

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO

REGINEIDE MARIA AZEVEDO DE CASTRO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DO TOXICÔMANO À
LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL**

NATAL/RN
2015

REGINEIDE MARIA AZEVEDO DE CASTRO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DO TOXICÔMANO À
LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte – UNI-RN como
requisito final para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Ana Paula Cacho
de Santana.

NATAL/RN
2015

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN

Setor de Processos Técnicos

Castro, Regineide Maria Azevedo de.

A judicialização da internação compulsória do toxicômano à luz da dignidade humana e efetividade constitucional / Regineide Maria Azevedo de Castro. – Natal, 2015.

47 f.

Orientador: Prof. Msc. Ana Paula Cacho de Santana.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direitos Fundamentais – Monografia. 2. Dignidade Humana – Monografia. 3. Internação Compulsória – Monografia. I. Santana, Ana Paula Cacho de. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 342.7

REGINEIDE MARIA AZEVEDO DE CASTRO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DO TOXICÔMANO À
LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte – UNI-RN como
requisito final para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Msc. Ana Paula Cacho
de Santana.

DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

A análise sobre a judicialização da internação compulsória do toxicômano como eficácia da norma constitucional à luz da dignidade humana parte do pressuposto que os direitos fundamentais são normas de aplicabilidade imediata, mas que depende de uma complexa relação entre o Poder Judiciário e a efetividade das normas constitucionais. Essa efetividade constitucional é tratada com densidade, cujo intuito é evidenciar o núcleo e a essência dos direitos fundamentais e a relação com a dignidade da pessoa humana, na concepção kantiniana de dignidade, de forma a fundamentar o caso concreto da internação compulsória do dependente químico. Nesse contexto, a eficácia do direito fundamental do toxicômano encontra limites na colisão entre os dois direitos fundamentais igualmente protegidos pela Constituição de 88, a vida e a liberdade do toxicômano, cujo conflito será dirimido aplicando-se a técnica de sopesamento de Robert Alexy, aos três componentes essenciais da dignidade na versão de Kant; o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário, de forma que, ao final os argumentos apresentados a cada um desses componentes, justifique a internação como um fim em si mesmo, ou seja, converta-se em favor do paciente. A explicitação de cada um dos conteúdos da dignidade envolvida na hipótese, bem como a justificação das escolhas feitas em cada etapa, coíbe o voluntarismo e permitem um maior controle para verificar se seus argumentos são laicos, politicamente neutros e universalizáveis de modo a verificar o acerto da medida de internação compulsória imposta ao dependente químico.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Dignidade humana. Internação compulsória.

ABSTRACT

The analysis of the legalization of compulsory hospitalization of drug addict and effectiveness of constitutional rule in the light of human dignity assumes that fundamental rights are norms of immediate applicability, but it depends on a complex relationship between the judiciary and the effectiveness of constitutional norms . This constitutional effectiveness is treated with density, which aims to highlight the core and the essence of fundamental rights and the relationship with the dignity of the human person, in kantiniana conception of dignity in order to substantiate the case of compulsory hospitalization of drug addict. In this context, the effectiveness of the fundamental right of the drug addict finds limits in the collision between the two fundamental rights also protected by the Constitution of 88, the life and liberty of the drug addict, whose conflict will be settled by applying the *sopesamento* technique of Robert Alexy, the three essential components of dignity in Kant's version; the intrinsic value, autonomy and community value, so that at the end of the arguments put forward in each of these components, justify hospitalization as an end in itself, that is, convert in favor of the patient. The explanation of each of the dignity contents involved in the event as well as the justification of the choices made at each step, shy away voluntarism and allow greater control to verify that their arguments are secular, politically neutral and universalizable in order to verify the correctness the compulsory hospitalization measure imposed on the drug addict.

Key words: Fundamental rights. Human dignity. Compulsory hospitalization.

À memória de
Minha Mãe Luzia, que se encontra em outro plano e se tornou uma irmã de Luz!

Aos meus filhos Gabriel e Luana.
E para meu companheiro, Tatá.

O amor que eu sinto por vocês é incondicional!

AGRADECIMENTOS

Deus em sua infinita Sabedoria deu ao homem a razão diferenciando-o dos demais seres da natureza, por isso, é a ele a quem agradeço em primeiro lugar, por eu vencer este grande desafio.

Mas, uma longa jornada jamais será percorrida sozinha. O sonho foi meu guia. E mais uma vez, Deus estava lá. Porque é preciso muita Fé, Coragem, Determinação, Perseverança!!! Isto porque o sonho não pode perecer simplesmente quando se encontra uma pedra no meio do caminho!

A mola propulsora de tudo isso se resume em uma FORÇA INTERIOR! Porque dentro de nós existe uma força infinita que nos guia e protege. Mas, é preciso buscá-la em seu íntimo e ouvir a voz do coração!

Tenho sim, que agradecer e dizer que nada é por acaso. A você Professora Ana Paula, que desde o primeiro ano de faculdade abrilhantou com suas aulas maravilhosas juntamente com os Professores: Marcos Jordão, Anderson Brito, Marcelo Barros, Paulo Renato, Marcelo Torres, Ana Maria, Rosângela Michel, Ana Eleonora, Gabriella Simoneti, Sandresson Menezes, Matusalém Dantas, Benício Sá, o meu muito obrigada à todos! Porque vocês são responsáveis indiretos pelo nosso sucesso.

Aos nossos coordenadores Walber Cunha e Alan Barros pelo acolhimento quando precisei.

Aos bibliotecários pelo imenso carinho que dispensam a todos nós.

Porque somos interdependentes e ligados por uma conexão cósmica que é o universo. Por isso, os direitos são universais!

*Age de tal maneira que tomes a humanidade,
tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de
qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como
fim, nunca meramente como meio.*

(Emmanuel Kant)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	11
2.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	12
2.2	A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A NOVA ORDEM JURÍDICA	13
3	O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
3.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEFINIÇÃO POLÍTICA E HISTÓRICA	19
3.2	A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
4	A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	25
4.1	PRINCÍPIOS E REGRAS NA CONSTRUÇÃO DA NORMATIVIDADE.....	26
4.2	DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	28
4.3	A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO.....	
5	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.....	32
5.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE HUMANA.....	32
5.2	A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO.....	34
5.3	CONTEÚDO MÍNIMO DA DIGNIDADE HUMANA.....	36
5.4	A JURIDICIDADE DA DIGNIDADE HUMANA.....	37
5.5	AUTONOMIA DA VONTADE NA VERSÃO KANTINIANA.....	38
6	RESOLVENDO O CONFLITO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA...	41
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
	REFERÊNCIAS.....	45

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é demonstrar que a norma do artigo. 1º, inciso, III, da Constituição de 1988, aplicada ao caso concreto do toxicômano é de aplicabilidade imediata, por força normativa da Constituição, pois se trata de direito fundamental de mínimo existencial – a vida do paciente – e neste caso, não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana sem que se tenha de ponderar com a reserva do possível.

Neste contexto, este trabalho tem como escopo analisar a fundamentalidade material do artigo 1º, inciso, III, da Constituição de 1988, norma-princípio - a dignidade humana - como elemento constitutivo da sua eficácia no direito subjetivo, na complexa causa da judicialização da internação compulsória do toxicômano à luz da dignidade humana.

Contudo, para se chegar ao objetivo específico, será feita uma abordagem do constitucionalismo contemporâneo, cujas normas são marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social.

