responsabilidade estatal, em busca da garantia do bem-estar material e, geralmente, da participação social de toda a população (LESSENICH, 2013, p. 804).

Numa perspectiva histórica, embora a proteção das liberdades individuais fosse o fundamento das Constituições liberais, com o processo industrial que perpassava a Europa no fim do século XIX, ocasionando movimentos em massa de pobreza e migração, notou-se a necessidade de ajuda aos desalentados. Além disso, o poder da indústria perante os Estados Nacionais provocou uma verdadeira desregulação, onde a forma de utilização de mão de obra era livre, de acordo com Hockerts (1996, p. 27). Para Kocka (2001, 101), com a mudança da percepção salarial, a estratificação social predominantemente horizontal passa a ser cada vez mais vertical e desigual. Dessa mobilidade social, juntamente com a fome e as doenças, adveio a necessidade de uma nova atuação do Executivo na construção da infraestrutura e da política social.

Na Alemanha (lembrando que nessa época esse país era formado por outros territórios), embora já houvesse tentativas de amenizar a fome da população, em 1867, por exemplo, cria-se uma lei para a liberdade do movimento migratório a uma grande massa de pessoas. Ela decretava que, mesmo que alguma pessoa tivesse abandonado o seu país, o local que ela tivesse vivido na Alemanha nos últimos dois anos seria o local da residência de apoio (KOCKA, 2001, p. 365).

Assim, com os problemas sociais acima descritos – impulsionados pela pressão social dos movimentos socialistas - muda-se a percepção das funções do Estado na Alemanha. O fato de o Estado ser o responsável pelo bem-estar dos cidadãos, devendo garantir um certo nível social, estabeleceu-se na histórica alemã como uma possível e necessária ação política (HERBERT, 2014, p. 77-78)¹²⁷.

¹²⁷ É nesse contexto de mudança social e nova percepção do papel do executivo que surgem as leis do *Krankenversicherungsgesetz*, onde “alle vom Gesetz esfassten Arbeitskategorien werden in eine Krankenkasse gezwungen” (1883) *unfallversicherung* (1884), *Rentenversicherung* (Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz de 1889) (HAERENDEL, 2010, p.19-25, grifo nosso).

Após a Segunda Guerra Mundial, a perspectiva de proteção social difere-se daquela pensada na República de Weimar, que era deveras centrada no trabalhador (LESSENICH, 2013, p. 807). Afinal, a atenção política tinha por meta resguardar a clássica estrutura empregatícia salarial masculina, visando garantir o sustento familiar.

Mesmo com essa mudança de compreensão, com a promulgação da Lei Fundamental em 1949 sem direitos sociais especificamente catalogados, pode-se afirmar com K. H. Friauf (1996, p. 64), que o Estado Social não é concebido como algo absoluto, mas como um atributo específico do legislador, que deve garantir a proteção de elementos do mínimo existencial, conforme já discorrido neste trabalho.

Se na Alemanha a construção do Estado Social buscava traçar caminhos comuns e estruturais à segurança social, como foi a construção dos seguros sociais formulados desde a época de Bismarck, no Brasil, é deveras importante destacar que

a política social brasileira compõe-se e recompõe-se, conservando em sua execução o caractere fragmentário, setorial e emergencial. Nesse sentido, ela foi sustentada pela necessidade de dar legitimidade aos governos que buscavam bases sociais para manter-se e aceitaram seletivamente as reivindicações em vista das pressões da sociedade (VIEIRA, 1997)¹²⁸.

Com esse pressuposto, tratando-se especificamente do importante período conhecido como *Era Vargas*, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, autodenominado *Ministério da Revolução*, teve um importante papel. A tese defendida à época era de que na sociedade urbana e industrial

[...] os conflitos trabalhistas não somente eram recorrentes, mas naturais, e poderiam ser apaziguados com a formalização e a regulação dos mercados de trabalho. A organização corporativa das classes sociais e as negociações coletivas intermediadas pelo Estado seriam um substituto tanto do socialismo estatizante como do capitalismo liberal. A paz social se concretizaria na medida em que patrões e empregados se organizassem em sindicatos e negociassem, de forma ordeira, as suas reivindicações, por intermédio do Estado (ABU-EL-HAJ, 2005, p.35).

¹²⁸ O Brasil teve uma profunda mudança social na década de 1920. A principal mudança econômica que modificou, de certo modo, a compreensão do papel do Estado foi a decadência da indústria dos cafeicultores. “Os industriais, comerciantes, as novas classes médias urbanas e os assalariados industriais projetavam uma nova sociedade embrionária e se organizaram para desalojar do governo as elites cafeicultoras” (ABU-EL-HAJ, 2005, p.33). Nesse processo de mudança, o Centro, liderado por Getúlio Vargas, consegue chegar ao poder e esse último torna-se o presidente. A meta era enfrentar os problemas sociais (representada pelos protestos operários), a crise econômica e a falta de abastecimento de comida no interior do Brasil (ABU-EL-HAJ, 2005, p.33).

Nesse contexto, o grande feito de Vargas, foi conseguir projetar um *new deal* que integrasse também os operários, apresentando-se (como se acreditava à época) contra uma possível escalada comunista, segundo Negro (2004, p.19).

Desse modo, na Era Getúlio, entra em vigor a Constituição de 1934 que possibilita uma gama de direitos que transcende as bases liberais, em conformidade com os movimentos políticos e constitucionais, principalmente dos Estados Unidos (*welfare State*) e da Alemanha (*Weimarer Verfassung*). Afinal, depois da época escravocrata, com a industrialização e o conflito trabalho-capital, esse foi um dos momentos em que o país percebeu o peso das desigualdades, buscando meios legais para se contrapor a essa realidade (BONAVIDES, 2000, p. 172). É importante recordar que essa fase constitucional faz parte de uma onda política e social que ocorre na América Latina. Cita-se aqui, entre outros, os movimentos como a Revolução Mexicana, a experiência populista na Argentina, assim como a revolução Cubana (THIERY, 2017, p.773).

Com essa gênese problemática, na qual os direitos sociais eram pensados localmente e com o fim do controle social e político, diferentemente da Alemanha que viu no Executivo e no Legislativo a busca para a concretização de um Estado Social, o Brasil necessitou constantemente exigir seus direitos em âmbito constitucional. Não é à toa que, entre outros motivos, a CF/88 acabou por catalogar direitos fundamentais sociais e, além disso, não bastando essa previsão constitucional, Emendas Constitucionais tiveram que ser aprovadas durante os governos dos presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, exigindo a vinculação do Orçamento Público a diversas despesas obrigatórias nas áreas da saúde e educação.

Muito embora o Brasil possua os direitos fundamentais sociais detalhadamente catalogados na CF/88, deve-se ressaltar a importância que o TCF, por meio da sua interpretação do Estado Social e da dignidade humana, trouxe para as decisões judiciais no Brasil.

Em vista de poder apontar as principais influências e/ou eventuais diferenças na relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais sociais nas jurisprudências do TCF e do STF, três temas são de fundamental importância nessa análise: i) o conteúdo do mínimo existencial; ii) a reserva do possível e iii) o papel do legislador para com a concretização e proteção desses direitos.

3.4.2 Conteúdos do mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Na esteira das tradições constitucionais do pós-guerra, notadamente das Constituições alemã, espanhola e italiana, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), ratifica a importância dos Direitos Fundamentais. A CF/88 é “[...] a primeira na história constitucional brasileira a prever um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais – Título II -, onde foram também consagrados direitos sociais básicos e de caráter mais geral” (SARLET, 2021, p. 276).

Nossa Carta Magna previu os direitos sociais e coletivos, obrigando o Estado a prover elementos mínimos a toda a pessoa humana. No Capítulo II da CF/88 os direitos sociais estão peremptoriamente catalogados. Lê-se no art. 6º da CF/88, *in verbis*:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Por isso, diferentemente da Lei Fundamental da Alemanha, o Brasil previu expressamente direitos fundamentais sociais. Tal catálogo, entretanto, não impediu que houvesse divergências doutrinárias no que se refere à aplicabilidade imediata ou não desses direitos. Mesmo assim, constatam Schier e Schier (2018, p. 70): “o seu contexto global permite qualificá-la como um texto dirigente e compromissório, adotando um modelo de organização e garantias típico de Estados Sociais”.

Mas além dos direitos sociais, a ordem jurídico-constitucional brasileira recepcionou o entendimento de que toda a pessoa humana possui o direito a um mínimo existencial. Desde o famoso artigo publicado por Ricardo Lobo Torres em 1989 (p. 31-32), relaciona-se esse conteúdo à dignidade humana e à cláusula do Estado Social de Direito. Como já afirmava à época esse autor, esse mínimo não é quantificável ou mensurável *a priori*, mas avaliado em vista da qualidade e quantidade inerente a cada realidade humana e social.

No Brasil, assim como na Alemanha, a doutrina, aqui representada pelo professor Ingo Sarlet (2006, p. 377-378), não possui o entendimento de que o mínimo existencial se reduz à mera sobrevivência física ou a um mínimo vital. De fato, esse mínimo abrange também um mínimo social e cultural - o que acarreta também no direito à educação, a bens culturais, e, mais recentemente, a um mínimo existencial ambiental (SARLET, 2019, p.329). Assim, pode-se afirmar que um mínimo vital é um

conteúdo necessário, mas não suficiente no que se refere à compreensão da proteção da dignidade.

No que tange à extensão do mínimo existencial na jurisprudência do STF, embora seja preciso destacar que ainda não existe uma clara determinação da abrangência de tais conteúdos, pode-se afirmar que esse mínimo não se limita à proteção da mera sobrevivência física.

Na ADI nº 1.442/DF, julgada em 1996, foi questionado, entre outros objetos jurídicos, a constitucionalidade do salário mínimo de R\$112, fixado artigo 1º pela MP n. 1.415/96. Tal ADI foi rejeitada, pois, caso fosse aceita, o salário válido seria o da lei anterior que estabelecia o valor de R\$100 reais. Entretanto, o Ministro Celso de Mello, Relator, enunciou compreensões fundamentais sobre um mínimo necessário para a sobrevivência, assim como a responsabilidade do Legislativo perante esse mínimo. Primeiramente, afirmou que a ordem constitucional impõe ao Parlamento o dever de garantir a segurança e a efetividade das “[...] necessidades individuais básicas e familiares [...]”, fazendo-se necessária uma revisão periódica para a manutenção de um piso remuneratório.

Quanto ao conteúdo de tal proteção, o Relator afirmou que a CF/88 impõe a manutenção de um salário mínimo que atenda às necessidades vitais básicas, permitindo “[...] a satisfação dos gastos essenciais com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Ou seja, vai além de uma simples proteção à sobrevivência.

Em 2000, no Agravo Regimental do RE 271.286-8/RS, o Min. Celso de Mello, ao decidir o caso sobre fornecimento de medicamentos a portador de HIV, afirmou que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)”. Isto é, julgou-se que a saúde seja considerada um mínimo a ser assegurado.

Com o mesmo entendimento, afirmou o STF no RE 393.175-0/RS¹²⁹, o dever de fornecer medicamentos gratuitamente a favor de pessoas carentes que foram diagnosticadas com “[...] esquizofrenia paranoide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio [...]”.

