

CENTRO UNIVERSITÁRIO FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ENSINO  
PARA OSASCO – UNIFIEO

MARCELO FERNANDES DO NASCIMENTO

**EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Osasco/SP

2014

MARCELO FERNANDES DO NASCIMENTO

**EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* de Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – Osasco, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos.

Orientadora: Professora Doutora Marcia Cristina de Souza Alvim.

Osasco/SP

2014

MARCELO FERNANDES DO NASCIMENTO

**EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Banca examinadora de dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* de Mestrado em Direito da Fundação Instituto de Ensino para Osasco – UNIFIEO, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Resultado:

---

---

---

Osasco, de de 2014.

## AGRADECIMENTOS

À minha orientadora Doutora Marcia Cristina de Souza Alvim que, com seu empenho e comprometimento, foi exemplo de dedicação, e que me deu o privilégio de sua orientação.

Ao corpo docente do Curso do Mestrado que, com graça, transmitiu todos os conhecimentos necessários para essa trajetória acadêmica, com muita propriedade.

Aos colaboradores e funcionários da Secretaria de Pós-Graduação do UNIFIEO, pela atenção dispensada.

## RESUMO

A presente pesquisa propõe analisar a efetivação do princípio fundamental da igualdade nas decisões do Supremo Tribunal Federal sob a proteção da Constituição Federal de 1988, uma vez que esta consagra o princípio da dignidade humana como base fundamental para todos os demais direitos fundamentais. Para tanto, apresenta um esboço histórico da construção e do desenvolvimento do princípio da dignidade humana tanto na esfera internacional quanto na interna, procurando-se ainda, comprovar que os direitos humanos e fundamentais são consagrados universalmente pelos principais instrumentos de proteção jurídica que protagonizam os direitos mais elementares do homem. No que tange ao direito da igualdade, cerne desta pesquisa, procurou-se evidenciar a sua proteção, principalmente perante a Constituição Federal de 1988. Assim, será feita uma análise desse direito primordial com base na dignidade humana, buscando-se demonstrar como esse princípio basilar da igualdade vem sendo aplicado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal. Por ser um direito proclamado pelos Estados Democráticos de Direito, buscar-se-á apresentar como o Supremo Tribunal Federal, na medida em que desenvolve seu papel de guardião da Constituição, quando se tratar de efetivar tal direito, está atingindo seu objetivo de colaborador da consagração de uma sociedade justa e igualitária protagonizada constitucionalmente.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Direito de igualdade. Supremo Tribunal Federal.

## **ABSTRACT**

This research intends to analyze the effectiveness of the fundamental principle of equality in the decisions of the Supreme Court under the protection of the Federal Constitution of 1988, since it establishes the principle of human dignity as fundamental to all other fundamental rights basis. It presents a historical foreshortening of the construction and evolution of the principle of human dignity both in domestic and in the international sphere, seeking to further prove that the fundamental human rights are universally enshrined by the main legal instruments that protect the rights of the most elementary of man. Regarding the right of equality, the core of this research, we tried to highlight their protection, especially in the Federal Constitution of 1988. Thus, an analysis of this fundamental right on the basis of human dignity will be taken, seeking to demonstrate how this basic principle of equality has been applied in Brazil by the Supreme Court. Being a right proclaimed by the United Democratic Law, fetch will be present as the Supreme Court, to the extent that develops its role as guardian of the Constitution, in the case of effecting that right, is reaching its goal of contributor for the consecration of a just and egalitarian society constitutionally carried.

**Key-words:** Human rights. Fundamental rights. Human dignity. Right to equality. Federal Supreme Court.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COM BASE NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA</b> .....	11
<b>1.1 Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana</b> .....	16
1.1.1 Primórdios da história .....	17
1.1.2 Cristianismo: igualdade e a dignidade da pessoa humana .....	20
1.1.3 A Magna Carta da Inglaterra de 1215 .....	29
1.1.4 Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776 .....	32
1.1.5 Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789 .....	35
1.1.6 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 .....	39
<b>2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE</b> .....	50
<b>2.1 Caracterização filosófica da dignidade</b> .....	50
2.1.1 Conceituação de dignidade da pessoa humana .....	56
<b>2.2 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988</b> .....	65
<b>2.3 A proteção constitucional do direito fundamental da igualdade</b> .....	76
<b>3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	92
<b>3.1 Tratamento igual e tratamento desigual nas decisões do Supremo Tribunal Federal</b> .....	93
3.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 e Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 .....	98
3.1.2 Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental 186 .....	109
3.1.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330 .....	117
3.1.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324 .....	123
<b>CONCLUSÃO</b> .....	130
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	132