Nessa perspectiva, o presente estudo apresentará no primeiro capítulo, uma referência em linhas gerais do novo paradigma constitucional, suas características e as implicações dessa nova ordem jurídica no Estado Democrático de Direito, como a ascensão do Poder Judiciário.

Em seguida, se fará uma abordagem mais profunda da dignidade humana. Da sua origem bíblica ao *status* de norma constitucional, e ainda, das jurisprudências que transcende as cortes constitucionais e internacionais no exercício de jurisdição e apreciação em casos de alta complexidade moral, no intuito de se alcançar um sentido comum de dignidade humana a partir das características de uma concepção mínima da dignidade humana.

No terceiro capítulo será abordada a internação compulsória para dependentes químicos e suas implicações no mundo jurídico, por se tratar de caso de grande complexidade jurisdicional e haver colisão entre os princípios da liberdade e do direito à vida.

Para tanto, se fará uma análise da autonomia da vontade de Kant, vez que será o cerne do objetivo específico neste trabalho demonstrar que o toxicômano é desprovido de autonomia e por isso, na ausência da família, caberá ao Estado à tutela específica daquele cidadão, que no momento não dispõe de autonomia para escolher se deve ou não ser internado.

Após essa análise, será aplicada a técnica de ponderação dos direitos fundamentais criada por Robert Alexy, pois se trata de colisão entre dois princípios fundamentais – o direito à liberdade e o direito à vida - o que será feito através da judicialização delegando-se ao Poder Judiciário o papel que caberia ao executivo e legislativo, por ausência de política pública e omissão legislativa no que concerne às doenças provenientes dos diversos tipos de drogas lícitas e ilícitas dissipadas em nosso país que cada vez mais degenera e transforma o ser humano em animal apolítico.

Por fim, como contribuição social o presente trabalho pretende aferir que a força normativa da Constituição depende da amplitude e vontade da Constituição. Contudo, essa vontade constitucional deve ser partilhada por todos os partícipes da vida constitucional.

No caso da internação compulsória é também dever da sociedade buscar a efetividade dos interesses do toxicômano, seja reivindicando as omissões legislativas e políticas públicas adequadas no interesse desses pacientes, o que fica como sugestão aos entes federados para a criação de lei específica ao toxicômano em geral.

2 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Neste capítulo se fará uma abordagem acerca dos principais aspectos centrais do constitucionalismo contemporâneo, e seus reflexos no Estado Democrático de Direito.

As Constituições contemporâneas, posteriores a Segunda Guerra Mundial, introduziram em seus textos elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Esse novo paradigma foi uma reação aos regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pelas atrocidades, como as ocorridas na Alemanha e Itália.

Neste contexto, convém mencionar que no Brasil o marco histórico do direito constitucional, coincide com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, como documento singular, acerca dos direitos humanos jamais tutelados no país, onde na queda do Império, subjugou escravos alforriados negando-lhes o mais sublime dos direitos – à condição de viver uma vida com dignidade -.

A Lei Maior de 1988 consignou à emancipação do povo brasileiro. A transferência entre os regimes ditatorial e democrático. E ainda, apresentou conteúdo singular a respeito dos direitos fundamentais, destacando-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art.1º, incisos, II e III) de tal forma a posicionar a Constituição de 1988 como um dos documentos jurídicos mais moderno do mundo em relação à matéria. (PIOVESAN, 2008, p. 24-25)

Convém ressaltar também, que esse momento marcante na vida do povo brasileiro, explica-se na expressão – Constituição Cidadã –, atribuída pelo constituinte Ulysses Guimarães, a época, Presidente da Constituinte cujo discurso enaltecendo a nova Constituição “cidadã”, se percebe na força retórica de suas palavras com o objetivo da plena realização da cidadania, destacando-se, os fundamentos específicos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro, uns como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, com fins a eficácia da dignidade da pessoa humana. (PIOVESAN, 2008, p.27; SILVA, 1990)

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com

o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã.

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Aduz Ingo Sarlet que a expressão “direitos fundamentais” utilizada por nosso Constituinte foi inspirada principalmente na lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo, com a tradição de nosso direito constitucional positivo (SARLET, 2004).

Segundo Demoulis & Martins (2012), ao se falar em direitos fundamentais constata-se uma relação piramidal formada por três elementos: Estado, que se encontra no topo da pirâmide, condição *sine qua non* para se justificar os direitos fundamentais; no centro se encontram os indivíduos, pois do ponto de vista dos teóricos políticos e da filosofia, as pessoas outrora, não gozavam de direitos individuais, eram membros subordinadas a grandes ou pequenas coletividades, (DEMOULIS; MARTINS, 2012, p. 10-11) e a Constituição no sentido formal, cujo texto normativo regulador, deverá ter validade em todo território nacional e exercer força vinculante superior sobre as normas infraconstitucionais.

No plano histórico constitucional brasileiro, a Constituição do Império de 25 de março, proclama os direitos fundamentais nos 35 incisos de seu art. 179. Esses direitos, embora semelhantes aos encontrados nos textos constitucionais dos Estados Unidos e da França, não foram implementados, pois sua concretização ficou comprometida pelo Poder Moderador que concedia poderes, constitucionalmente ilimitado, ao Imperador. (DEMOULIS; MARTINS, 2012, p. 24)

Com efeito, conforme os autores, a Constituição Republicana de 1891 regulamenta, em seu art. 72, composto por 31 parágrafos, direitos fundamentais anteriormente consagrados na Constituição de 1824, acrescido do instituto do habeas corpus, desta vez, garantidos “a brasileiros e estrangeiros residentes no país”, já que a Constituição precedente os reconhecia somente aos “cidadãos brasileiros”, e em nível de legislação ordinária.

Ademais, semelhantes direitos fundamentais esculpidos na Constituição de 1891 apresentam-se, nas Constituições seguintes de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969. Destaque-se a Constituição de 1934 em razão da própria evolução do Estado, que

incorporou alguns direitos sociais como: “direito à subsistência”, assistência aos indigentes, e ainda, os institutos do mandado de segurança e da ação popular.

Em relação à Constituição Federal de 1988, afirma os autores, que ela não se caracteriza pela sistematicidade com relação aos direitos fundamentais, os quais se encontram dispersos em partes diversas do texto constitucional e que, a *sedes materiae* é o Título II, que trata “Dos direitos e garantias fundamentais”, regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, assim como as respectivas garantias.

Além disso, continuam os autores que, o art. 5º, da CF, traz um extenso rol de direitos individuais, de garantias clássicas. O art. 6º define os direitos sociais a serem concretizados por todos os órgãos estatais e o art. 7º eleva o direito do trabalho ao nível constitucional, o que traz relevantes consequências dogmáticas, como a incidência do dever estatal de tutela, sendo que a omissão ou não cumprimento desse dever pelo Estado dá azo a ações constitucionais.

2.2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A NOVA ORDEM JURÍDICA

O século XIX foi marcado pelo triunfo do constitucionalismo, cujo intuito se define em uma proposta de reivindicação *política* para limitar o poder do Estado mediante a criação de uma Constituição que não possa ser modificada pelo legislador e garanta os direitos fundamentais dos cidadãos e a democracia representativa (DIMOULIS; SORAYA, 2013, p. 18).