¹²⁹ RE 393175/RS, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01/02/2006.

Além desses julgados, com base no mínimo existencial, o STF já proferiu diversas decisões monocráticas,¹³⁰ afirmando que programas de assistência social devem ser obrigatoriamente efetivados pelo poder público, tal como o programa social SENTINELA-ACORDE, que cuida de crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual¹³¹.

Mas, além de prestações positivas, o mínimo existencial, tal como ocorre na Alemanha, é considerado um direito de defesa. Esse direito é percebido, por exemplo, na imunidade tributária implícita. Isso significa que “[...] o Estado não pode privar a pessoa, pela via da tributação, dos bens e recursos indispensáveis para que tenha uma vida digna” (SARMENTO, 2016, p.1666).

É o que se percebe na ADI 2.028 convertida em ADPF, julgada pelo plenário do STF, redatora do Acórdão Min. Rosa Weber. Na decisão, deu-se total provimento ao pedido de reconhecimento de imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social. No seu voto, a Ministra demonstrou uma maior preocupação em garantir o “compromisso com a realização de prestações estatais conectadas com o mínimo existencial”. Ou seja, vislumbrou-se a vinculação de direito objetivo ao mínimo existencial, já que, segundo a interpretação da Ministra Relatora, a imunidade das contribuições sociais tem como fim

[...] a concretização de uma política de Estado voltada à promoção do mínimo existencial e a necessidade de evitar que sejam as entidades compromissadas com esse fim surpreendidas com bruscas alterações legislativas desfavoráveis à continuidade de seus trabalhos [...].

¹³⁰ RE 604.884, AI 583.264, AI 583.476, AI 583.553, RE 482.611 e AI 583.596 - Ministro Celso de Mello; RE 503.658 e RE 482.741 – Ministro Eros Grau; RE 482.751 e RE 513.465 - Ministra Ellen Gracie, RE 572.717, RE 573.690 e RE 574.506 – Ministro Ayres Britto; AI 583.594 e AI 583.516 - Ministra Cármen Lúcia (VOLPE, 2012, p.62).

¹³¹ A transcrição da Ementa de Relatoria do Ministro Celso de Mello, na AI 583.476/SC, permite entender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, visto que as decisões de muitos Ministros em casos análogos se assemelham: “EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191- -197). (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO”.

Além da proteção tributária, o direito ao mínimo existencial também exerce uma proteção das necessidades entre os particulares. É o caso do RE 605709, julgado pela Segunda Turma do STF, a qual deu provimento ao pedido de não sujeitar o bem de família do fiador (a casa) à penhora em vista da dívida do locatário. Segundo a ementa da decisão, o sacrifício de perder o direito à moradia em vista de satisfazer o crédito do locador não poderia exigido, pois “a dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens”.

À luz da Ementa da decisão e do voto da Min. Rosa Weber, voto que conduziu a maioria, a garantia de uma moradia faz parte do conteúdo de um mínimo existencial e faz parte do título II da CF/88. Como afirmou a Ministra, o mínimo existencial deve ser visto como uma preservação da dignidade, de modo que a promoção da livre iniciativa não pode ser fundamento para desproteger esse conteúdo.

Quanto ao reconhecimento de um direito à assistência social, com base no mínimo existencial, estendeu-se a interpretação às pessoas que podem ser titulares desse direito, tais como os estrangeiros residentes no país, de acordo com o RE 587970/SP. Os Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes e Edson Facchin, citaram nominalmente o mínimo existencial e, com a mesma base argumentativa, afirmaram que a garantia desse mínimo abrange todas as pessoas, sendo um direito subjetivo aos estrangeiros a garantia dessa proteção.

Desse modo, numa relação entre o Brasil e a Alemanha, não obstante a CF/88 possuir um catálogo de direitos fundamentais sociais, é nítido que a interpretação sobre a dignidade humana influenciou a compreensão do conteúdo e da titularidade do mínimo existencial. Mas, além disso, o próprio limite à prestação desses direitos também é um importante tema a ser discutido, em vista, principalmente, da colaboração que o TCF trouxe para tal discussão.

3.4.3 Reserva do possível

Como afirmado acima, o conteúdo do mínimo existencial no Brasil e na Alemanha possui uma exigência prestacional e também de defesa. Entretanto, a CF/88, diferentemente da Lei Fundamental alemã, possui direitos sociais expressamente catalogados. Tal catálogo exige que existam maiores critérios

interpretativos para limitar a obtenção de bens jurídicos por meio da reserva do possível.

A reserva do possível pode ser definida como uma barreira constitucional que orienta uma razoabilidade dentro do Estado de Direito, buscando a melhor forma de garantir direitos com fundamento na interpretação e na prática da Constituição, destaca Kirchhof (2004, p. 280).

Cabe lembrar que na Alemanha, já em 1970, a reserva do possível foi discutida no famoso caso conhecido como *numerus clausus* que, ao que sabe, seria a primeira decisão referente ao tema no TCF. No julgamento de 18 de Julho de 1972 (1 Bvl 32/70 und 25/71), o Tribunal Alemão reafirmou a tese que vinha sendo construída, de que a proteção dos direitos fundamentais não se sustenta somente na proteção negativa. Como se afirma na decisão, as garantias sociais, nas relações entre indivíduo e Estado, visam garantir a seguridade social e a promoção cultural dos cidadãos. Desse modo, é tarefa do Poder Público garantir vagas para o mercado de trabalho, em vista justamente de concretizar a proteção à liberdade de ocupação. E assim, essa exigência constitucional expressa que o reconhecimento desse direito não se submete aos critérios do legislador.

Entretanto – e esse é um ponto fundamental na decisão - em vista da característica de efeitos sociais desses direitos, é preciso analisar o contexto individual e social de cada pessoa. Desse modo, “foi admitida a restrição à liberdade de escolha profissional do indivíduo, na medida em que se entendeu como elevado o provável risco ao bem coletivo, em caso de ingresso indiscriminado nos cursos superiores” (TOLEDO, 2017, p. 108). Por isso, ficou consignado que ao legislador cabe escolher a melhor forma de perfazer esses direitos, tendo em conta que o indivíduo pode requerer do Estado o que ele *razoavelmente pode reivindicar da sociedade* (BVerfGE 33, 303).

No Brasil, em vista do catálogo de direitos sociais, é perceptível os gastos que o Estado deve dispor para concretiza-los. Entretanto, antes de tratar sobre a reserva do possível, é preciso esclarecer um tema deveras importante: os direitos sociais também abarcam os direitos negativos. Por isso, mesmo estando mais relacionados à compreensão de prestação estatal, eles possuem, inegavelmente, conteúdos relacionados aos direitos e garantias individuais. Afinal, o direito às prestações objetivam a exigência de que o Estado deve assegurar a liberdade de cada pessoa, “[...] partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e

manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos” (MENDES, 2018, p. 691).

O STF, por exemplo, manifesta esse entendimento no RE-AgRg 271.286/RS, *leading case* sobre o tema, quando afirma que o direito à saúde “[...] constitui direito fundamental e subjetivo, assegurado à generalidade das pessoas pela CF, representando consequência constitucional indissociável do direito à vida” (SARLET, 2018, p. 570).

Veja-se mais alguns exemplos dessa relação a seguir. Na ADI 5.938/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, que tratou da reforma trabalhista, firmou-se a relação de proteção à gestante com a saúde e a vida do nascituro. Também relacionando os direitos sociais ao direito à vida, cita-se a ADI 6327 MC-Ref/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgado em 03/04/2020, quando se decidiu pela possibilidade de estender o período de licença maternidade e do salário maternidade para 120 dias, em vista, entre outros fundamentos, do direito à vida.

Também em recente decisão proferida no dia 03/03/2021, a Ministra Rosa Weber, na Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.478/PI, afirmou que é dever da União ajudar os Estados e Municípios no custeio de UTI's. Segundo a Ministra, além do perigo ao direito à saúde e à vida, a omissão e a negligência do poder público possuem como consequência tanto a morte de muitas pessoas, quanto “[...] o comprometimento, muitas vezes crônico, das capacidades físicas dos sobreviventes que são significativamente subtraídos em suas esferas de liberdades”.

Entretanto, é nítido que os direitos sociais exigem igualmente do Estado uma demanda econômico-financeira (SARLET, 2018, p.293), gerando encargos ao Estado. Desses encargos econômicos advém a famosa expressão: “o cobertor é curto” (*The blanket is short*) (SUNSTEIN; HOLMES, 2000).

Assim, em razão da impossibilidade de satisfazer todas as necessidades sociais presentes na realidade brasileira, as típicas opções de políticas sociais são pautadas na compreensão de justiça distributiva, levando em consideração, conforme entendimento de Mendes (2018, p. 465), “[...] fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço prestado, a maximização dos resultados, etc”.

Porém, quando se trata do mínimo existencial – principal tema da discussão aqui versada -, para Barroso (2018, p. 123), o problema se situa no fato de que esse mínimo é conteúdo da dignidade humana e dos direitos fundamentais, não sendo uma

mera prestação política. Mesmo assim, no que se refere a atividade jurisdicional, conforme Mendes (2018, p.465), o problema decorre do fato de que há dúvidas do quanto realmente o Judiciário, na realidade econômica brasileira, conseguiria por meio da justiça concreta, ou seja, da micro justiça, garantir o acesso equânime a todos os brasileiros.

A partir da constatação desse problema, Schier e Schier (2018, p. 78) sugerem fazer uma análise mais global, medindo também a possibilidade de que os recursos disponíveis possam prover uma universalidade de pessoas, conforme a proposta do legislador, evitando, assim, que esses recursos sejam distribuídos de forma “elitizada”, por meio de demandas individuais, como muitas vezes se vê nas decisões judiciais no Brasil, conforme pesquisa de Daniel Hachem (2013, p.351-353).

Mesmo com essas dificuldades, é nítido que a proteção do mínimo existencial deve ser analisada caso a caso, pois se refere a dimensões individuais e coletivas e, embora a dimensão macroeconômica seja importante, a realidade pessoal deve ser balanceada em vista de evitar uma possível violação da proibição de proteção insuficiente, tal como já paradigmaticamente afirmado na STA 175, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes (SARLET; ZOCKUN, 2016, p.128). Nesse julgado, o Tribunal, com base na dignidade da pessoa humana, garantiu o direito a medicamentos e tratamentos custosos para os demandantes que possuem uma baixa renda (BARROSO, 2014, p.29).

Por esse motivo, a assim chamada reserva do possível compreende, de um modo geral, “[...] tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma”, enfatiza Sarlet (2018, p.295). Conforme a visão deste autor na mesma obra (p. 296), há uma dimensão tríplice da reserva do possível:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Sendo assim, em relação ao Poder Judiciário, a tarefa que exsurge dessas dimensões é a necessidade de zelar pela efetivação de direitos fundamentais, mas com muita cautela para negar ou fornecer um direito subjetivo nas demandas sociais,

analisando se essa reserva é “[...] de ordem *fática* (falta de recursos) ou *jurídica* (orçamentária)”, destaca Caliendo (2010, p.180). Sarlet e Figueiredo (2010, p. 31) ressaltam que também a proporcionalidade deverá levar em conta a dupla dimensão da proibição do excesso e de insuficiência.