## INTRODUÇÃO

Frente à proteção constitucional do direito fundamental da igualdade como base de uma sociedade democrática de direito, e com fundamento no princípio primordial da dignidade da pessoa humana, a presente pesquisa tem por escopo discorrer sobre a real efetivação de tal direito pelo Supremo Tribunal Federal, partindo do pressuposto de que a pessoa humana é um indivíduo único, que possui atributos intrínsecos a ela inerentes, cuja presença respalda um tratamento de respeito, não só por parte de seus semelhantes, mas também como por parte da sociedade e fundamentalmente pelo Estado, para a consagração de uma sociedade justa e igualitária.

A dignidade humana não pode ser vista apenas sob o aspecto de atributo inerente ao ser humano, mas também e principalmente sob a ótica de todos os elementos que compõem esse princípio fundamental, de maneira a assegurar uma compreensão da importância e relevância de sua presença nos ordenamentos jurídicos, sobretudo no âmbito internacional no que diz respeito ao respeito do direito de igualdade.

A presente pesquisa visa trazer as etapas relacionadas à construção e desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na Constituição Federal de 1988, como no direito internacional de direitos humanos, para, por fim, buscar entender como esse princípio está sendo aplicado na jurisprudência brasileira, e qual o papel que essa utilização está desempenhando para efetivação do direito de igualdade no atual estado Democrático de Direito.

O primeiro capítulo apresenta um histórico de toda a trajetória de construção conceitual e evolutiva da dignidade humana, até desembocar no conceito como conhecido nos dias de hoje. Nesse capítulo, menciona-se, ainda, a caracterização filosófica, bem como a conceituação de dignidade humana, assim como a diferenciação de expressões inerentes à dignidade, como direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais, tão relevantes também para a compreensão do tema ora exposto.



Fechando o primeiro capítulo, têm-se os principais instrumentos de proteção jurídica internacional dos direitos humanos, que foram sendo elaborados ao longo da história humana, seus avanços e retrocessos, assim como quais serviram de subsídio e fundamento para a proteção jurídica atual, além de considerados mais importantes dentro da evolução histórica da humanidade.

No segundo capítulo discorre-se sobre a proteção constitucional do direito fundamental da igualdade com base no princípio da dignidade humana, tópico esse de suma relevância ao tema, em face da dignidade da pessoa humana estar formalmente consagrada no texto constitucional pátrio, como princípio fundamental assegurado à pessoa humana.

No terceiro e último capítulo tem-se o objetivo de demonstrar como o Supremo Tribunal Federal está se posicionando nas decisões de maior relevância, como forma de contribuição da melhor maneira para a efetivação do direito fundamental da igualdade, direito esse que é assegurado na Constituição Federal de 1988, como inerente a um Estado Democrático de Direito.

Finalizando o terceiro capítulo, apresenta-se uma análise crítico-reflexiva de algumas decisões judiciais para demonstrar, como o princípio da igualdade está sendo efetivado no Supremo Tribunal Federal. Para isso, valeu-se o presente trabalho da fórmula da igualdade do dever de tratamento igual, assim como também do dever de tratamento desigual, como forma de cumprimento dos direitos e princípios fundamentais elencados na Constituição Federal, e assim se desenvolver a igualdade.

O presente estudo constituiu-se por meio de pesquisa e análise de decisões jurisprudenciais, e para tanto foram consultadas obras nacionais e estrangeiras, artigos, teses e dissertações, além de documentos disponibilizados eletronicamente em sites jurídicos, para que se cumprisse o objetivo desta reflexão.