Na lição de Gilmar Mendes e Gonet Branco, o constitucionalismo contemporâneo é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História, pelo esforço em se aperfeiçoar os meios de controle do poder estatal, com fins a aprimorar os suportes da convivência social e política, marcado pela superioridade da Constituição, que subordina todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade, pela absorção de valores morais e políticos, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. No entanto, sem prejuízo de se continuar afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes.

Contudo, há uma tensão entre constitucionalismo e democracia, vez que a materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às

maiorias democráticas, pois cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se faz de forma impositiva a todos os órgãos estatais e transfere ao juiz constitucional deliberações políticas de órgãos de cunho representativo (MENDES; BRANCO, 2013, p. 53).

Para tanto, oportuna é a transcrição feita por Ingo Sarlet da lição de Klaus Stern, a acerca da íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito, a saber:

As ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental. (MINUSCOLI, 2012)

Assim, depreende-se dos dispositivos em referência, a acentuada preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social, e nesse diapasão confere a lição de Antonio Enrique Pérez Luño:

Os valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora – metas ou fins pré-determinados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas. [...] Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade. (PÉREZ LUÑO apud SARLET, 2006)

Nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Acerca da força normativa às normas constitucionais aduz Luís Roberto Barroso, que no Brasil essa conquista é recente e surgiu a partir de um movimento jurídico-acadêmico conhecido por *doutrina brasileira da efetividade*, cuja essência é

tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente com sua máxima extensão e densidade normativa (BARROSO, p. 28, 2014).

Assevera o constitucionalista, que o movimento promoveu com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional, atribuindo no plano jurídico, normatividade plena à Constituição como fonte de direitos e obrigações independente da intermediação do legislador, reconheceu, do ponto de vista científico ou dogmático, ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico, e sob o aspecto institucional contribuiu para a ascensão do poder Judiciário no Brasil, atribuindo-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais (BARROSO, p. 29, 2014).

Segundo Ana Paula Barcellos, o modelo paradigmático, “neoconstitucionalismo”, assim denominado por parte da doutrina, reúne elementos, cujas características marcantes se encontram em dois grupos principais. O primeiro grupo congrega elementos, metodológico-formais, e o segundo, reúne elementos materiais de forma.

Os elementos metodológico-formais do constitucionalismo contemporâneo e do nosso atual Estado democrático de direito, encerram três premissas substanciais, quais sejam: a) a normatividade da Constituição e o reconhecimento de que, como as demais, as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas de imperatividade - “o elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos. Trata-se da capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou de algum tipo de consequência ao descumprimento desta, capaz de provocar, mesmo que substitutivamente, a realização do efeito normativo” (BOBBIO, 1997, p. 21 e 22); b) a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico (Constituições rígidas); e c) a centralidade da Lei Maior nos sistemas jurídicos pátrios, por força do fato de que, os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. (BARCELLOS,

Em relação à superioridade da constituição no Ordenamento Jurídico, é ínsito elucidar o ensinamento do constitucionalista lusitano, J.J. Gomes Canotilho, para quem, a superioridade hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico, ressaltando-se algumas particularidades do direito comunitário, apresenta três expressões, quais sejam:

(1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que reconhece o fundamento de validade em si própria (*autoprimazia normativa*); (2) as normas da constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1147-1148).

Assim, ainda segundo constitucionalista lusitano, a superioridade normativa da constituição implica no *princípio da conformidade* de todos os atos do poder político com as normas e princípios constitucionais. Nesse sentido, o referido princípio desdobra-se e pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior – *princípio da hierarquia* – e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia – *princípio da constitucionalidade*.

Contudo, vale mencionar a lição de Fábio Comparato, ao que refere a supremacia da Constituição sobre as leis pareceu, desde o início, o primeiro mandamento do sistema jurídico norte-americano. A Suprema Corte com base em três grandes argumentos: supremacia da Constituição, nulidade de lei que contrarie a Constituição e função do Judiciário como intérprete final da Constituição, firmou-o, definitivamente no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803.

A inconstitucionalidade da lei foi aferida com base na interpretação da Suprema Corte. Neste mesmo precedente, também foi afirmado o princípio da judiciabilidade de todo e qualquer direito fundado em norma constitucional, isso porque os direitos humanos passaram a fazer parte integrante das Constituições dos Estados e da Constituição Federal, reconheceu-se que a primeira e fundamental garantia desses direitos era de natureza judicial (COMPARATO, 2008, p. 114).

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Dimoulis e Martins (2012), hodiernamente, apaixonante são às discussões políticas em torno dos direitos fundamentais. Neste sentido, a realidade jurídica brasileira tem sido intensa na busca por soluções de problemas complexos.

Com efeito, segundo os autores, temas com as questões mais diversas como reforma tributária; racismo; aborto; sigilo bancário; tratamento penitenciário dos condenados por crimes hediondos; biotecnologia; tutela dos direitos dos índios; configuração infraconstitucional de uma ordem da comunicação social compatível com os arts. 220 a 224 da CF; validade da lei de anistia de 1979; infidelidade partidária; união estável de pessoas do mesmo sexo, submetidos à apreciação ao Supremo Tribunal Federal e discutidos tanto entre especialistas como em nível político, não são temas “técnicos” em sentido estrito.

Ainda neste contexto, afirmam os autores, que a resolução dessas questões não decorre puramente de uma interpretação “correta”, pois, trata-se de temas de origens e repercussão política, logo, qualquer decisão relacionando-os, seja do legislador ou do Poder Judiciário, produz efeitos políticos, o que suscita inclusive, controvérsias (jurídicas e políticas) acerca da competência para decidir de maneira definitiva sobre os problemas de interpretação dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, também é o entendimento de Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2014, p. 38-39), para quem nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal tem ocupado um espaço relevante no cenário político e no imaginário social, e que a centralidade da Corte e, de certa forma, do Judiciário como um todo, não é peculiaridade nacional.

Continua o autor que, em diferentes partes do mundo, em épocas diversas tribunais constitucionais tornaram-se protagonistas de discussões políticas ou morais em temas controvertidos. Contudo, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume dos casos acima explicitados, tudo potencializado pela transmissão ao vivo dos julgamentos pela TV Justiça.

Assim, infere-se neste contexto, que os problemas complexos têm sido solucionados pelo STF, em virtude do novo constitucionalismo contemporâneo, objeto de nosso próximo capítulo, no qual a Suprema Corte como guardiã da Constituição e intérprete da nossa Lei Maior de 1988 têm solucionado casos complexos como o caso emblemático da – União estável de pessoas do mesmo

sexo –, invocando o pluralismo do fundamento constitucional, expresso no artigo 1º, inciso III, da CF – da dignidade humana –, objeto central do presente trabalho, pela busca do princípio da felicidade, – círculo concêntrico – implícito no núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, o qual assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana, e suas relações sociais cada vez mais complexas como bem se explicita a seguir na: ADI 4.277 de relator do Min. Ayres Britto,

Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar. O STF – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria CR (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (...) 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. (...) **O princípio constitucional da busca da felicidade**, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.” (**RE**

477.554-AgR, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 26-8-2011.) **No mesmo sentido: ADI 4.277** e **ADPF 132**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 5-5-2011, Plenário, *DJE* de 14-10-2011.