Mesmo com todas essas implicações, concorda-se, com Ricardo Lobo Torres (2010, p. 74), quando afirma que, quando o objeto jurídico demandado for relacionado ao conteúdo desse mínimo existencial, o Judiciário pode conceder o benefício sem depender da discricionariedade da Administração Pública e do Legislador¹³².

Também nessa quadra, mais especificamente no direito à saúde, Ana Paula de Barcellos (2010, p.812-813) afirma que cabe ao Judiciário determinar o fornecimento de prestações, quando as mesmas forem relacionadas ao mínimo existencial. Nessa mesma linha, tem-se o ensinamento de Luís Roberto Barroso (2008, p. 20), para quem cabe a interferência do Judiciário sempre que um direito fundamental que se relaciona ao mínimo existencial estiver sendo violado, o que não significa, entretanto, que os direitos sociais possuem sua dimensão subjetiva somente quando associados ao conteúdo do mínimo existencial¹³³ (SARLET; ZOCKUN, 2016, p.127).

Na jurisprudência do STF, percebe-se essa compreensão em alguns julgados. Nessa seara, o STF já proferiu decisões que seguem a opção pela possibilidade da ação do Poder Judiciário quando o direito demandado se refere ao conteúdo do mínimo existencial, não sendo admitida a reserva do possível como limite para a proteção de tais direitos. Aqui, destaca-se o Agravo Regimental da STA 223, sob relatoria da Min. Ellen Gracie, no qual se decidiu que a vítima de um assalto - por causa da falta de níveis adequados de segurança - possui o direito de receber um marca-passo diafragmático do Estado, já que a tetraplegia ocorreu justamente por causa da ineficiência do Estado. Segundo a decisão, a reserva do possível não é

¹³² Aqui se percebe a diferença com a constituição portuguesa onde, sob a interpretação de José Carlos Vieira de Andrade (2001, p.385-387), não cabe ao judiciário e à administração pública inferir normas que inexistem ou que são insuficientes. Para ele, haveria uma exceção: não na concessão de prestações, mas, ao menos, no direito negativo de não tributar o rendimento necessário para garantir um mínimo de existência (AMARAL, 2010, p.225-226).

¹³³ Ao se afirmar que o mínimo existencial é um conjunto de prestações que se relacionam e representam um núcleo essencial dos direitos fundamentais, não significa “[...] a perda de autonomia dos direitos fundamentais sociais, pois se o núcleo essencial dos direitos e o mínimo existencial se confundem em toda a sua extensão, então a própria fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao seu conteúdo em mínimo existencial” (SARLET; ZOCKUN, 2016, p.127).

reconhecida quando “[...] a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”.

Esse entendimento também é externado no Agravo Regimental do ARE 639337/SP, sob relatoria do Min. Celso de Mello. Segundo a Ementa da decisão, a reserva do possível não pode ser um impeditivo quando o direito demandado está relacionado à garantia do mínimo existencial, “[...] que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana”.

Também no RE 592.581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/08/2015, assentou-se a seguinte tese de repercussão geral:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Ou seja, a proteção dos conteúdos da dignidade da pessoa humana em vinculação com outros direitos fundamentais legitima a intervenção judicial, impedindo, *in casu*, que a reserva do possível seja usada como argumento para a reforma de presídios. Como afirmam Wilson Steinmetz e Christian De Marco (2015, p.664), a alegação de uma reserva do possível nesse caso (mas também em tantos outros), pode ser vista como um argumento fora do contexto. Afinal,

é plenamente racional (razoável) que um indivíduo, cumprindo pena privativa de liberdade, sob a custódia do Estado, exija da sociedade um ambiente carcerário que não viole sua dignidade, sua integridade física e sua integridade moral (STEINMETZ; DE MARCO, 2015, p.664).

Desse modo, à luz do mínimo existencial e da reserva do possível, pode-se afirmar que, embora o Brasil possua um catálogo de direitos sociais, é fundamental que o Poder Judiciário, na análise da concessão de um direito dessa seara, perceba se tal demanda faz parte ou não do conteúdo do mínimo existencial. Como foi visto, o TCF, também por meio da doutrina brasileira supracitada, influenciou a compreensão do conteúdo desses direitos, não os limitando a um simples mínimo vital. Isso significa que, além de uma maior prestação jurisdicional, pode-se obter uma maior exigibilidade do Poder Legislativo para com os conteúdos que exsurgem da dignidade da pessoa humana.

3.4.4 Dever de proteção do legislador à luz dos elementos formais e materiais da dignidade e dos direitos fundamentais

O dever do legislador para com a concretização e proteção da dignidade e dos direitos fundamentais exige que esse poder do Estado respeite elementos formais (procedimentais) e materiais desses direitos. Cabe lembrar que, mais recentemente, tem ocorrido um maior destaque no Brasil para os elementos formais. Como afirma Ingo Sarlet (2009, p. 94), essa é uma das grandes colaborações do direito alemão ao Brasil, na medida em que se percebe “[...] uma crescente aposta na assim designada dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais [...]”.

No Brasil, para Gilmar Mendes (2004, p.138), essa dimensão formal vincula o Poder Legislativo às devidas providências

[...] com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinada a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-procedimentais [...].

Como afirma Ingo Sarlet (2019, p.93), a dimensão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, implica “[...] um feixe de deveres de proteção estatais, abarcando medidas de natureza organizacional e procedimental”. Ainda conforme este autor,

[...] há que considerar a íntima vinculação entre direito fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais [...] (SARLET, 2018, p.156).

Como exemplo de discussão recente, cita-se a Reforma Previdenciária, quando, não poucas vezes, falou-se de um “déficit previdenciário”, mas com informações e versões que, de certa maneira, contrariam dados oficiais e, que, por isso, geram insegurança quanto ao método de análise feito pelo Poder Legislativo. Como afirmam Joao Batista Lazzari et al. (2020, p.9), “...muito se fala sobre o chamado déficit do sistema previdenciário. A matéria, embora noticiada como ‘lugar-comum’ na imprensa, não tem a unanimidade entre os estudiosos do assunto”. Ou seja, um possível ajuste fiscal pode estar sendo feito sem que o mesmo esteja pautado sobre dados verificáveis.

Por isso, longe de boatos ou versões mal fundamentadas, o Legislativo, principalmente, deve ser transparente em suas justificações e motivações, devendo

ser acessível ao público as razões, os critérios e os próprios cálculos para o resultado obtido. Assim, como expõe Gilmar Mendes (2000), principalmente em sede de Controle de Constitucionalidade, cabe a devida apreciação dos “fatos e prognoses legislativos”.

A existência dessa exigência processual, – em mais um julgado proferido no contexto da pandemia – foi destaque no Referendo na Medida Cautelar na ADI 6.407/DF. O relator Ministro Gilmar Mendes afirmou que, assim como assentado pelo TCF (BVerfGE 25, 1), “[...] uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico”. Entretanto, os fundamentos para a decisão desse poder da República devem ser proporcionais ao fim almejado.

Desse modo, na ADI 6.407/DF, entendeu-se que o art. 2º da Resolução 4.765/2019 do Conselho Monetário Nacional (CNM) mostrou-se desproporcional aos fins esperados, ao permitir a cobrança de tarifa pela mera disponibilidade do cheque especial, ainda que o mesmo não fosse utilizado. Nesse caso, referindo-se aos procedimentos utilizados pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (MENDES, 2000), no “processo de teste”, a decisão do poder legislativo não se demonstra efetiva.

Ou seja, tal como já está assentado no TCF¹³⁴, não há necessariamente que se falar em inconstitucionalidade quando os fundamentos fáticos forem desproporcionais à realidade. Entretanto, se tais prognósticos feitos pelo Poder Legislativo se demonstrarem insuficientes ou inadequados, o STF, no caso, pode declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos.

Além desse julgado, pode-se afirmar que durante a Pandemia do *Coronavírus*, a necessidade de fundamentação para as escolhas do poder público foi um dos destaques na jurisprudência do STF. Na ADI 6341, redator para o acórdão Min. Edson Fachin, afirmou-se que a realização do direito à saúde pelos poderes do Estado deve estar amparada “[...] em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde”.

¹³⁴ Conforme Gilmar Mendes (2000), nessa seara de decisões, cabe citar dois julgados que trataram da liberdade profissional: a *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377) e a *Kassenzahnart-Urteil* (BVerfGE 11, 30).

Também nessa linha, em duas Medidas Cautelares em sede de Ação Cível Originária¹³⁵, a Ministra Rosa Weber determinou, com o agravamento da pandemia em 2021, o custeio de leitos de UTI pela União. Como se lê na ACO 3478/DF,

é de se exigir do Governo Federal que suas ações sejam respaldadas por critérios técnicos e científicos, e que sejam implantadas, as políticas públicas, a partir de atos administrativos lógicos e coerentes. E não é lógico nem coerente, ou cientificamente defensável, a diminuição do número de leitos de UTI em um momento desafiador da pandemia, justamente quando constatado um incremento das mortes e das internações hospitalares.

Mas a decisão vai além. A ministra afirmou que a programática constitucional não permite retrocessos injustificados na área do direito social à saúde, chegando a afirmar que, se o fundamento utilizado pela administração pública for contrário às evidências científicas, os atos da administração pública podem ser considerados ilegítimos. Nas palavras da Ministra, “[...] as condutas dos agentes públicos que se revelem contraditórias às evidências científicas de preservação das vidas não devem ser classificadas como atos administrativos legítimos, sequer aceitáveis”.

Além dessa conformação formal/procedimental, os direitos fundamentais exigem uma conformação material do legislador. Por isso, pode-se afirmar que na ordem constitucional brasileira, à luz da dimensão positiva dos direitos fundamentais, “[...] a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, nesse sentido, também um dever de realização destes” (SARLET, 2018, p. 386). Essa conformação é também uma exigência do princípio da proibição da proteção insuficiente, “[...] tomando como válida a premissa de que a Constituição Federal não tem apenas proposições de abstenção do Poder Público em face do indivíduo, mas traz também verdadeiros mandados constitucionais para atender ao dever de proteção”, completa Petermann (2019, p. 232).

Desse modo, como já demonstrado no TCF, na ordem jurídico-constitucional brasileira há a vedação da proteção insuficiente, expressão essa que aparece, pela primeira vez, de forma explícita, no voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 4183765/MS¹³⁶, na seara do direito penal (BROOCKE, 2013, p. 20).

¹³⁵ Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.479/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgado em 26/02/2021; Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.478/PI, rel. Min. Rosa Weber, julgado em 03/03/2021.

¹³⁶ “O recurso dizia respeito a um caso envolvendo crime contra a dignidade sexual em que a vítima, uma menina de 9 (nove) anos de idade, passou a conviver com o réu, sendo que este pretendia

Mesmo não se esquecendo que a proteção insuficiente também tange as liberdades individuais¹³⁷, no que se refere aos direitos sociais e ao mínimo existencial, o STF entende que o Poder Judiciário pode intervir quando há omissão legislativa, seja pela i) inexistência de norma, ii) seja quando os benefícios assistenciais previstos em lei não condizem com o *standard* para suprir as necessidades segundo a ordem constitucional.