## 1 AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COM BASE NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O tema direitos humanos é uma questão de extrema importância jurídica, no que tange à busca pela proteção e respeito ao princípio da dignidade humana, o qual é primordial para a proteção do direito da igualdade.

Os direitos humanos servem de base para a proteção e o respeito da igualdade, da liberdade e dos demais direitos fundamentais, como meio para busca da paz social e de uma vida digna, e trouxe grandes contribuições para o avanço dos conceitos que temos nos dias de hoje.

Nessa esteira, Adriana Zawada Melo<sup>1</sup> explicita que:

Os direitos fundamentais estão indissociavelmente ligados à liberdade e à dignidade da pessoa humana, que os fundamentam e informam os seus diversos institutos, tanto na Identificação de quais são esses direitos, quanto na interpretação das controvérsias surgidas em torno deles. Na verdade, é justamente essa ligação dos direitos fundamentais com os valores que a eles são subjacentes que, nos dias atuais, embasa e informa a concretização desses direitos.

Vê-se, portanto, que se no pensamento de Adriana Zawada os direitos fundamentais estão estreitamente ligados à dignidade humana, o ser humano está sempre no cerne da proteção, por ser o alvo único da tutela do Estado.

Na fundamentação jusnaturalista, a dignidade é fruto do direito natural, partindo do pressuposto que todos os homens são iguais em dignidade e liberdade.

A proteção aos direitos humanos tem sido, e ainda é até os dias de hoje, da natureza e essência dos regimes constitucionais<sup>2</sup>, portanto uma preocupação de toda comunidade internacional, em vista de acontecimentos presenciados durante a história humana, sobretudo no que diz respeito às barbaridades ocorridas nos meados do século XX, em que o homem percebeu que ações de combate à destruição da espécie humana deveriam ser adotadas.

---

<sup>1</sup>MELO, Adriana Zawada. Informação e direitos fundamentais: A eficácia horizontal das normas constitucionais In: GOZZO, Débora (Coord.) **A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998, p.20.

Adriana Zawada Melo<sup>3</sup> assevera que:

No mundo pós Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser um dos valores mais caros à humanidade, espalhando-se da esfera filosófica para o discurso político e para sistemas jurídicos.

Foi nessa fase que o homem se empenhou em elaborar documentos e declarações cujos teores eram voltados à proteção humana, e com reconhecimentos de que a dignidade humana deve estar em posição de soberania em relação a todo e qualquer outro interesse que não seja o de respeitar o próximo por sua qualidade humana.

Mister se faz ressaltar que os abusos cometidos pelo nazismo como um todo durante o século XX na Segunda Guerra Mundial fizeram com que o homem entendesse a necessidade de proteger a dignidade humana.

Marcia Cristina de Souza Alvim<sup>4</sup> afirma que:

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, embora pareça nos saltar aos olhos como uma condição basilar, quase óbvia, para o estabelecimento de uma harmoniosa convivência social, é na verdade, condição que demanda constante luta e conquista, bem como uma vigilância permanente para que não venha a ser aviltada ou a se perder.

O caminho adotado pelo Brasil e pela comunidade internacional, em matéria de direitos humanos, “confirma a convicção da comunidade internacional, assentada nas trágicas experiências da Segunda Guerra Mundial, de que o respeito pelos direitos humanos é a base para a paz”<sup>5</sup>.

Para Paulo Bonavides<sup>6</sup>, “o direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes, pequenas, em todas as esferas”.

Dessa forma, esses acontecimentos foram essenciais para que fosse assinada, em 1945, a Carta de intenção da Organização das Nações Unidas – ONU,

---

<sup>3</sup> MELO, Adriana Zawada.. Informação e direitos fundamentais. A eficácia horizontal das normas constitucionais In: GOZZO, Débora (Coord.) **A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

<sup>4</sup> ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A educação e a dignidade da pessoa humana. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Org.). **Direitos humanos fundamentais**: positivamente e concretização. Osasco: Edifio, 2006. p. 183.