Nesta decisão, a Supremacia da Constituição e o poder de interpretar a Constituição são evidentes. A Suprema Corte, a partir de parâmetros implícitos no princípio da dignidade humana, com fins a proporcionar a felicidade do ser humano e vinculado ao princípio da liberdade de escolha individual de que goza toda pessoa humana e, a qual merece acolhida em um Estado Democrático de Direito, desprovida de qualquer preconceito, para atender os anseios de uma nova sociedade pluralista cada vez mais complexa em suas relações individuais.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEFINIÇÃO POLÍTICA E HISTÓRICA

Nos dizeres de Dimoulis e Martins, a definição de direitos fundamentais “são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 24).

Ainda segundo os autores em referência, essa definição permite indicar na matéria alguns elementos básicos, como os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs. Estado); a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal com fins a preservar a liberdade individual); e a posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal. No entanto, são necessárias observações:

- a) Fundamentalidade *formal e material*. “A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal, indicando que um direito é fundamental se e somente for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional”.
- b) Fundamentalidade e *cláusulas pétreas*. “Igualmente equivocado seria considerar como fundamentais tão somente os direitos protegidos por “cláusulas pétreas”. O constituinte

lucidamente no art. 60, § 4º, da CF proíbe a aprovação de Proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir, entre outros, “direitos e garantias individuais”, (inciso IV). Isso enseja inicialmente um problema de interpretação. Parte da doutrina sustenta que aqui, a despeito do adjetivo “individuais,” a vedação de reforma abrangeria todos os direitos fundamentais” conforme previsão contida no art. 60 da CF/88” (DEMOULIS; MARTINS, 2012, p.40-41) .

O entendimento de George Marmelstein é de que “os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELESTEIN, 2013, p.17).

Para o teórico e jusfilósofo alemão Robert Alexy, os direitos fundamentais apontam a característica da fundamentalidade, para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e material. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio. (ALEXY, 2008)

Por conseguinte, Ingo Sarlet afirma, que os Direitos fundamentais são, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, positivadas no direito constitucional, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (SARLET, 2004, p. 405).

A lição de Gilmar Ferreira Mendes & Paulo Gustavo Gonet Branco, é a de que o princípio da dignidade humana inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança.

Continua os autores que, é o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir que “os direitos fundamentais, de forma geral, podem ser considerados concretizadores das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. (MENDES; BRANCO, 2013, p.140-141).

Prieto Sanches sugere que se procure tornar mais objetiva a pesquisa, privilegiando-se a compreensão histórica dos direitos. “Historicamente – advoga –, os direitos humanos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos em presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou instituição serve a algum desses valores.” (SANCHES, 1994, p. 48).

Igualmente nessa linha, é o conceito em José Afonso da Silva, para quem os direitos fundamentais designam, “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [o ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo, *fundamentais*, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” (SILVA, 1992, p. 163-164).

Diante de todo o exposto, infere-se que os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que se referem às posições básicas das pessoas, de forma a atender-lhes os anseios elementares em prol de uma vida com dignidade, dentro de uma concepção pluralística do que seja dignidade, inerente a todo ser humano, pela singularidade de ser humano, e gozar de direitos e obrigações na ordem jurídica.

No entanto, nem sempre o que se apresenta como direito fundamental para uns, serve a outros, é o caso do objeto do presente estudo – a internação compulsória do toxicômano –. Se a família é capaz de suprir todas às exigências legais da Lei nº... para que se proceda à internação sem a intervenção do Estado, neste caso, o direito fundamental de prestação à saúde se fará através da família, sem nenhum ônus ao Estado, se feita em instituições particulares. Porém, se o indivíduo estiver sob a tutela da família, em instituições públicas, restará o direito fundamental à saúde ser prestado pelo Estado.

Contudo, se o indivíduo se encontra em condições desumanas, devido à perda das relações de afetividade da família, proveniente dos efeitos nocivos da droga, caberá ao Estado suprir essa lacuna e tutelar o indivíduo para a internação

de forma compulsória, dentro das disposições legais da norma específica, aqui, o Estado estará exercendo dois papéis, de tutela, na figura representada pelo Ministério Público representante dos incapazes, porque não existe nenhum ente familiar responsável, de custódia, visto se encontrar o indivíduo sob a sua responsabilidade.

Neste caso, a imperatividade do Estado se justificará em prol do indivíduo, que se encontra sem autonomia, desprovido de razão, e sem razão não há consciência, sem consciência o bem maior do indivíduo – à vida –, entrará em risco.

Além disso, a internação compulsória do toxicômano se configura como caso complexo na jurisdição de nosso país, o que será demonstrado ao longo deste estudo, porque se estará retirando da política uma atribuição que deveria ser dos poderes constituídos – legislativo e executivo, mas que por omissão deverá se implementar pelo judiciário, a quem caberá à última palavra pelo Poder e Supremacia da Constituição na busca e defesa dos direitos fundamentais.

Com isso, respondo ao primeiro questionamento da análise do objeto do presente estudo com a seguinte resposta: O artigo 1º, inciso, III, c/c o art. da CF, é uma norma de direito fundamental, logo, pode ser invocada na ausência de norma constitucional específica que atenda ao caso concreto da judicialização da internação compulsória do toxicômano.

Contudo, os direitos fundamentais não são “*numerus claus*”, materialmente positivados na Constituição, isso porque a evolução do homem em sociedade é cada vez mais complexa, por isso, o legislador constituinte não é capaz de elencar todos os direitos fundamentais.

Além disso, é preciso que se faça uma interpretação valorativa a partir do que foi material e formalmente colocado no texto da Constituição, buscando-se na essência dos demais intérpretes faça constituinte determinada. O que ontem se consignou como sendo direito fundamental, hoje carece de sociedade, ou seja, limitados, devem atender às situações diversas de cada indivíduo, porque nem sempre será possível determinar quais em um autêntico Estado Democrático de Direito tem por finalidade, de forma a limitar os poderes constituídos. Importa considerar ainda, idade, cuja materialidade se encontram consagrados em preceitos da ordem jurídica expressa no texto constitucional.

Contudo, são direitos que vigem também fora do catálogo específico, constituídos em forma de princípios, originados a partir do núcleo essencial de

normas fundamentadoras e garantidoras explícita como a norma do art. 1º, inciso, III, CF, fundamento de toda nossa Constituição a dignidade humana de forma a vincular os poderes. A constitucionalização desses direitos impede, de forma a aferir ao indivíduo prestações positivas essenciais a uma vida com dignidade, cuja materialidade encontra-se formalmente vinculado no texto constitucional. Além disso, há normas fundamentais como a dignidade humana de cujo núcleo substancial deriva princípios implícitos de forma a atender direitos fundamentais relacionados à vida, à liberdade,

Com isso, conclui-se que a norma constitucional, artigo 1º, inciso, III, da Constituição pátria, objeto do presente estudo, é uma norma constitucional de fundamentalidade material, por seu conteúdo, significado e importância da pessoa humana como elemento constitutivo da sua eficácia, análise que será feita em capítulo específico mais adiante.

3.2 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como bem se explicitou acima, as normas de direitos fundamentais têm as características da fundamentalidade material e formal, de modo a não permitir que o legislador ordinário venha a reduzir, suprimir, mas, tão somente acrescentar direitos fundamentais, conforme o estabelecido nas formalidades exigidas pela Constituição vigente, no caso das constituições rígidas do constitucionalismo contemporâneo adotado pelo nosso país.

Tudo isso, em nome do princípio constitucional da segurança jurídica. Pois em um autêntico Estado de Direito, no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, arraigou-se a ideia de segurança jurídica, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Com efeito, afirma Ingo Sarlet, “a segurança jurídica além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional, como se inscrevem os diversos documentos supranacionais” (SARLET, 2004, p. 404).