No que se refere à falta de norma que discipline determinada matéria, (GAGNO; COUTO, 2018, p. 643), o STF considera que a intervenção em outro poder não representa violação quando, no caso, o Poder Legislativo permitir que determinados direitos fiquem aquém da proteção do mínimo existencial. Pode-se citar, como exemplo,

[...] a adaptação de escola pública às necessidades especiais de alguns alunos, ou quando [o STF] determina a construção ou a reforma de escola, tendo em vista a total ausência de condições de uso por parte do prédio em funcionamento [...] (GAGNO; COUTO, 2018, p.643)¹³⁸.

No que se refere ao caso de existência de lei, mas com insuficiência na previsão da assistência, pode-se citar a Reclamação 4.374/PE como uma decisão paradigmática tanto sobre o papel do legislador, como na explicitação da influência do TCF sobre as decisões do STF.

ver reconhecida a causa de extinção da punibilidade de que tratava o art. 107, inciso VII, do Código Penal. Além das questões impeditivas do reconhecimento da união estável entre acusado e ofendida, o Relator fundamentou seu pronunciamento na proibição da proteção deficiente, haja vista que se fosse reconhecida a extinção da punibilidade naquele caso, o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal restaria desprotegido, o que se afigurava incompatível com os mandamentos constitucionais e com o dever de proteção” (BROOCKE, 2013, p.20).

¹³⁷ No caso de direitos e garantias individuais, no HC 162.392/SP, o relator Ministro Edson Fachin afastou dos artistas de rua de Jundiaí a aplicação do art.5º da Lei Municipal 8.917/2018. A norma prevê a proibição de atividades na via pública, inclusive apresentações artísticas e, em caso de descumprimento, prevê a condução coercitiva para o distrito policial. Na decisão, o relator afirmou que é incompatível com a Constituição a previsão em lei municipal de condução coercitiva quando do descumprimento de seu código de normas, nesse caso, principalmente em vista da competência do legislador, não há espaço para conformação por parte do legislador municipal. Também no HC 104410/RS, o STF assentou que o legislador possui ampla margem de apreciação podendo avaliar, por exemplo, no âmbito penal – assim como em outras áreas – as medidas que se fazem mostram adequadas e necessárias para a efetiva proteção dos bens. Entretanto, o STF possui o entendimento de que o judiciário poderá exercer rígido controle sobre a escolha do legislador, “[...] quando as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição, o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) [...]” (WEDY, 2014, p.178).

¹³⁸ Pode-se citar como exemplo de decisões nessa seara: “RE 877.607 AgR/MG, 17 de fevereiro de 2017. Diário da Justiça, Brasília, DF, 13 mar. 2017; ARE 761.127 AgR/AP, 24 de junho de 2014. Diário da Justiça, Brasília, DF, 18 ago. 2014; RE 410715 AgR/SP, 22 de novembro de 2005. Diário da Justiça, Brasília, DF, 3 fev. 2006. Disponível em: Acesso em: 17 maio 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR/SP, 23 de agosto de 2011. Diário da Justiça, Brasília, DF, 15 set. 2011. Disponível em: .Acesso em: 19 maio 2017” (GAGNO; COUTO, 2018, p.643).

Na Reclamação Constitucional 4.374/PE, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, analisou-se a constitucionalidade §3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, especificamente em relação ao valor que deve ser pago pelo Benefício Assistencial disposto na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). O STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que prevê “[...] a idosos ou deficientes a renda familiar mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade” (NOTÍCIAS STF, 2013).

Conforme o voto do Ministro Gilmar Mendes, desde a promulgação dessa lei, houve significativas mudanças econômicas na sociedade. Citando nominalmente o caso *Hartz IV*, o ministro afirmou que ocorreu um processo de inconstitucionalização, já que em comparação com outros benefícios sociais (1/2 salário mínimo), o valor previsto pela LOAS era visivelmente insuficiente (1/4 do salário mínimo). Segundo o Relator, a assistência social deve ser lida como direito fundamental exigível perante o Estado. Desse modo, afirmou peremptoriamente que o direito ao benefício assistencial de um salário mínimo “[...] possui uma dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática”. Porém, diferentemente do julgamento *Hartz IV*, que afirmou peremptoriamente quais seriam os elementos que deveriam ser levados em conta no valor do benefício social, a decisão do STF se limitou a comparar os benefícios do governo federal e afirmou que, com o passar do tempo, ela acabou por não suprir as devidas necessidades.

Pode-se afirmar que a ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04/05/2004, trouxe uma importante discussão sobre o tema. Embora a ADPF tenha sido prejudicada em vista da perda do objeto, o relator enfrentou a questão, julgando a constitucionalidade do veto feito pelo Presidente da República ao art. 55, §2º do projeto de lei que se converteu na Lei 10.707/2003, ato normativo esse que tinha como finalidade as diretrizes para a elaboração da LOA de 2004 (MENDES, 2021, p.701). Conforme a ementa da decisão, na ordem constitucional brasileira existe a “[...] necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’”. Nas palavras do Relator, pautados nesse dever, se os poderes do Estado

agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia

estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Como o STF não enfrentou a questão do mérito, não se pode afirmar a posição da Corte sobre a possibilidade ou não da intervenção do judiciário nesse caso, afinal, como afirma Gilmar Mendes (2021, p.701), “não são raros os autores que identificam aqui configuração de um modelo preventivo de controle de constitucionalidade”. Entretanto, é nítido que o STF tem o entendimento de que a proteção irrazoável de um direito permite que o Judiciário possa viabilizar o acesso aos direitos que estão sendo desrespeitados.

De fato, a pandemia do *Coronavírus* tem demonstrado a necessidade da participação e intervenção do Poder Judiciário na concretização e proteção do mínimo existencial. Além das decisões supracitadas, percebe-se uma potencial discussão de grande impacto social em torno da assim chamada *Renda Básica*, tema esse apreciado no Mandado de Injunção 7300/DF, iniciado por meio de Julgamento Virtual em 26/02/2021. O relator Ministro Marco Aurélio atendeu ao pedido da Defensoria Pública da União, reconhecendo a inércia do poder executivo em indicar o valor mensal previsto na Lei nº 10.835, ato normativo que institui a Renda Básica da Cidadania. Segundo o Ministro, “a inércia do Executivo em editar decreto a concretizar direito versado na Lei nº 10.835/2004 prejudica diretamente a cidadania, ao inviabilizar o exercício de liberdades públicas e privadas e nega o mínimo existencial [...]”. Verificada essa lacuna, o ministro decidiu que cabe supri-la estabelecendo “a renda básica de cidadania em valor correspondente ao salário mínimo”, a fim de garantir o mínimo existencial.

Sem poder afirmar qual a tendência do resultado de tal julgamento, o certo é que a pandemia mostrou que o judiciário possui um importante papel a desempenhar nesse tempo de crise, exigindo que o legislador, mais do que nunca, pautasse suas opções em fundamentos científicos e confiáveis, buscando garantir a devida proteção aos direitos catalogados na CF/88.

Realmente, a mudança de época que se está vivendo impede, por ora, qualquer previsão do que acontecerá durante esse período trágico, período esse que, provavelmente, poderá modificar os conteúdos do mínimo existencial. Cabe ao STF

estar atento a essas mudanças, buscando, também, junto às reflexões do Tribunal Alemão, em que medida o Estado deve atuar para proteger e garantir o cuidado de cada pessoa e de sua dignidade.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Partindo do contexto histórico e das discussões que ocorreram no processo de elaboração da Lei Fundamental, buscou-se analisar a dignidade humana e sua relação com os direitos fundamentais na jurisprudência do TCF, a fim de compreender a recepção e a influência de sua jurisprudência na judicatura do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, foram apresentados, inicialmente, os principais temas históricos e políticos que influenciaram a concepção de dignidade humana e de direitos fundamentais. Foi demonstrado que o contexto da reconstrução da Alemanha foi um importante fato histórico, tanto em vista da interpretação que foi feita da tragédia ocorrida durante o Nacional-Socialismo, como em vista das opções políticas que foram tomadas pela Alemanha Oriental. No âmbito político, os partidos exerceram um importante protagonismo, com destaque para a CDU, que desempenhou um reconhecido papel na mediação entre as forças militares dos Aliados e as instituições civis alemãs.

Após, apresentou-se a composição e as funções da Convenção de *Herrenchiemsee* e do Conselho Parlamentar em Bonn. De fato, ao buscarem estabelecer as regras fundamentais para a LF sem estarem pautados sob uma compreensão de agremiação partidária, os participantes em *Herrenchiemsee* foram muito além da reflexão de uma engenharia institucional. Ali, reuniram-se estudiosos

que refletiram profundamente o papel do Estado para com a dignidade de cada pessoa e para como o dever de proteção dos poderes públicos. Por isso, embora em Bonn o debate tenha ocorrido com base numa compreensão mais política, a discussão ocorrida no sul da Baviera foi essencial para a construção do texto da Lei Fundamental.

Após, apresentou-se as compreensões antropológicas e filosóficas, tanto para a opção terminológica do art.1º, I, como para o fundamento e conteúdo de proteção da dignidade. Embora o termo pessoa não tenha sido redigido no texto da LF, mostrou-se que a proteção da dignidade deve estar pautada na pessoa enquanto indivíduo, mesmo que tal individualidade não signifique a compreensão de uma realidade atomista. Afinal, entre o individualismo e o coletivismo, a LF optou por um personalismo mediano.

Quanto ao fundamento de tal norma, demonstrou-se que o direito natural não seria uma base para a dignidade. Afinal, o direito natural possui diferentes compreensões e conteúdos, podendo ser utilizado para deturpar a proteção da dignidade à luz de interpretações políticas, tais como ocorridas durante o Nacional-Socialismo.

No que se refere à ponte com os direitos humanos, percebe-se que se buscou i) trazer para a futura ordem constitucional a maior proteção possível à cada pessoa e ii) inserir a futura Alemanha ocidental na ordem política mundial.

No que tange a influência de Immanuel Kant, destaca-se o seu imperativo categórico que, pautado numa ética procedimental, propõe um mandamento de proteção fundamentado na deontologia e não no utilitarismo. Tal fundamento ético tem como base a compreensão de que a dignidade é um valor inerente a todo indivíduo enquanto ser racional.

Com esses pressupostos, analisou-se o contexto que levou à construção do entendimento de que o Estado existe em função do ser humano e que tal proteção tinha como exigência institucional a criação de um Tribunal que pudesse julgar as violações de direitos fundamentais. Embora essa proteção estivesse pautada mais significativamente na garantia das liberdades individuais, o trabalho buscou demonstrar que houve a possibilidade da criação de um catálogo de direitos fundamentais sociais. Porém, em vista de muitas dificuldades conjunturais, eles não foram redigidos na LF. Tal discussão é importante, pois demonstra que a futura

interpretação feita pelo TCF sobre o Estado Social não é uma ruptura, mas uma continuidade com as reflexões que ocorreram desde o processo de elaboração da LF.