<sup>5</sup> SYMONIDES, Janusz. **Direitos Humanos**: novas dimensões e desafios. Brasília: UNESCO, 2003, p. 23.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 580.

conforme declara Ana Isabel Xavier<sup>7</sup>, que foi ratificada por 2/3 dos 51 países fundadores, cujo teor, posteriormente já fora ratificado por vários países, contando com a adesão de 192 países membros.

Com isso, o entendimento que deve permear todas as ações humanas é no sentido de proteção, ou seja, devem estar pautadas e racionalizadas na premissa maior da autoconsciência de que toda e qualquer pessoa é sujeito de direitos e que não podem ser submetidos a nenhum outro valor que não o de primazia dos direitos fundamentais fundamentados na dignidade humana.

Laercio Dias de Moura<sup>8</sup> assevera que:

Em qualquer circunstância, mesmo prescindindo da pertinência comum a uma mesma instituição social, todo e qualquer ser humano deve a todo e qualquer outro ser humano um tratamento que decorre para ambos de sua dignidade de pessoa.

Deve-se ter claro que tal reconhecimento se deu pela conscientização pelo homem do seu alto grau de potencialidade em promover sua autodestruição, a saber, o potencial de destruir uns aos outros, a sua própria espécie.

Para melhor entendimento sobre a distinção entre o princípio da dignidade humana e os direitos humanos, é primordial discorrer sobre conceito dos dois institutos, assim como origem, evolução e transformação do princípio da dignidade humana. Para isso, é necessário entender as fases da história humana, e marcos divisórios dessa evolução.

A dignidade humana tem sido considerada princípio de base fundamental, portanto um norte necessário para toda a comunidade internacional, no que tange ao princípio de regência e de fundamento na ordem político-jurídica internacional e também nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados democráticos nos dias atuais.

Segundo Guilherme Braga Peña de Moraes<sup>9</sup>:

---

<sup>7</sup> XAVIER, Ana Isabel. **ONU**: A Organização das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/abc/onu/onu\\_humana\\_global\\_onu.pdf](http://www.dhnet.org.br/abc/onu/onu_humana_global_onu.pdf)>. Acesso em: 02.nov. 2013.

<sup>8</sup> MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos**: O ser humano num mundo em transformação. Rio de Janeiro: PUC, 2002, p. 101.

<sup>9</sup> MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997, p. 39.

O último momento da evolução teórica dos direitos fundamentais é identificado pela proteção internacional, de maneira que esses mesmos direitos que, outrora eram assegurados somente pelos Estados e cujo ordenamento jurídico emanavam, mediante o surgimento dos direitos difusos, adquirem a possibilidade de serem resguardados por instâncias internacionais.

Assim, no âmbito internacional, cada vez mais o princípio da dignidade humana tem sido utilizado como fundamento constitucional para todas as demais normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, de modo a se buscar uma proteção aos direitos humanos a toda e qualquer pessoa, e assim evitar que novamente o ser humano seja capaz de reviver dias tão terríveis como aqueles vividos durante a Segunda Guerra Mundial.

No liberalismo clássico, cada homem era naturalmente possuído de vida, liberdade e busca da felicidade<sup>10</sup>. Era considerado como sujeito cuja qualificação estava relacionada ao direito natural, que nasce com o homem, que lhe é inerente.

Em meados de 1789, a França viveu um dos maiores movimentos de sua história, em busca da dignidade humana, cujo slogan era o de igualdade, liberdade e fraternidade, conceitos esses que traduzem o âmago do significado da dignidade humana. A partir dessas constatações, Erick Hobsbawn<sup>11</sup> afirma:

Os descontentamentos sociais, os movimentos revolucionários e as ideologias socialistas do período pós-napoleônico intensificaram este dilema, e a revolução de 1830 tornou-o mais agudo. O liberalismo e a democracia pareciam mais adversários que aliados; o tríptico slogan da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade - expressava melhor uma contradição que uma combinação.

Foi nesse linear que a Declaração Universal dos Direitos Humanos fez ressurgir tais ideais, fazendo com que a positivação de direitos humanos esteja sempre em primeiro plano.