Ademais, o direito à segurança jurídica, por sua vez, constitui apenas uma das dimensões de um direito geral à segurança, já que este, para além da

segurança jurídica, abrange um direito à segurança pessoal e social, mas também um direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares – violadores dos diversos direitos pessoais, igualmente parece evidente.

Na noção mais estrita de segurança jurídica, na lição de Celso Bandeira de Mello é no sentido de que “a segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como, a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana. (MELO, 2014)

Ademais, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade,¹ evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.

¹ Convém lembrar aqui não existir uma necessária convergência entre o conteúdo em dignidade da pessoa e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que a garantia do núcleo essencial (que possui uma função autônoma) pode ir até mesmo além da proteção assegurada pelo conteúdo em dignidade da pessoa, dependendo do direito fundamental que estiver em causa.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No capítulo anterior viu-se que as Constituições contemporâneas após a Segunda Guerra Mundial introduziram em seus textos elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, com o intuito de formar um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias, e que um dos grandes desafios do constitucionalismo contemporâneo, em relação à questão metodológica, é a de desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a valores e opções políticas transformadas em normas jurídicas, além dos conflitos específico e geral, sob a perspectiva da teoria jurídica, como da aplicação observada nos juízos e tribunais.

Tudo isso, porque, a aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam mais ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva.

Nesse contexto, surge o pós-positivismo com o ímpeto de superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando referência relativa ao ordenamento positivo, todavia, reintroduz ideias de justiça e legitimidade.

Como bem informa Luís Roberto Barroso, o constitucionalismo contemporâneo promove assim, uma volta aos valores e reaproxima a ética do Direito. Migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns, como a liberdade e a igualdade, nela já se inscreviam de longa data, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito (BARROSO, 2009,).

Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça. Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser síntese dos valores

albergados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins.

Assim, os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie, cujo papel a desempenhar será o de condensar valores; dar unidade ao sistema e condicionar atividade do intérprete.

4.1 PRINCÍPIOS E REGRAS NA CONSTRUÇÃO DA NORMATIVIDADE

Na lição Barroso (2009, p. 352) na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática contemporânea avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Contudo, continua o constitucionalista, nos últimos anos, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas.

Neste contexto, a Constituição passa a ser encarada como sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy, feita a seguir.

4.2 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento na matéria.²

² O consenso vem sendo, todavia progressivamente rompido pelo surgimento de trabalhos críticos de qualidade., na doutrina nacional, Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003; na doutrina estrangeira, Klaus Günther, The sense of appropriateness – Application discourses in moral and law, 1993. Para uma defesa

Com isso, as regras caracterizam-se, normalmente como relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu conteúdo, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção. Assim, a aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. No entanto, na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Por isso, em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.³ Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio. Porém, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. (BARROSO, 1997, p.85)

Como afirma Robert Alexy, não só é possível a colisão de princípios como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, a aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais (ALEXY, 2008).

Conforme Luís Roberto Barroso, é de proveito aprofundar o tema da distinção entre princípios e regras, especialmente no que diz respeito às potencialidades que oferecem para a atuação do intérprete constitucional. Neste sentido, existe um consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: “princípios e regras desfrutam igualmente do *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Dos múltiplos critérios distintivos possíveis três deles são aqui destacados: (i) o conteúdo; (ii) a estrutura normativa; (iii) as particularidades da aplicação” (BARROSO, 2009, p. 352, 354).

das posições de Alexy, v. Thomas da Rosa Bustamante, A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica, 2003, mimeografado (original gentilmente cedido pelo autor)

³“Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas”.

Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são *fins* públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete.

Com relação à *estrutura* normativa, o comando de uma regra especifica os atos a serem praticados para seu cumprimento adequado. Embora em sua atividade, o intérprete jamais possa ser qualificada como mecânica – pois a ele cabe dar um toque de humanidade que liga o texto ao caso concreto –, a aplicação de uma regra, normalmente não envolverá um processo de racionalização mais sofisticado. Já os princípios indicam fins, estados ideais a serem alcançados. Como a norma não especifica a conduta a ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar (BARROSO, 2009, p. 356).

4.3 A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

Na mudança de paradigma jurídico e ético trazida pelo estado Democrático de Direito, a dignidade humana se abre à ponderação de onde se irradiam os direitos fundamentais e os sociais. Com isso, coube a Alexy expor a necessidade de se colocar a dignidade humana em conjunto com outros princípios fundamentais e sujeita-la a ponderação diante de interesses emergentes, em virtude da sua característica de princípio e regra.

Assevera o teórico alemão que “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada”, “nem é um princípio absoluto: direitos individuais podem ter mais peso do que fundamentos de política financeira” (SARLET, 2003, p. 13-28).

George Marmelstein aduz que a ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, nas quais as técnicas tradicionais de hermenêuticas não se mostram suficientes, como ocorre no caso de colisão entre normas constitucionais, por tratar-se de normas cujo conteúdo e valor se encontram no mesmo nível hierárquico.

Adverte o magistrado, que na aplicação dessa técnica, o jurista deverá, em um primeiro momento, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, através do princípio da concordância prática, e que, caso não seja possível conciliar é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita (MARMEELSTEIN, 2013, p. 378).

O mesmo raciocínio faz Luís Roberto Barroso, para quem a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, cuja técnica de subsunção mostrou-se insuficiente, especialmente quando a situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia, como ocorre com as normas constitucionais.

Continua Barroso, que embora a estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não seja associada às noções difusas, de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas, e que de forma sucinta aqui se apresentará, compõem-se de três etapas, explicitadas a seguir.

A primeira etapa consiste ao intérprete aferir no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais colisões, é ambiente próprio de trabalho da ponderação. Em seguida, deve-se examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido.

Somente na terceira etapa, é que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso.

Em seguida, deve-se graduar a intensidade da solução escolhida, e atribuir-lhe um grau a solução. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana — símbolo do novo tempo —, identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo.

A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Contudo, diante do exposto, afirma Barroso que a força normativa e efetividade às normas constitucionais, é conquista relativamente recente no constitucionalismo do mundo romano-germânico.

No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da ação e da jurisdição –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais. (SILVA, 1998, p.29)

Esse novo paradigma do direito constitucional nos últimos anos, foi o responsável pelo espaço relevante que o Supremo Tribunal Federal tem ocupado no cenário político e no imaginário social. Contudo, a centralidade da Suprema Corte como um todo, não é peculiaridade nacional. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, tribunais constitucionais tornaram-se protagonistas de discussões políticas ou morais em temas controvertidos.

Contudo, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Em 2011 e 2012, o STF decidiu acerca de uniões homoafetivas, interrupção da gestação de fetos anencefálicos e cotas raciais. Anteriormente, decidira sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, nepotismo e demarcação de terras indígenas.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a ascensão do judiciário deu lugar a uma crescente judicialização, da vida e a alguns momentos de ativismo judicial.

Para o constitucionalista, a Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo judiciário, ou seja, trata-se de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais e que há causas diversas para o fenômeno.

A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda, envolve uma

certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais, e que no Brasil, esse fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização (BARROSO, p. 39, 2014).