Após essa etapa, no segundo capítulo, buscou-se apresentar os principais temas referentes à dignidade e aos direitos fundamentais.

Iniciando a discussão pelo valor normativo da dignidade, restou comprovado que o TCF a compreende como princípio e valor fundamental. Tal entendimento não impede, entretanto, possíveis interpretações do art.1º, I como direito fundamental, sendo possível afirmar que a dignidade possui uma dimensão objetiva e subjetiva. É necessário lembrar, porém, que a dimensão subjetiva não permite que, quando da busca de específicas concordâncias com outras normas, esse princípio sofra as mesmas limitações que os direitos fundamentais.

No que se refere à imagem de ser humano, restou comprovado que o TCF não possui a compreensão de que a pessoa humana é um indivíduo isolado, mas um ser que deve ser analisado à luz de suas relações sociais. Isso não impede, entretanto, que existam limites para a atuação do interesse público. Nesse sentido, a pessoa não pode ser inserida em uma imagem pré-formada, devendo o Estado permitir um processo de desenvolvimento pessoal.

Assentados esses pressupostos, o capítulo buscou analisar também a relação da dignidade humana com alguns direitos fundamentais em espécie e com os demais princípios da LF. Na relação com os direitos fundamentais, mostrou-se uma gama de decisões que se utilizaram da fórmula do homem-objeto para garantir a proteção de cada pessoa perante os poderes do Estado. Entretanto, tal fórmula - em vista de não possuir um conteúdo específico e ser baseada na ética procedimental kantiana - não pode sozinha garantir a devida proteção aos conteúdos da dignidade. Desse modo, os direitos da personalidade reforçam a proteção de elementos centrais do art.1º, I, pois não se restringem a um direito negativo. De fato o livre desenvolvimento da personalidade reivindica o direito de ser respeitado pelos poderes públicos, mas também sustenta o direito de cada um poder agir e se desenvolver conforme sua visão de mundo.

No que tange a vinculação do art.1º, I com os princípios, destacou-se a relação com o Estado Social e a evolução da interpretação de tal conceito. Por meio das decisões do TCF e da reflexão da doutrina, mostrou-se que, de uma ampla liberdade de concretização do legislador, na atual conjuntura, impõe-se ao poder público a vinculação a certos níveis de vida. Como afirmado anteriormente, defende-

se que tal evolução não é uma ruptura, mas uma continuidade em vista de novos desafios sociais e políticos que constantemente se apresentam.

Desse dever de proteção, destacam-se o mínimo existencial e o dever de conformação do legislador. Como muitas vezes afirmado, esse mínimo deve ocorrer por meio da garantia de elementos básicos, que, por sua vez, não se limitam a um mínimo vital. Mas além dessa garantia material, o legislador possui uma vinculação procedimental/formal, na medida em que precisa apresentar para a sociedade quais modelos matemáticos são utilizados, devendo medir as despesas essenciais em um procedimento transparente e adequado de forma realista, com base em análises confiáveis e métodos de cálculos conclusivos.

Na sequência, tratou-se, no terceiro capítulo, sobre a influência e recepção da jurisprudência do TCF na judicatura do Supremo Tribunal Federal. Logo no início, buscando assentar importantes pressupostos sobre o tema, ficou demonstrado que a opção terminológica e a imagem de ser humano na ordem constitucional brasileira primam por uma compreensão da pessoa em sua dimensão comunitária. Tal imagem de ser humano também influencia o valor normativo da dignidade enquanto princípio, afinal, como já afirmado pelo STF, a convivência humana impede que existam direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. No que se refere à sua condição de regra, percebe-se que a Corte Brasileira possui o entendimento de que a tortura e as ações que possivelmente firam a intangibilidade do corpo humano fazem parte do conteúdo de regra da dignidade da pessoa humana.

Na segunda parte do capítulo, buscou-se elencar, de modo mais específico, os temas que foram recepcionados pela judicatura do STF. Mostrou-se, por meio de um considerável número de julgados, que a fórmula do homem-objeto foi muitas vezes utilizada para garantir o direito à liberdade perante os poderes do Estado. Entretanto, tal como já assentado no TCF, a dignidade não se restringe a uma proteção negativa, e, por isso, o livre desenvolvimento da personalidade abrange um maior âmbito de conteúdos, não cabendo ao Estado a criação de parâmetros e *standards* comportamentais que acabem por exigir do ser humano hábitos e costumes específicos. Pelo contrário, ao Estado é exigido o reconhecimento e a proteção dos elementos que fazem parte de novas dimensões dos fenômenos sociais. Nessa seara, destaca-se o direito à proteção de dados pessoais que vai além de uma compreensão que se limita ao direito à privacidade. Isto é, a proteção dos dados pessoais vai além

de uma concepção binária de sigilo/abertura ou público/privado. De fato, esse direito também abarca o controle da circulação e do uso desses dados.

Por fim, tratou-se do mínimo existencial, concluindo-se que, não obstante o Brasil possuir um catálogo de direitos sociais, o STF, por meio da doutrina, acolheu o entendimento de que esse mínimo não se limita a um mínimo vital e que a reserva do possível não pode ser utilizada como um argumento político para a não implementação dos deveres do Estado. De fato, é razoável e exigível que haja ações do Poder Público em prol do direito à vida, à integridade física e ao desenvolvimento da personalidade, por exemplo.

Além disso, tratou-se do dever de conformação do legislador, demonstrando-se que a dignidade e os direitos fundamentais impõem esse dever a partir de elementos formais e materiais. Na dimensão formal/procedimental, destacou-se a necessidade de que os prognósticos feitos pelo Poder Legislativo se demonstrem adequados e pautados em evidências científicas. No que se refere à dimensão material, destacou-se as decisões do STF que buscaram suprir a omissão legislativa por meio da inexistência de norma ou quando os benefícios assistenciais previstos em lei não condizem com um *standard* capaz de suprir as necessidades segundo a ordem constitucional.

Por fim, é preciso dizer que essa dissertação buscou trazer, por meio da doutrina e da jurisprudência, os principais julgamentos e autores que tratam sobre o tema aqui discorrido. Entretanto, é nítido que a crise causada pela pandemia do *Coronavírus* trouxe novas e necessárias reflexões. Tal crise não faz com que esse trabalho tenha seu tema superado, mas, com certeza, faz-se necessária uma supressão desses conteúdos para que novas discussões futuramente sejam incluídas na pesquisa dessa seara.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABU-EL-HAJ, Jawdat. Da “Era Vargas” à FHC: transições políticas e reformas administrativas. *Revista de Ciências Sociais. Economia e Política*. v. 36 n. 1/2 (2005). Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/revcienso/article/view/560/542>. Acesso em: 02 Fev. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. *Opus dei –Arqueologia do Ofício: Homo sacer, II, 5*. São Paulo: Boitempo, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Karina Almeida. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 7, n. 7, p. 209-231, jan./jun. 2010.

ANDRADE, F. S.; GUDDE, Andressa. O Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade, sua aplicação às Relações de Trabalho e o Exercício da Autonomia Privada. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v.8, n.2 p. 1-29, 2013.

ANDRADE, Fabio S. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista Derecho del Estado*, n.30, p.93-124, jan./jun.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

APELT, Willibalt. Die Gleichheit vor Dem Gesetz Nach Art. 3 Abs. 1 Des Grundgesetzes. *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 6, n. 12, p. 353–359, Jun. 1951.

BACHOF, Otto. “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”. *VVDStRL* n. 12 p. 37 e ss, 1954.

BADURA, Peter. Generalprävention und Würde des Menschen. *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 19, n. 11/12, p. 337–344, 1964.

Badura, Peter (1992): Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht. In: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (eds.) : Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Vol. 7. Heidelberg: Müller. pp. 57-77.

BALDUS, Manfred. *Kämpfe um die Menschenwürde: die Debatten seit 1949*. Berlin: Suhrkamp, 2016.

BALDUS, Manfred. Menschenwürdegarantie Und Absolutheitsthese: Zwischenbericht Zu Einer Zukunftsweisenden Debatte." *Archiv Des öffentlichen Rechts*, v. 136, n. 4, p. 529-52, 2011.

BARAK, Aharon. *Human dignity: the constitutional value and the constitutional right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestação de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de Barcellos. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p.159-188, jul./set. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba, v..11, n. 15, p.13-38, nov. 2008.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v.38, p.235-274, 2010.

BARROSO, Luís Roberto *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BAUER-KIRSCH, Angela: *Herrenchiemsee: Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee - Wegbereiter des Parlamentarischen Rates*. Dissertação. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 2005. Disponível em: <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:5-06025>

BAUER, Jörg-Christof. *Der Beitrag der FDP-Fraktion im Parlamentarischen Rat zur Ausarbeitung des Grundgesetzes*. Hamburg: Kovač, 2013.

BECKER, Ulrich. *Das Menschenbild des Grundgesetzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

BENDA, Ernst. Der soziale Rechtsstaat. In: Benda, Ernst (org.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2 ed. Berlin: de Gruyter, 1994.

BENDA, Ernst. *Gefährdungen der Menschenwürde*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1975.

BENZ, Wolfgang. Weichenstellungen für den Weststaat. In: *Dossier Grundgesetz und Parlamentarischer Rat*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2008. Disponível em: [file:///C:/Users/Acer/Downloads/pdflib-38974%20\(8\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/pdflib-38974%20(8).pdf). Acesso em: 02.fev.2020.

BEYME, Klaus von. *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland – Eine Einführung*. 12. Ed. Berlin: Springer, 2017.

BOMMARIUS, Christian. *Das Grundgesetz – Eine Biografie*. 2. ed. Berlin: Rowohlt, 2009.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Vom Wandel des Menschenbildes im Recht. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*, v.14, n.40, p. 155-176, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9553>.

BOOMS, Hans; MORSEY, Rudolf. *Handbücher zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien*. Düsseldorf: Droste, 1983.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502146686/>. Acesso em: 15 Fev. 2021.

BRANDÃO, Antônio José. A caminho de um novo direito natural? *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 1, n. 4, p. 377-385, out./dez. 1945. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40336147>. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRUGGER, Winfried. *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1997.

BRUGGER, W. Darf der Staat ausnahmsweise foltern?. *Der Staat*, v.35, n.1, p.67-97, 1996.

BRUNNER, Georg. *Die Problematik der sozialen Grundrechte*. Tübingen: Mohr, 1971.

BÜHRER, Torben. *Das Menschenwürdekonzept der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Berlin: Duncker & Humblot, 2020.

BUCHER, Peter (Colab.). *Der Parlamentarische Rat 1948-1949 – Akten und Protokolle: der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*. Boppard: Harald Boldt Verlag, 1981.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMPOAMOR, Alfonso Fernandez-Miranda. EL ESTADO SOCIAL. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 23, n. 69, set./dez., 2003. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/802674.pdf>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Natalia Brigagão Ferrer Alves. Catholic Social Thought, Politics and Human Dignity in the Brazilian Constitutional Assembly of 1987-1988. *American Journal of Legal History*, Oxford University Press, v.59, n.1, p.111-140, mar.2019.