Laercio Dias de Moura<sup>12</sup> realça que é importante considerar que:

Esta Declaração (a Declaração Universal dos Direitos Humanos e 1948) foi aprovada por representantes de povos os mais diversificados por sua raça, cultura e religião, mostrando que, apesar de todas as diferenças existentes, há hoje uma consciência universal

<sup>10</sup> HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções**, 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 327.

<sup>11</sup> HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções**, 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 334.

<sup>12</sup> MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos: O ser humano num mundo em transformação**. Rio de Janeiro: PUC, 2002, p. 10.

do valor da pessoa humana, que é revestida de uma dignidade que se impõe a todos, e dotada de direitos inalienáveis e iguais, que devem ser respeitados.

Assim sendo, pode-se afirmar que a preocupação dos Estados é expressar logo nos textos constitucionais tudo que envolve as proteções ainda que implícitas da dignidade humana, cujo valor tem alta carga axiológica, de modo que os “princípios jurídicos apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais”<sup>13</sup>, e devem permear todos os demais dispositivos e diplomas do ordenamento jurídico.

No que tange às características inerentes à pessoa humana, estas podem ser vistas tanto sob o aspecto intrínseco como no extrínseco. Não há de se olvidar que é da essência do ser humano ter dignidade, e essa essência tem sido colocada cada vez com mais frequência como princípio constitucional.

No decorrer da história, a dignidade humana tem sido reconhecida da forma como deve ser reconhecida, e essa virtude é cada vez mais latente na comunidade moderna, devido aos avanços adquiridos pelos estudos e reflexões sobre o tema.

Jürgen Habermas<sup>14</sup> explica que:

Os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberdade, à escolha da profissão, à propriedade, à inviolabilidade da residência, etc. constituem interpretações e configurações do direito geral à liberdade no sentido de um direito a iguais liberdades subjetivas.

Durante todo o período histórico da humanidade, jamais a preteção aos direitos do homem teve tanta relevância jurídica como nos dias atuais, em que a globalização tem sido de fundamental importância para concretização e efetivação do princípio da dignidade humana, tão importante para a continuidade da espécie humana.

Nessa direção, Célia Rosenthal Zisman<sup>15</sup> assevera que o desenvolvimento dos meios de comunicação e a intensificação do comércio fizeram com que

---

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 163.

<sup>15</sup> ZISMAN, Célia Rosenthal. **O Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 109.

houvesse uma proximidade maior entre os homens nas duas últimas décadas do século XX, época essa em que os avanços tecnológicos, internet, mídia e agilidade dos meios de transportes, trouxeram uma nova concepção de humanidade, e acrescenta:

Tal sentimento de proximidade traz ao homem a percepção da existência de recursos para atuar além de seu próprio espaço, fazendo valer a dignidade em territórios alheios ao seu, visto que o que se passa ao lado se passa dentro de seu próprio mundo, e o sentimento de dignidade é universal.

Partindo dessa premissa, não mais se pode admitir a não efetivação do princípio da dignidade humana, pois o bem tutelado é a pessoa humana, por seu valor intrínseco absoluto e supremo. É com base nesse valor advindo do atributo humano de cada pessoa que o direito deve buscar como centro o bem comum à pessoa humana.

Com a globalização, o constitucionalismo tem auxiliado no desenvolvimento de uma nova ordem constitucional internacional baseada em um estado democrático de direito, cujos ordenamentos jurídicos buscam proteger a pessoa humana e sua dignidade, com princípios essenciais, como a liberdade, a igualdade e justiça.

O que se busca é evitar atos brutais contra a pessoa humana, como os ocorridos durante a segunda guerra mundial, e cada vez mais presenciar tratamento digno e igualitário a todos, sem qualquer justificativa para se desviar dessas diretrizes, que se fundamentam nos direitos humanos. No centro dos direitos humanos deve estar o homem, dotado de igualdade e dignidade humana como fins supremos de cada ser humano.

E para melhor entender a fundamentação da proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos e fundamentais, passa-se a ser apresentado um breve esboço da trajetória histórica da busca pela concretização de tais direitos.