5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

A mudança de paradigma jurídico e ético trazido pelo Estado Democrático de Direito, promoveu transformações profundas na problemática da dignidade humana. Por não ser mais princípio hierarquicamente superior vez que se abre à ponderação. Isto porque, dela se irradiam não só os direitos fundamentais, mas também os sociais.

Coube a Alexy (2008) chamar a atenção para a necessidade de se colocar a dignidade humana no mesmo conjunto com outros princípios fundamentais e sujeitá-la ao jogo de ponderação diante de interesses emergentes, em virtude da sua característica de princípio e de regra. (SARLET, 2003, p.13-14).

5.1 A ASCENDÊNCIA DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção, tem origem religiosa, bíblica – o homem feito à imagem e semelhança de Deus. No entanto, o Iluminismo a transporta para a filosofia tendo como fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo.

Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é às origens filosóficas da dignidade humana, é legada ao grande orador e estadista romano Marco Túlio Cícero de cuja autoria se deve a expressão “dignidade do homem” (BARROSO, 2012, p. 14).

Na contemporaneidade a dignidade humana se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Após a Segunda Guerra Mundial, dois movimentos promovem a ideia de dignidade da pessoa humana a qual de forma gradual migra para o mundo jurídico. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. (BARROSO, 2012, p. 19).

Nesse contexto, a História do Direito demonstra de alguma forma, que o pensamento jurídico e os desenhos institucionais transitam além das fronteiras

políticas e geográficas. O fenômeno que remonta a tempos antigos, é possivelmente anteriores à Lei Mosaica, e o marco inicial da internacionalização do direito sobre a tradição jurídica ocidental, que percorreu todo o caminho até os pandeccistas alemães e ainda além, se deu com a perene influência do Direito Romano e a institucionalização da Lei das Doze Tábuas (século V a.C.).

Por sua vez, o Código de Napoleão (1804) na França, assim como o pensamento jurídico alemão mais geral, proporcionaram forte impulso para a globalização do direito e do pensamento jurídico no mundo moderno, propiciando grande impacto na Europa continental e nas Américas.

Apesar da relativa proeminência na história das ideias, a consolidação da dignidade humana somente passou a integrar documentos jurídicos ao final da segunda década do século XX. Inicialmente o feito ocorreu nas Constituições do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919).

Somente após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais. A Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e, inúmeros outros tratados e pactos internacionais, passando a desempenhar um papel central no discurso sobre os direitos humanos (COMPARATO, 2008, p. 213, 228).

Todavia, no âmbito do direito constitucional, a primazia, no particular, tocou à Constituição Alemã Lei Fundamental de 1949 dispõe no Artigo 1º – “A dignidade humana deve ser inviolável. Respeitá-la e protegê-la será dever de toda a autoridade estatal”. Disposição seguida pelo Artigo 2º, “Toda pessoa deverá ter direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não viole os direitos de terceiros, nem ofenda a ordem constitucional ou a moralidade”.

De efeito, o Tribunal Constitucional Federal Alemão e os juristas alemães desenvolveram uma ampla jurisprudência e um arcabouço teórico que influenciam decisões judiciais e escritos doutrinários por todo o mundo, o que o alçou ao *status* de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional mundial “De acordo com o Tribunal, a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado” (BARROSO, 2012, p. 20).

Diversas outras Constituições contêm referência expressa à dignidade em seu texto – Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras – ou em seu preâmbulo, como a do Canadá. E

mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos e França, a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa, em decisões importantes.

Cortes constitucionais de diversos países compartilham os precedentes e argumentos utilizados pelas outras cortes, com o intuito de dar um sentido comum para a dignidade. Contudo, no plano do direito comparado, merece destaque, em primeiro lugar, a atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, cujas decisões são citadas em diferentes jurisdições transnacionais (BARROSO, 2014, p. 290- 291).

Na prática da Corte, a dignidade humana sempre esteve no centro das discussões de inúmeros casos como, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da descriminalização do aborto (Aborto I), a flexibilização dessa mesma decisão (Aborto II), a proibição de derrubada de aviões sequestrados por terroristas⁴ e a vedação do uso de diário pessoal como meio de prova, entre muitos outros. A jurisprudência Alemã na matéria é abundante. (BARROSO, 2014)

Assim, já não se concebe que as cortes constitucionais e internacionais no exercício de jurisdição e apreciação em casos de grande complexidade moral envolvendo o sentido e alcance da dignidade da pessoa humana deixe de invocar o sentido comum de dignidade humana.

5.2 A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

Assevera Rizzato Nunes, que dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como valor supremo, construído pela razão jurídica. (RIZZATO, 2009, p.48)

Para Luís Roberto Barroso, em sua trajetória rumo ao Direito, a dignidade beneficiou-se do advento da cultura jurídica pós-positivista, na qual houve a reaproximação entre o Direito e a ética, e que esse novo paradigma tornou o ordenamento jurídico permeável aos valores morais.

Igualmente, consolidou-se a convicção de que os *casos difíceis*, para os quais não há resposta pré-pronta no direito posto, a construção da solução constitucionalmente adequada precisa recorrer a elementos extrajurídicos, como a filosofia moral e a filosofia política.

⁴ BVerfG, 1 BvR nº 357/05. Em decisão de 2006, considerou inconstitucional a previsão legal que dava ao Ministro da defesa poder para ordenar o abate de aviões em circunstâncias nas quais fosse possível assumir que ele seria utilizado contra vidas humanas.

Nesse novo paradigma jurídico, avulta em importância a dignidade humana, vista como valor pré e extrajurídico, capaz de influenciar o processo interpretativo. Sua materialização em documentos constitucionais e internacionais sacramentou o processo de juridicização da dignidade, afastando o argumento de que o Judiciário estaria criando normas sem legitimidade democrática para tanto.

A dignidade humana é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto de justificação moral, quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais (BARROSO, 2014).

Essa transformação merece destaque acerca da distinção qualitativa entre princípios e regras na lição do jusfilósofo alemão Alexy (2008), qual seja:

Distinguir a estrutura da norma dos direitos fundamentais é o cerne da questão da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, pois a distinção entre regras e princípios constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e as prestações em sentido estrito, sendo essa distinção uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Assevera ainda o teórico alemão, que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Aduz ainda, que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau e que toda norma ou é uma regra ou um princípio.

A partir dessa distinção do jusfilósofo entre regras e princípios, pode-se identificar a dignidade humana como um princípio jurídico que produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional.

Contudo, embora seja razoável aferir que a dignidade humana em regra deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente. Um exemplo evidente de uma dessas situações ocorre quando

alguém é limitado em sua autonomia da vontade no direito de liberdade de ir e vir. Neste caso, o componente importante da dignidade dessa pessoa – representado por sua liberdade de ir e vir – é restringido. Esta hipótese evidencia que um aspecto da dignidade de uma pessoa pode ser sacrificado em benefício de algum outro valor.

Ainda na lição Luís Roberto Barroso, embora a dignidade humana seja um valor fundamental não deve ser tomada como absoluta, e que a melhor maneira de classificar a dignidade humana é como princípio jurídico com status constitucional, e não como direito autônomo. A concepção adotada pelo magistrado é a mesma que se tornou dominante na teoria do Direito, baseada no trabalho seminal de Ronald Dworkin sobre o assunto, acrescida dos desenvolvimentos posteriores realizados pelo filósofo alemão Robert Alexy, anteriormente explicita (BARROSO, 2012, p.64).