CESCON, Everaldo. *Fenomenologia da consciência e da mente*. Caxias do Sul: EDUCS, 2013.

DAMMANN, Ilmer. *Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung - Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte*. Berlim: Duncker & Humblot, 2011.

DANILO, Doneda. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DENNINGER, Erhard. Der Menschenwürdesatz im Grundgesetz und seine Entwicklung in der Verfassungsrechtsprechung. In: PEINE, Franz-Joseph; WOLFF, Heinrich Amadeus (Org.). *Nachdenken über Eigentum: Festschrift für Alexander v. Brünneck zur Vollendung seines siebzigsten Lebensjahres*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

DENNINGER, Erhard C. DAS MASS ALS MITTE VON FREIHEIT UND ZWANG: Zum Begriff Des Sozialen Rechtsstaates. *Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie*, v. 48, 1962, p. 315–328. Disponível em: www.jstor.org/stable/23678083. Acesso em: 20 Maio 2020.

DI FABIO, Udo. Comentário ao art. 2º. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. München: C. H. Beck, 2004.

DÖRFER, Bert-Sebastian. *Bundesverfassungsgericht und Bundesstaat - Die Bundesstaatsverfassung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Eine Untersuchung nach Schwerpunkten*. Berlim: Duncker & Humblot, 2010.

DOEMMING, Klaus-Berto; FÜSSLEIN, Rudolf Werner; MATZ, Werner. Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes: im Auftrage der Abwicklungsstelle des Parlamentarischen Rates und des Bundesministers des Innern auf Grund der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates. In: *Jarbuch des öffentlichen Rechts*. v. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1951,.

DOLZER, Rudolf (org.). Deutschland <Bundesrepublik> . In: KAHL, Wolfgang et al. *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg : Müller, 2003.

DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz Kommentar*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, v. 1.

DREIER, Horst. Grenzen Demokratischer Freiheit Im Verfassungsstaat. *JuristenZeitung*, v. 49, n. 15/16, p.741-752, 1994.

DREIER, Horst. Human dignity in German law. In: DÜWELL, Marcus et al (orgs): *The Cambridge handbook of human dignity: interdisciplinary perspectives*. Cambridge : Cambridge University Press, 2014.

DÜRIG, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, n. 81, p. 117-157, 1956.

DÜRIG, Günter. Die Menschenauffassung des Grundgesetzes. *Juristische Rundschau mit Beiblatt: Mitteilungen aus der Berliner Justiz und Rechtsanwaltschaft*, Berlin, n. 7, p. 259-263, jul. 1952. Disponível em: <https://www.degruyter.com/view/journals/juru/1952/7/article-p259.xml>. Acesso em: 10 fev. 2020.

DÜRIG, Günter. Verfassung Und Verwaltung Im Wohlfahrtsstaat. *JuristenZeitung*, v. 8, n. 7/8, p. 193–199, 1953.

EICHENHOFER, Eberhard. 60 Jahre Grundgesetz und Sozialrecht. In: Häberle, Peter (org). *60 Jahre deutsches Grundgesetz : Beiträge aus dem Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Jahre 2009-2011*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

ENDES, Christoph. Comentário art. 1 I GG. In: Friauf/Höfling (org). *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*. Berlin: ESV, 2005.

ENDERS, Christoph. Die Würde des Menschen als Leitidee des Grundgesetzes und Rechtsnorm. Ein zweifaches Scheitern. In: KIRSTE, Stephan; GONZAGA DE SOUZA, Draiton; SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Menschenwürde im 21. Jahrhundert – Untersuchungen zu den philosophischen, Völker – und verfassungsrechtlichen Grundlagen in Brasilien, Deutschland und Österreich*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

EBERHARDT, Daniel. Der Einfluss der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte auf die Grundrechtsberatungen des Grundgesetzes im Parlamentarischen Rat. *MenschenRechtsMagazin*, n. 2, p. 162-172, 2009. Disponível em: <https://publishup.uni->

potsdam.de/opus4ubp/frontdoor/deliver/index/docId/2048/file/mrm14_02_online_2009_12_17.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

ENTSCHEIDUNGEN. Verfassungs- Und Verwaltungsrecht. *JuristenZeitung*, v. 9, n. 23/24, pp. 757–758, 1954.

ENDERS, Christoph: *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: zur Dogmatik des Art. 1 GG*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

ENDERS, Christoph. Comentário art.1º. In: STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar: Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen*. 3 ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2019.

EPPING, Volker . *Grundrechte*. 8 ed. Berlim: Springer, 2019.

FELDKAMP, Michael F. *Der Parlamentarische Rat 1948-1949 – Die Entstehung des Grundgesetzes*. Göttingen: Vandenhoeck e Ruprecht, 2008.

FELDKAMP, Michael F. *Der Parlamentarische Rat und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 1948 bis 1949*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=7978fafa-b9da-f5ba-816c-935a34a57660&groupId=252038. Acesso em: 10 jan. 2020.

FÖCKING, Friederike. Expertenwissen, Politikberatung und die Entstehung des Bundessozialhilfegesetzes von 1961. In: BECKER, Ulrich (org.): *Sozialstaat Deutschland: Geschichte und Gegenwart*. Bonn: Dietz, 2010.

FOSSATI, Gustavo Schneider. *Die sozialstaatliche und freiheitsschonende Dimension des Leistungsfähigkeitsgrundsatzes im Umsatzsteuerrecht : eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen Deutschland und Brasilien* . Frankfurt am Main: Peter Lang, 2014.

FRIAUF, Karl Heinrich. Der Sozialstaat des Grundgesetzes unter den Bedingungen der Industriegesellschaft. In: HOCKERTS, Hans Günter (coord.): *Sozialstaat - Idee und Entwicklung, Reformzwänge und Reformziele*. Colônia: Wirtschaftsverl. Bachem, 1996.

FRIEDRICH, Charles J. Rebuilding The German Constitution, I. *The American Political Science Review*, v.43, n. 3, p. 461-82, 1949,

FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Werner. *Verfassungsgeschichte: von der Nordamerikanischen Revolution bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*. 18.ed. München: C. H. Beck, 2019.

FÜSSLEIN, Rudolf Werner; MATZ, Werner. Zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v.75, n. 3, p. 346-59, 1949.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. 2013. Landesverfassungsrichter. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, v. 61, p. 449–493, 2013.

GAGNO, Luciano Picoli Gagno; COUTO, Camilo José d'Ávila Couto. Ação popular por omissão lesiva ao mínimo existencial (moralidade) e controle de políticas públicas: novos horizontes desvelados pela jurisprudência do STJ e do STF no paradigma dos direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.8, n. 1, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.4661>.

GARRORENA, Angel. *El Estado Español Como Estado Social y Democrático de Derecho*. Tecnos, 1980.

GEDDERT-STEINACHER, Tatjana. *Menschenwürde als Verfassungsbegriff – Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*. Berlin: Duncker und Humblot, 1990.

GITTER, Wolfgang; SCHMITT, Jochem. *Sozialrecht: ein Studienbuch*. 5. Ed. München : Beck, 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas da dogmática dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 451-478.

GOYARD-FABRE, Symone. Droit naturel. In: TROUSSON, Raymond; EIGELDINGER, Frédéric S. *Dictionnaire de Jean-Jacques Rousseau*. Paris: Honoré Champion, 1996.

GRAMM, Christof. Der wehrlose Verfassungsstaat?. *DVBl*, p.653-661, 2006,

GRAWERT, Rolf. Das Grundgesetz im lichte seiner Grundrechte: eine Judikative Entwicklungsgeschichte. *Der Staat*, Berlin, v. 49, n. 4, p. 507-542, 2010. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/43747847>. Acesso em: 10 fev. 2020.

GREWE, Wilhelm, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes. *Deutsche Rechtszeitschrift*, n. 15/16, p. 349-352, ago. 1949.

GROSSER, Alfred. 30 Jahre Grundgesetz – Beobachtungen Von Aussen. *Politische Vierteljahresschrift*, Baden-Baden, v. 20, n. 2, p. 190-197, 1979.

GRZESZICK, Bernd. Comentário art.20. In: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. Munique: C. H. Beck, 2010.

GRZESZICK, Bernd. Comentário art.20. In: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. Munique: C. H. Beck, 2014.

GUTIÉREZ, Ignacio. *La dignidad quebrada. Teoria y realidad Constitucional*, n. 14, p.331-343, 2004.

GUTMANN, Thomas. Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff. *Centre for Advanced Study in Bioethics*, Münster, 2010. Disponível em: <https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/kfg->

normenbegrundung/intern/publikationen/gutmann/07_gutmann_-_menschenw__rde_als_rechtsbegriff.pdf.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MAURER, Béatrice. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht: Ausgewählte Beiträge aus vier Jahrzehnten*. Berlin: Dunkler & Humblot, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*. 4 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

HABID, Sheila Marques Nascimento; GUIMARÃES, Dirlene Mendes. Efetivação do direito à assistência social através das políticas públicas. *Rev.de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 1-21, jan./jun.2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/download/5399/pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HAERENDEL, Ulrike. Frauen, Männer und die Konstruktion der Rentenversicherung im Kaiserreich. In: BECKER, Ulrich (org). *Sozialstaat Deutschland: Geschichte und Gegenwart*. Bonn: Dietz, 2010.

HÄNLEIN, Andreas. Geschichte des Sozialrechts. In: RULAND, Franz; BECKER, Ulrich; AXER, Peter (org.). *Sozialrechtshandbuch: (SRH)*. 6 ed. Baden-Baden: Nomos, 2018.

HANSCHMANN, Felix. Die Ewigkeit Dauert Lange, Besonders Gegen Ende – Eine Rechtliche (Neu-) Bewertung Des Kommunalen Wahlrechts Für Drittstaatsangehörige. *Zeitschrift Für Parlamentsfragen*, v.40, n. 1, p.74-85, 2009.

HEIDEBACH, Martin. *Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung*. Berlin: Duncker & Humblot: 2014.

HEINIG, Hans Michael. Hüter der Wohltaten?. *NVwZ*, p. 771-774, 2006.

HEINTZEN, Markus. Externe Beratung in der Gesetzgebung. In: Kluth, Winfried (org). *Gesetzgebung: Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*. Heidelberg: Müller, 2014.

HERDEGEN, Mathias. Comentário art.1º. In: : Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. Munique: C. H. Beck, 2009.

HEUSS, Theodor. Zwei Reden im Parlamentarischen Rat über das Grundgesetz. In: BECKER, Ernst Wolfgang (Org.). *Theodor Heuss, Vater der Verfassung: zwei Reden im Parlamentarischen Rat über das Grundgesetz 1948/49*. München: Saur, 2009.

HERBERT, Ulrich. *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*. Munique: Beck, 2014.

HOCKERTS, Hans Günther. Die historische Perspektive – Entwicklung und Gestalt des modernen Sozialstaats in Europa. In: HOCKERTS, Hans Günter (coord). *Sozialstaat - Idee und Entwicklung, Reformzwänge und Reformziele*. Colônia: Wirtschaftsverl. Bachem, 1996.