### **1.1 Desenvolvimento histórico dos Direitos humanos e da dignidade da pessoa humana**

Os direitos humanos têm sido ao longo da história humana uma preocupação da comunidade internacional, cujo tema tem sido alvo do ser humano, como forma de proteção e preservação da espécie humana, e servem de base para proteção e respeito da igualdade e demais direitos fundamentais, como meio para busca da paz social e de uma vida digna.

O homem tem despendido grande esforço no sentido de garantir proteção aos direitos humanos, o que ensejou a elaboração de documentos e declarações com teores voltados aos direitos humanos, cujo postulado-guia está na proteção do ser humano, onde o conceito tradicional de soberania estatal cede espaço à dignidade humana<sup>16</sup>.

#### 1.1.1 Primórdios da história

Os primeiros relatos localizados a respeito dos direitos humanos datam da época egípcia e mesopotâmica, entre 2394 e 1694 anos antes de Cristo, sendo o documento mais antigo encontrado pelo homem, o Código de Hamurabi, composto por um conjunto de leis com os primeiros direitos, com alguns traços protetivos ao ser humano, conforme relatos de Alexandre de Moraes<sup>17</sup>, seguido pelo Código de Manu, na Índia, e pela Lei das XII Tábuas, na Roma Antiga.

Não obstante o Código de Hamurabi ser considerado um dos primeiros códigos jurídicos encontrados nos primórdios da civilização, John Gilissen<sup>18</sup> assevera que: “ainda que não se encontre nenhuma exposição geral do sistema jurídico, estes ‘códigos’ constituem, no entanto, os primeiros esforços da humanidade para formular regras de direito”.

O Código de Hamurabi “era um bloco de 2,25m de altura por 1,90m de circunferência na base, e esculpido em alto e baixo relevo, com decretos de

---

<sup>16</sup> RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo, Os Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: Interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 171.

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 6.

<sup>18</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 61.



equidade, redigidos na parte inferior do código de pedra, em 46 colunas, com texto de 3600 linhas<sup>19</sup>. Tal código<sup>20</sup> se refere a um conjunto de leis datado de 1780 a.C. de uma das civilizações mais antigas do mundo, a Babilônia. É considerado um documento de grande importância por ser o primeiro código escrito que previa algumas regras relacionadas a Direitos humanos, como direito à vida e à propriedade.

Vê-se nos relatos de Jayme Altavila<sup>21</sup>, a respeito dos dispositivos contidos no Código de Hamurabi, cujo teor fora traduzido parcialmente por Pietro Bonfante como *Le Leggi di Hammurabi, Re di Babilonia*, que a intenção do código era buscar uma forma de proporcionar à sociedade da época uma forma de equidade. Isso demonstra que já naquela época o homem vislumbrava, ainda que como por um espelho embaçado, medidas protetivas de igualdade inerentes aos seres humanos.

Já o Código de Manu<sup>22</sup> é proveniente da Índia, e sua elaboração se deu entre os anos de 1300 e 800 a.C. Nele também constam algumas regras relacionadas a alguns direitos, que já podem ser considerados alguma espécie de direitos humanos. O livro quarto é um claro exemplo de evidências de direitos humanos, como se pode ver:

Livro quarto: Ratifica como de fundamental importância o princípio de que qualquer meio de subsistência é bom se não prejudica, ou prejudica o menos possível, os outros seres humanos e ensina de que maneira, honesta e honrosa, se pode procurar como e do que viver.

Além do código de Hammurabi, apesar de não haver nenhum documento escrito que trouxesse proteções e reconhecimentos acerca de atributos próprios do homem, os gregos, por meio da filosofia deram início à reflexões sobre a dignidade humana, principalmente nas obras “A República”, de Platão<sup>23</sup>, onde este define a tarefa do jurista em descobrir as leis justas e buscar o justo, e “A Política”, de

<sup>19</sup> ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001, p. 37-38.

<sup>20</sup> Código de Hamurabi - aproximadamente 1780 a.C. Disponível em: <[http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/codigo\\_hamurabi.pdf](http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/codigo_hamurabi.pdf)> Acesso em: 16. nov.2013.

<sup>21</sup> ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9ª ed., São Paulo: Ícone, 2001, p. 39.