De acordo com Dworkin, princípios são normas que contêm “exigências de justiça e equidade ou alguma outra exigência de moralidade”. Os princípios têm uma “dimensão de peso” e quando eles colidem é necessário considerar a importância específica de cada um deles naquela situação concreta. Para Alexy, os princípios são “mandados de otimização”, cuja aplicação varia em diferentes graus, de acordo com o que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2008).

Nesse contexto, apresentar-se-á um breve esboço acerca da teoria de Robert Alexy, utilizada para solucionar a colisão entre princípios.

O “conflito” entre princípios deve ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível* – tem maior peso no caso concreto. Se esse sopesamento elevar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental. (ALEXY, 2008)

5.3 CONTEÚDO MÍNIMO DA DIGNIDADE HUMANA

Tendo suas raízes na ética, na filosofia moral, a dignidade humana é, em primeiro lugar um valor⁵, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta

⁵ Um valor é conceito axiológico, Robert Alexy, citando von Wright, afirma que o conceito de razão prática é dividido em três grupos: axiológico, deontológico e antropológico. Conceitos axiológicos são derivados da ideia de bem. Conceitos deontológicos baseiam-se na ideia de dever, de exigência. E conceitos antropológicos estão associados ao interesse, vontade e necessidade. Robert Alexy (A theory of constitutional rights. Trad. Julian Rivers. Oxford University Press, 2004, p. 44-69)

correta e à vida boa. Incorporada ao discurso político das potências que venceram o conflito da Segunda Guerra Mundial, a ideia de dignidade humana se tornou uma *meta política*, um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais.

Nesse contexto a dignidade humana apresenta uma dupla dimensão: uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão é por si mesma inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações. (BARROSO, 2012)

Nesse contexto, acerca da teoria de Alexy, o jusfilósofo utiliza para solucionar o conflito entre princípios, a técnica jurídica “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível* – tem maior peso no caso concreto.

“Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção têm no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado.

5.4 A JURIDICIDADE DA DIGNIDADE HUMANA

Segundo a lição de Barroso (2014), do ponto de vista jurídico, é indispensável dotar a ideia de dignidade de um conteúdo mínimo, que dê unidade e objetividade à sua aplicação, afastando-a das doutrinas abrangentes seja de cunho religioso ou ideológico. Esse conteúdo mínimo deve ter como características a *laicidade*, *neutralidade política* e *universalidade*.

Assevera ainda o constitucionalista, que para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural, a qual em uma concepção minimalista é composta por três elementos: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário. (BARROSO, 2014)

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser. Trata-se da afirmação da posição especial da pessoa humana no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. “As coisas

têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço”. (KANT, 1998, p. 42)

No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de uma série de direitos fundamentais, que incluem: a) o direito à vida – todos os ordenamentos jurídicos protegem o direito à vida; b) direito à igualdade – todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição; c) direito à integridade física – desse direito decorrem a proibição de tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas; d) direito à integridade moral ou psíquica, do qual derivam a privacidade, a honra e a imagem (BARROSO, 2014, p. 44-45).

5.5 AUTONOMIA DA VONTADE NA VERSÃO KANTINIANA

As ideias precursoras do filósofo iluminista Kant influenciaram o novo paradigma constitucional no século XX. Segundo Kant, a autonomia é o fundamento da dignidade humana e de toda natureza racional. É também, a qualidade da vontade pela qual ela é uma lei para si mesma (independentemente de toda qualidade dos objetos do querer) (KANT, 2009, p. 285).

De acordo com o Filósofo alemão, quando se trata de leis objetivamente práticas, por conseguinte da relação de uma vontade consigo mesma, na medida em que ela se determina pela mera razão, tudo o que tem relação com o empírico desaparece espontaneamente porque, se *a razão por si* só determina o comportamento, ela tem de fazê-lo necessariamente *a priori*.

Assevera ainda, que a vontade é pensada como uma faculdade de se determinar a si mesma a agir em conformidade com a representação de *certas leis*. E uma faculdade só pode ser encontrada em seres racionais, e o que serve à vontade como fundamento objetivo de sua autodeterminação é o fim, e este, se é dado pela mera razão, tem de valer igualmente para todos os seres racionais. O que, ao contrário, contém tão-somente o fundamento da possibilidade da ação cujo efeito é um fim, é o que se chama de meio.

Para Kant, o fundamento subjetivo da apetição é a mola propulsora; o fundamento objetivo do querer é o motivo; daí a distinção entre fins subjetivos que repousam sobre molas propulsoras, e, objetivos, que dependem de motivos os quais valem para todo ser racional. O homem – e de modo geral todo ser racional – existe como fim em si mesmo, não meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel-prazer, mas tem de ser considerado em todas as suas ações, tanto as dirigidas a si mesmo quanto a outros. Sempre ao mesmo tempo como fim.

Assevera o iluminista, que o valor de todos os objetos a serem obtidos por nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência não se baseia em uma vontade, mas na natureza, têm, no entanto, se eles são seres desprovidos de razão, apenas um valor relativo, enquanto meios, e por isso chamam-se coisas; ao contrário, os seres racionais, denominam-se pessoas, porque sua natureza já os assinala como fins em si mesmos, isto é, como algo que não pode ser usado meramente como meio, por conseguinte como algo que restringe nessa medida todo arbítrio (e é um objeto do respeito).

Ainda segundo o filósofo alemão, se houver um princípio prático supremo e, com respeito à vontade humana, um imperativo categórico, ele tem de ser tal que faça da representação daquilo que é necessariamente fim para todos, porque é *fim em si mesmo*, um *princípio objetivo* da vontade que pode, por conseguinte, servir de lei prática universal. O fundamento desse princípio é: a natureza racional existe como fim em si.

É assim que o homem necessariamente se representa sua própria existência; nessa medida é, pois, um princípio subjetivo de ações humanas. Mas é assim também que todo outro ser racional representa sua existência, em consequência de precisamente o mesmo fundamento racional, que também vale para mim; portanto, é ao mesmo tempo um princípio objetivo, do qual, enquanto fundamento prático supremo, todas as leis da vontade têm de poder ser derivadas.

O imperativo prático será, portanto, o seguinte: ***Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio.***

Todas as ações do homem devem ser consideradas como fim em si mesmo. No entanto, quanto ao perigo que exponho minha vida para conservá-la deve ser relativizado. O fim natural que todos os homens têm é a sua própria felicidade.

A razão refere, portanto, toda máxima da vontade e também a toda ação para consigo mesmo, e isso, aliás, não por causa de qualquer outro motivo prático ou vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a nenhuma lei senão àquela que ele dá ao mesmo tempo a si mesmo.

No reino dos fins tudo tem ou bem um *preço* ou bem uma *dignidade*. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade.

O que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor intrínseco, isto é, *dignidade*. Portanto, a moralidade e a humanidade, na medida em que ela é capaz da mesma, é a única coisa que tem dignidade. A habilidade e a diligência no trabalho têm um preço de mercado; o engenho, a imaginação viva e o humor, um preço afetivo; ao contrário, a felicidade às promessas, a benevolência por princípio (não por instinto) têm valor intrínseco.

O princípio da autonomia é, portanto: não escolher de outro modo senão de tal modo que as máximas de sua vontade também estejam compreendidas ao mesmo tempo como lei universal no mesmo querer.