HÖFLING, Wolfram; RIXEN, Stephan. Stattgebende Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts — Eine Übersicht über Die Zwischen 1986 Und 1998 Publizierten Stattgebenden Kammerbeschlüsse. *Archiv Des öffentlichen Rechts*, v.125, n.3, p.428-476, 2000

HÖFLING, Wolfram. Comentário a art.1º. In: SACHS, Michael (org). *Grundgesetz*. Munique: C. H. Beck, 2018.

HONG, Mathias. *Menschenwürdegehalt der Grundrechte: Grundfragen, Entstehung und Rechtsprechung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

HÖFFE, Otfried. *Wofür braucht das positive Recht ein Naturrecht? Der Staat*, v. 58, p. 275-291, 2019.

HÖFLING, Wolfram; ENGELS, Andreas. Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten. In: KLUTH, Winfried (org). *Gesetzgebung: Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*. Heidelberg: Müller, 2014.

HOLLMANN, Michael (coor.). *Der Parlamentarische Rat – Akten und Protokolle*. v. 7. Boppard am Rhein: Harald Boldt, 1993.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton, 2000.

HUBER, Ernst Rudolf. *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789: die Weimarer Reichverfassung*. Stuttgart: Kohlhammer, 1981.

HUFEN, Friedhelm. Erosion Der Menschenwürde?. *JuristenZeitung*, v. 59, n. 7, 313-318, 2004.

HUSTER, Stefan. BVerfG, 6. 12. 2005 — 1BvR 347/98. Zur Leistungspflicht Der GKV Für Neue Behandlungsmethoden. *JuristenZeitung*, v. 61, n. 9, p. 463–468, 2006.

ISENSEE, Joseph. Menschenrechte - Staatsordnung Sittliche Autonomie. Gestalt der menschenrechtlichen Freiheit im Verfassungsstaat. In: SCHWARTLÄNDER, J. (org.). *Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube. Beiträge zur juristischen,*

philosophischen und theologischen Bestimmung der Menschenrechte. München/Main: 1981

ISENSEE, Josef. Der Verfassungsstaat als Freiheitsgarant. In: MELLINGHOFF, R. et al (org.). *Die Erneuerung des Verfassungsstaates. Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von Professor Dr. Paul Kirchhof*. Heidelberg: C.F.Müller, 2003.

ISENSEE, Josef. Menschenwürde: die Säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Tübingen, v. 131, n. 2, p. 173-218, 2006.

ISENSEE, Josef. Würde des Menschen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürden (ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v.4. Heidelberg: Müller, 2011.

JERUSALEM, Franz W. Die Grundrechte Des Bonner Grundgesetzes und Ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, v.5, n. 1, 1950.

JESTAEDT, Matthias. Bundesstaat als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. (org.). *Handbuch des Staatsrechts*. v.2. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.

JöR. *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes* - Neuauflage des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. v.1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1951.

KATZENSTEIN, Dietrich. Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen. In: PÜTTNER, Günter (org.). *Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 1984.

KERN. Zur Verfassungsentwicklung in den Ländern der britischen Zone. *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, n. 15/16, p.360-361, 1950.

KERSTEN, Jens. *Das Klonen von Menschen: eine verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Kritik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

KIECK, Annika. *Der Schutz individueller Identität als verfassungsrechtliche Aufgabe - Am Beispiel des geschlechtlichen Personenstands*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

KIELMANSEGG, Peter Graf. *Nach der Katastrophe: eine Geschichte des geteilten Deutschlands*. Berlin: Siedler, 2000.

KNEIP, Sascha. Rolle Und Einfluss Des Bundesverfassungsgerichts in International Vergleichender Perspektive. *Zeitschrift Für Politik*, n. 1, p.72-89, 2013

KIMMEL, Elke. Französische Zone. *Bundeszentrale für politische Bildung*. 2005. Disponível em: <https://www.bpb.de/geschichte/zeitgeschichte/marshallplan/39991/franzoesische-zone>. Acesso em: 08 jan. 2020.

KINGREEN, Thorsten. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht. *Neue Juristische Wochenzeitung*, p. 877-880, 2006.

KIRSTE, Stephan. Die Dogmatik der Würde des Menschen in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts. In: KIRSTE, Stephan; GONZAGA DE SOUZA, Draiton; SARLET, Ingo Wolfgang (Ed.). *Menschenwürde im 21. Jahrhundert – Untersuchungen zu den philosophischen, Völker – und verfassungsrechtlichen Grundlagen in Brasilien, Deutschland und Österreich*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

KIRSTE, Stephan. Das Fundament der Menschenrechte. *Der Staat*, v.52, n. 1, p. 119-40, 2013.

KLOEPFER, Michael. Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Dargestellt am Beispiel der Menschenwürde. In: STARCK, Christian (org). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz - Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976.

KOCKA, Jürgen. Handbuch der deutschen Geschichte. v.13. 10 ed. Stuttgart: Klett-Cotta, 2001.

KRINGS, Günter. In: KLUTH, Winfried; KRINGS, Günter (org). *Gesetzgebung: Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*. Heidelberg: C.F. Müller, 2014.

KRÜGER, Hildegard. Gibt es eine Inkompatibilität für die Mitglieder der Gesetzgebungsorgane nach dem Grundgesetz?. *Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft*, v.106, n. 4, p.700-718, 1950.

KUIAVA, Evaldo Antonio. *Subjetividade transcendental e alteridade: um estudo sobre a questão do outro em Kant e Levinas*. Caxias do Sul: EDUCS, 2003.

KUNIG, Philip. Art. 1 (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung). In: MÜNCH, Ingo von; KUNIG, Philip (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. v. 1. 5. ed. München: C.H. Beck, 2000.

KUNZE, Rolf-Ulrich. „Der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da.” – Der Parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes. *Der Staat*, v. 40, n. 3, p. 383-404, 2001.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique e critique de la philosophie*. Paris: Presses Universitaires de France, 2016.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 8 ed. München: Beck, 1997.

LAZZARI, João Batista (et al.). *Comentários à Reforma da Previdência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LEHNIG, Kirsten. *Der verfassungsrechtliche Schutz der Würde des Menschen in Deutschland und in den USA. Ein Rechtsvergleich*. München; Hamburg; London: LIT, 2003.

LESSENICH, Stephan. Sozialstaat und Sozial Sicherheit. In: MAUS, Steffen; SCHÖNECK, Nadine M. (orgs). *Handwörterbuch zur Gesellschaft Deutschlands*. v.2. 3.ed. Berlim: Springer, 2013.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, mar.2001.

LYOTARD, Jean-Fraçois. *A condição pós-moderna*. São Paulo: José Olympio Editora, 2015.

MAHLMANN, Matthias. *Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

MALLMANN, W. "... La Bouche Qui Prononce Les Paroles De La Loi?" *JuristenZeitung*, n. 7/8, p.245-246, 1951.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. *Rev. de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*, v. 6, n. 1, p. 76-100, jan/jun. 2020.

MARTINS, Leonardo (org). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=5c3de690-448a-5d31-75da-862774a620a2&groupId=252038.

MATTEI, Julia; MATIAS, João Luis Nogueira. Reforma tributária ecológica alemã como paradigma para Brasil. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.16, n.34, p.205-233, jan./abr. 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p.92-124, 2020. Disponível em: <https://search-1proquest-1com-10012e52a0599.emedia1.bsb-muenchen.de/docview/2419797790>. Acesso em: 20.10.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v.1, n.8, jan.2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1063/1047>. Acesso em 10 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, n. 2, jul./dez. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte: Lehrbuch*. 6.ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *RIDB*, n. 10, p.11175-11211, 2013.

MÖLLERS, Christoph. Dogmatik Der Grundgesetzlichen Gewaltengliederung. *Archiv Des öffentlichen Rechts*, n. 4, p. 493-538, 2007.

MONCADA, Luis Cabral. Revisão do trabalho “A caminho de um novo Direito Natural”. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 1, n. 3, p. 326, jul./set. 1945. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40332573>. Acesso em: 30 dez. 2019.

MÜLLER-TERPITZ, Ralf. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (§ 147). In: Arnald, Andreas von. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. v.7 Heidelberg: C.F. Müller, 2009.

MURSWIECK; RIXEN. Comentário ao art.2º. In: SACHS, Michael (org). *Grundgesetz*. Munique: C. H. Beck, 2018.

MUSSGUNG, Reinhard. Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland. In: ISENSEE, J.; KIRCHOF, P. *Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland*. v. 1. Heidelberg: Müller, 1987.

NEGRO, Antonio Luigi. Paternalismo, populismo e história social. *Cad. AEL*, v.11, n.20/21, 2004. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/24672/1/2004%20negro%20CADs%20AEL.PDF>.

NETO, Joao Costa Ribeiro. *Dignidade humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Dissertação de Mestrado em Direito - Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/12886/3/2013_JoaoCostaRibeiroNeto.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

NETTESHEIM, Martin. Die Garantie der Menschenwürde Zwischen Metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 130, p. 71-113, 2005.

NIPPERDEY, Hans. *Die Würde des Menschen*. Berlim: Duncker & Humblot, 1954.

NOLTE, Jakob Nolte. Rationale Rechtsfindung im Sozialrecht: Die Vom Bundesverfassungsgericht Aufgestellten Anforderungen an die Bestimmung des Existenzminimums im Lichte Neuerer Sozialgerichtlicher Rechtsprechung. *Der Staat*, v. 52, p.245-265, 2013.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, p. 135-178, 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24886089>. Acesso em: 18 fev. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamentais 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.

PETERMANN, Vânia. Da omissão inconstitucional parcial ao “estado de coisas inconstitucional”: reflexões a partir da decisão do STF na reclamação 4.374/PE. *Rev. do Cejur: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v.7 n.1, p. 219-237, jan./dez. 2019.

PETERS, Hans. *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1963.

PETERS, Hans. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel. In: CONSTANTOPOULOS, D. S.; WEHBER, H. (org.). *Festschrift für R. Laun zum 70. Geburtstag*. Hamburg: Giradet, 1953.

PETERS, Anne. *Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse*. Berlim: Springer, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PINTO, Paulo Mota. Direitos da Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v.51, n.314, 2003.

OLBERSDORF, Gert. Sozialer Rechtsstaat Und Arbeitsrecht. *Arbeit Und Recht*, n.5, p. 129-40, 1955.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Antropologia filosófica contemporânea: Subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012.

POSCHER, Ralf. *Menschenwürde und Kernbereichsschutz: von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens*. *JuristenZeitung*, n.6, p.269-77, 2009.

RÄDLER, Julia. *Das dritte Geschlecht: Rechtsfragen und Rechtsentwicklung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

RECKER, Marie-Luise. Von der christlichen Integrationspartei zur pluralistischen Volkspartei – Die CDU Hessen 1945-2005. In: BERDING, Helmut (Org.). *Hessen – 60 Jahre Demokratie: Beiträge zum Landesjubiläum*. Wiesbaden: Historische Kommission für Nassau, 2006.

REINHARDT, Helmut (org): *Sozialgesetzbuch VI : gesetzliche Rentenversicherung; Lehr- und Praxiskommentar*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2014.

ROBBERS, Gerhardt. Comentário art.20. In: DOLZER, Rudolf et al. (org). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.

ROSEN, Michael. *Dignity Its History and Meaning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2012.

ROTHKEGEL, Ralf. Ein Danaergeschenk für den Gesetzgeber. Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch, ZFSH/SGB, p. 135-146, 2010.

RUGGERI, Antonio. *Dignità versus Vita?*. Associazione Italiana dei Costituzionalisti. 2011/1. Disponível em: https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/001_Ruggeri.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

SACHS, Michael (org). *Grundgesetz*. Munique: C. H.Beck, 2014.

SACHS, Michael (org). *Grundgesetz*. Munique: C.H. Beck, 2018.

SACHS, Michael. *Verfassungsprozessrecht*. 4 ed. Stuttgart: UTB, 2016.

SANDKÜHLER, Hans Jörg. *Menschenwürde und Menschenrechte: Über die Verletzbarkeit und den Schutz der Menschen*. Munique/Freiburg: Verlag Karl Alber, 2014.

SALES, Gabrielle Bezerra. *Überzählige Embryonen in der Reproduktionsmedizin: ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Brasilien*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.82, p. 239-290, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MAURER, Béatrice. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, n. 7, p. 89-95, jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Dignidade da pessoa humana e o uso de algemas: uma proposta para uma adequada compreensão da extensão e eficácia da súmula vinculante nº 11 do STF. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal de Rural do Rio de Janeiro do Brasil, v. 1, n. 1, p. 91-108, jan./jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa humana) e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria da Constituição e do direito constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol.3, n.2, p.115-141, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>. Acesso em: 25 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria da Constituição e do direito constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>. Acesso em: 20 Jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 25 Fev. 2021

SARLET, Ingo Wolfgang; SGARBOSSA, Luís Fernando. *Direitos e Garantias Fundamentais Estaduais: Um olhar sobre a Alemanha e os Estados Unidos da América*. No prelo.

SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História Constitucional da Alemanha - Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*. 2021. No Prelo.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, n.1, p.190-232, jan./mar. 2016

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia*. São Paulo: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08, n.4, p. 1644- 1689, 2016.

SCHILLER, Theo. Von der bürgerlichen Rechtspartei zur liberalen Mitte – die Freie Demokratische Partei (FDP) in Hessen 1945-2005. In: BERDING, Helmut (org.). *Hessen – 60 Jahre Demokratie: Beiträge zum Landesjubiläum*. Wiesbaden: Historische Kommission für Nassau, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018. Disponível em: 10.21056/aec.v19i74.1047. Acesso em: 02 out. 2020.

SCHMID, Carlo. *Erinnerungen*. Bern: Scherz, 1979.

SCHMID, Carlo. *Was heißt eigentlich: Grundgesetz?* Rede des Abgeordneten Dr. Carlo Schmid (SPD) im Parlamentarischen Rat am 8, September 1948. Disponível em: <http://artikel20gg.de/Texte/Carlo-Schmid-Grundsatzrede-zum-Grundgesetz.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Gute Gesetzgebung : Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre*. Heidelberg: C.F. Müller Jurist, 2003.

SCHWARZ, Kyrill-A; BRAVIDOR, Christoph. Kunst Der Gesetzgebung Und Begründungspflichten Des Gesetzgebers. *JuristenZeitung*, v. 66, n. 13, p. 653–659, 2011.

SEELMANN, Kurt. Das Dilemma einer Begründung von Menschenrechten. In: PIRMIN, Stekeler-Weithofer; ZABEL, Benno (org). *Philosophie der Republik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

SCHÖNBERGER, Christoph. Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. In: STOLLEIS, Michael (org.). *Das Bonner Grundgesetz: altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949 - 1969)*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2006.

SCHLENKER, Rolf-Ulrich. *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz: Aspekte verfassungsrechtl. Einwirkung auf d. Stabilität sozialer Rechtslagen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.

SIEFERT, Jutta. Sozialhilferecht. In: RULAND, Franz; BECKER, Ulrich; AXER, Peter (org.). *Sozialrechtshandbuch: (SRH)*. 6.ed. Baden-Baden: Nomos, 2018.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, p.89-94, abr./jun. 1998.

SÖHN, Hartmut. *Verfassungsrechtliche Aspekte der Besteuerung nach der Subjektiven Leistungsfähigkeit im Einkommensteuerrecht: Zum Persönlichen Existenzminimum*. *FinanzArchiv / Public Finance Analysis*, v 46, n. 2, 1988, p. 154–171.

SÖRGEL, Werner. *Konsensus und Interessen: eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. Opladen: Leske, Budrich, 1985.

SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *JuristenZeitung*, vol. 60, no. 13, pp. 644–652. 2005.

SOUZA, Draiton Gonzaga de. Religião e sociedade pós-secular no pensamento de Habermas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v.7, n.3, p.278-284, set./dez. 2015.

STARCK, Christian. *Menschenwürde als Verfassungsgarantie im Modernen Staat*. *JuristenZeitung*, v. 36, n. 14, 457-464, 1981.

STARCK, Christian. Staatliche Organization und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen. In: STARCK, Christian (org.). *Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. v.2. Tübingen : Mohr, 1976.

STEIGLEDER, Klaus. Human dignity and Social Welfare. In: Düwell, Marcus (org.). *The Cambridge handbook of human dignity: interdisciplinary perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

STERN, Klaus; BECKER, Florian. Grundrechte-Kommentar. *Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen*. 3 ed. Colônia: Carl Heymanns, 2018.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. vol. III/1. München: C. H. Beck, 1988.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou

de como não há blindagem contra as normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n. 97, mar./2005.

STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981815/>. Acesso em: 14 Mar. 2021.

STRAUSS, Walter. Die Rechtsprechende Gewalt Im Bonner Grundgesetz. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, n. 8, , p.523-524, 1949.

STRICKRODT, GEORG. Die Notwendige Position der Staatsrechtslehre. *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 7, n. 13/14, p. 385-390, 1952.

SÜSS, Winfried. Vom Rand in die Mitte der Gesellschaft? Armut als Problem der deutschen Sozialgeschichte 1961-1989. In: BECKER, Ulrich (org.): *Sozialstaat Deutschland: Geschichte und Gegenwart*. Bonn: Dietz, 2010.

TAUPITZ, Jochen. Regulierung der Gentechnologie: Wie, Wann, Wie viel? In: TAUPITZ, Jochen et al. (Ed.). *Vierter Gentechnologiebericht: Bilanzierung Einer Hochtechnologie*. Baden-Baden: Nomos.

TEIFKE, Nils. *Das Prinzip Menschenwürde – Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

TEIXEIRA, João Fernandes. *Filosofia do Cérebro*. São Paulo: Paulus, 2012.

THEILEN, Jens T. Além do gênero binário: repensando o direito ao reconhecimento legal de gênero. *Revista Direito e Sexualidade*, n. 1, mai.2020.

THIEME, Werner. Liberalismus und Grundgesetz. *Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v.113, n. 2, p.285-300, 1957.

THIEME, Werner. Zum Gesetzesvorbehalt in Der Leistungsverwaltung. *JuristenZeitung* 28, n. 21, p.692-693, 1973.

TIEDEMANN, Paul. *Was ist Menschenwürde? - Eine Einführung*. Darmstadt: Wiss Buchgesellschaft, 2006.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. *PIDCC*, Aracaju, v. 11, n.01, p.102-119, fev./2017. Disponível em: <http://www.pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>. Acesso em: 02 out. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *R. Dir. adm.*, Rio de Janeiro, p.29-49, jul/set.1989.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti

(Orgs). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

U. M. Das Bonner Wahlgesetz. *Archiv Des öffentlichen Rechts*, v. 75, n. 3, p. 360-363, 1949.

UERTZ, Rudolf. Das christliche Menschenbild in der Programmatik der CDU (1945 – 2010). In: GAUGER, Jörg-Dieter; KÜSTERS, Hanns Jürgen; Uertz, Rudolf (Org.). *Das christliche Menschenbild: zur Geschichte, Theorie und Programmatik der CDU*. Freiburg im Breisgau: Herder, 2013.

UNRUH, Peter. *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes: Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. A proibição de proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20 da lei nº 8.429/1991. *Revista da AJURIS*, v.40, n.129, p.13-36, 2013.

VOLPE, Karina Rocha Martins. Efetivação dos Direitos Sociais na ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. *RBPO*, Brasília, v. 2, n.1, p. 48 – 67, 2012. Disponível em: https://www.assecor.org.br/files/6213/5886/3066/rbpo_efetivacao_direitos_sociais.pdf f. Acesso em: 20 out. 2020.

VON MANGOLDT, Hermann. Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Tübingen, v. 75, n. 3, p. 273-290, 1949. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/44303094>. Acesso em: 10 fev. 2020.

VORLÄNDER, Hans. Warum Deutschlands Verfassung Grundgesetz heißt. In: DOSSIER Grundgesetz und Parlamentarischer Rat. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2008. Disponível em: https://m.bpb.de/system/files/pdf_pdflib/pdflib-38974.pdf. Acesso em: 02 fev. 2020.

WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums: Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG. *JuristenZeitung*, v. 63, n. 4, p. 157–168, 2008.

WEBER, Thadeu. Autonomia e consenso sobreposto em Rawls. *Ethic@*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 131-153, dez. 2011.

WEDY, A. P. O princípio da proibição da concretização deficitária dos direitos fundamentais e a decisão do STF na aferição do critério de miserabilidade à concessão de benefício assistencial. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 8, n. 29, p. 169-188, dez. 2014.

WERNER, Wolfram (org). *Der Parlamentarische Rat 1948-1949 – Akten und Protokolle*. v. 9. München, 1996.

WINTRICH, Josef. Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG. In: MAUNZ, Theodor; NAWIASKY, Hans; HECKEL, Johannes (org). *Staat und Bürger: Festschrift für Willibald Apelt zum 80. Geburtstag*. München: Beck, 1958.

WILLOWEIT, Dietmar; SCHLINKER, Steffen. *Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*. Munique: C. H. Beck, 2018.

WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 25 Fev. 2021

WOLFRUM, Edgar. *Die Bundesrepublik Deutschland 1949-1990: Handbuch der deutschen Geschichte*. Stuttgart: Klett-Cotta, 2005, v. 23.

WÜRTENBERGER, Thomas. Wege zum Naturrecht in Deutschland: 1946-1948. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, v. 38, n. 1, p. 98-138, 1949. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23677062>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ZACHER, Hans F. Sozialstaatsprinzip. In: ALBERS, Willi. *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*. Stuttgart; New York: Fischer; Tübingen , Mohr Siebeck, 1977.

ZACHER, Hans Friedrich: Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Bayerische Verwaltungsblätter*, n.4, p. 113-116, abr.1969. Disponível em: <https://epub.ub.uni-muenchen.de/9976/>. Acesso em: 15 ago.2020.

ZIMMERMANN, Andreas; GEIB, Robin. Die Totung Unbeteiligter Zivilisten: Menschenunwürdig im Frieden - Menschenwürdig im Krieg. *Der Staat*, v. 46, n. 3, p.377-394, 2007.

ZIPPELIUS, R. Comentário ao art. 1º. In: R. Dolzer/K. Vogel/K. Graßhof (org). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1995.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br