6 RESOLVENDO O CONFLITO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

A partir da análise nos capítulos anteriores percebe-se que o constituinte conferiu uma ‘posição topográfica aos direitos fundamentais’, e que a Constituição de 88 pretendeu não apenas proclamar direitos, mas, sobretudo, concretizá-los. Assim, o desejo do constituinte é de que toda interpretação constitucional seja uma atividade voltada para a busca da efetividade da Constituição (MARMELESTEIN, 2013, p. 64).

Mas, infelizmente, não há, um intenso “sentimento constitucional” em torno dos direitos fundamentais. Falta aquilo que Konrad Hesse chamou de “vontade de constituição”, capaz de gerar ampla e popular adesão social em prol da luta consciente e mobilizada pela efetivação das normas constitucionais.

O conflito da internação compulsória aplicada ao toxicômano é exemplo dessa falta de “sentimento constitucional”, isto porque, o parâmetro aqui proposto para judicializar à internação do toxicômano, é a dignidade da pessoa humana por força e efetividade constitucional do artigo 1º, inciso, III, da Constituição de 88, a qual deve ser aferida a “vontade da constituição” mediante análise e utilização dos componentes mínimos do conceito de dignidade; valor intrínseco, autonomia e do valor comunitário na concepção kantiniana. (vontade do poder político)

A explicitação de cada um desses componentes da dignidade envolvida na hipótese, bem como a justificação das escolhas feitas em cada etapa não elimina de maneira absoluta a subjetividade do intérprete, mas coíbe o voluntarismo e permite um maior controle do raciocínio lógico desenvolvido pelo autor da decisão, inclusive para verificar se seus argumentos são laicos, politicamente neutros e universalizáveis.

No caso da internação do toxicômano, os interesses em jogo envolvem, de um lado, a vida do dependente químico que se encontra em situação de risco, e sua própria liberdade. De outro, a intervenção do Estado, que tem o dever de protegê-lo, a cercear a autonomia do toxicômano, o que propicia o conflito.

A solução da controvérsia poderá resolver-se mediante análise fática dos componentes da dignidade. No plano da dignidade como *valor intrínseco*, a internação deverá justificar-se como fim em si mesmo do próprio indivíduo, não como forma de justificar ou satisfazer determinada política do agente público com fins a segregar os indivíduos toxicômanos, ou seja, deve ser tratado como um fim

em si mesmo a preservar-lhe à vida, e não servir de meio para realização de um fim público ou fins alheios;

No plano da *autonomia*, poder-se-ia invocar a vontade do toxicômano de permanecer no estado em que se encontra, e a viver de acordo com as leis que esta pessoa dá a si mesma, desde que se encontre em estado de consciência, extraída da ideia kantiana de que cada pessoa deve ela própria ditar de acordo com a sua consciência e a sua moral as regras da sua conduta. No entanto, o toxicômano perde esse componente da dignidade porque se encontra desprovido de razão, neste caso, sua liberdade é limitada mediante a intervenção do Estado que tem o DEVER de preservar-lhe a vida como mínimo existencial.

No plano do *valor comunitário*, pode-se admitir, argumentativamente, a existência de deveres de proteção em relação a um direito fundamental do toxicômano e também de terceiros, como mínimo existencial na hipótese de ofensa a direito fundamental caso sejam afetados pela conduta do toxicômano. Neste caso, é DEVER do Estado proteger determinados direitos fundamentais e, eventualmente, tem o dever de proteger a pessoa contra ela própria.

Portanto, com base na análise teórica para se justificar a internação compulsória do toxicômano, pode-se aferir que, em situações caracterizadas na qual o indivíduo possa representar um risco para terceiros ou para si próprio, à internação pode ser admitida invocando a força normativa da Constituição, mediante um sopesamento dos valores que envolver a controvérsia.

Entretanto, tal internação deverá ser efetuada com certo dispêndio de energia por parte do Estado, cujo intuito será o de propiciar ao toxicômano a chance de recuperação. Internar sem investir alguma quantidade de energia é o mesmo que segregar essas pessoas sem dá-lhe a oportunidade de sair daquele universo, viola a **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo democrático é o produto da fusão de ideologias com trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o ideal contemporâneo, significando assim, Estado de Direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, cujo cerne da questão é a força vinculante e supremacia da Constituição.

Com base nessa premissa, pode-se constatar que a norma constitucional, artigo 1º, inciso, III, da Constituição de 88, é de aplicação imediata porque possui força vinculante por se tratar de direito fundamental de mínimo existencial, podendo ser aplicada aos casos complexos, já que a Dignidade Humana é fundamento e norma jurídica constitucional.

No entanto, é preciso reconhecer que há várias situações em que será impossível a conciliação dos interesses em jogo, isto porque a dignidade não é valor absoluto e pode ser relativizada quando houver colisão com outro direito fundamental protegido igualmente pela Constituição.

Essa hierarquia axiológica entre direitos fundamentais será estabelecida sempre à luz do caso concreto, a depender das peculiares circunstâncias de cada caso as quais fornecerão as bases argumentativas para aferir qual direito fundamental prevalecerá naquele caso concreto a partir do sopesamento, por se tratar de direito fundamental.

No caso concreto da internação compulsória do toxicômano, há colisão entre dois direitos fundamentais: o direito à vida e o direito a liberdade. No entanto, para a resolução do conflito se faz necessário uma análise dos três componentes da Dignidade Humana a partir da versão kantiniana do que venha a ser dignidade: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

No plano da dignidade como *valor intrínseco*, a internação deverá justificar-se como fim em si mesmo do próprio indivíduo, não como forma de justificar ou satisfazer determinada política do agente público com fins a segregar os indivíduos toxicômanos, como um fim em si mesmo a preservar-lhe à vida, e não servir de meio para realização de um fim público ou fins alheios;

No plano da *autonomia*, poder-se-ia invocar a vontade do toxicômano de permanecer no estado em que se encontra, e a viver de acordo com as leis que esta

pessoa dá a si mesma, desde que se encontre em estado de consciência. No entanto, o toxicômano perde esse componente da dignidade porque se encontra desprovido de razão, neste caso, sua liberdade é limitada mediante a intervenção do Estado que tem o DEVER de preservar-lhe a vida como mínimo existencial.

No plano do *valor comunitário*, pode-se admitir, argumentativamente, a existência de deveres de proteção em relação a um direito fundamental do toxicômano e também de terceiros, como mínimo existencial na hipótese de ofensa a direito fundamental caso sejam afetados pela conduta do toxicômano. Neste caso, é DEVER do Estado proteger determinados direitos fundamentais e eventualmente tem o dever de proteger a pessoa contra ela própria.

Entretanto, tal internação deverá ser efetuada com certo dispêndio de energia por parte do Estado, cujo intuito será o de propiciar ao toxicômano a chance de recuperação. Internar sem investir alguma quantidade de energia é o mesmo que segregar essas pessoas sem dá-lhe a oportunidade de sair daquele universo, viola a **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**, v. 16, nº 2, jun. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2014.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, 2007. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso Editorial Barcarolla, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINUSCOLI, Alcione Carlos. **A titularidade dos direitos fundamentais por pessoa jurídica de direito público**. 2012. Disponível em: <<http://www1.oab-sc.org.br/artigos/titularidade-dos-direitos-fundamentais-por-pessoa-juridica-direito-publico/497>>. Acesso em: 10 out. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de retrocesso social**. 2010. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190963/dilmanoel.pdf?>>. Acesso em: 17 out. 2015.