<sup>22</sup> MANUSRTI. **Código de Manu** (200 A.C. e 200 D.C.). Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>>. Acesso em: 16. nov.2013.

<sup>23</sup> PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

Aristóteles<sup>24</sup>, onde o filósofo afirma ser o homem um ‘animal político’ que se relaciona com os demais homens da sociedade, integrando-se na comunidade e, portanto, por ser um ser social está dotado de direitos fundamentais.

Laércio Dias de Moura<sup>25</sup> comenta que:

Houve na Grécia uma experiência conspícua da organização da comunidade mais ampla, ou seja, a das cidades gregas, das quais algumas se tornaram famosas, como Atenas e Esparta. [...] com significado de uma organização jurídica que dá estrutura a toda vida social de um grupo mais complexo.

Teve significativa importância filosófica a cultura grega para a evolução do conceito do tema dignidade do ser humano, porém foi no contexto Cristão que o tema se tornou mais amplo<sup>26</sup>, e o homem passou a ter um atributo até então considerado apenas filosoficamente, que é ser a imagem e semelhança do próprio Deus criador de todo o universo.

Fábio Konder Comparato<sup>27</sup> muito bem explicita que “o Cristianismo, em particular, levou às últimas consequências o ensinamento ecumênico de Isaías, envolvendo-o na exigência de amor universal”. Assim, verifica-se que o homem, por meio do Cristianismo, passa a ser igual em decorrência de seu criador.

Pode-se entender por igualdade essencial que todos são iguais, por estarem na condição de seres humanos dotados de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais, como fundamentos para afirmação da existência de direitos universais, porque a eles inerentes, conforme assevera o mesmo autor<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Para Aristóteles, o conceito de direito surge da concepção de justiça, de acordo com uma distribuição proporcional dos elementos sociais, ou seja, o direito se inicia como algo exterior ao homem, como uma igualdade que se mostra através da proporcionalidade das coisas apresentadas pela natureza, sendo que as relações do homem devem caminhar para a concretização de uma justiça geral. ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

<sup>25</sup> MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos: O ser humano num mundo em transformação**. Rio de Janeiro: PUC, 2002, p.113-114.

<sup>26</sup> MARTINS, Fladimir Jeronimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 22.

<sup>27</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-24.

<sup>28</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-24.

### 1.1.2 O Cristianismo: igualdade e a dignidade da pessoa humana

Como explicitado, foi com o Cristianismo que a ideia de igualdade entre os homens tomou proporções alarmantes para a comunidade da época, uma vez que esse posicionamento os tornava definitivamente senhores de um valor interno absoluto, inerente a todo e qualquer homem, simplesmente pelo fato de possuir a condição de ser humano.

A igualdade era pautada sob o fundamento de que todo homem era feito à imagem e semelhança de Deus, condição essa que lhe conferia o direito de ser reconhecido como possuidor de dignidade humana.

As ideias advindas do Cristianismo faziam com que os homens fossem vistos em condições de igualdade, por possuírem um atributo inerente somente aos seres humanos, que é o livre arbítrio, conceito esse que impossibilitava, a partir de então, que qualquer pessoa fosse exposta a decisões arbitrárias de outro ser humano, mesmo que qualquer um fosse rotulado como inferior por outros que se julgassem superiores.

Ressalta-se que, nesse segundo momento histórico da humanidade, o Cristianismo veio para romper com toda uma estrutura de exploração do ser humano, trazendo as primeiras ideias de garantia da dignidade humana, afirmando que o homem, como ser humano, isto é, tanto o homem como a mulher foram feitos à imagem e à semelhança de Deus, tendo a qualidade de portadores de um valor intrínseco somente deles.

Para Edgar Bodenheimer<sup>29</sup>, muitos pensadores cristãos foram influenciados por Platão, Aristóteles e pelos estoicos, muito embora as ideias produzidas pela filosofia da Antiguidade fossem interpretadas à luz da teologia e das doutrinas da Igreja cristã.

Com efeito, correto é afirmar que foi com o advento do Cristianismo que a prática da bondade, em nome da fé em um ser supremo e que todas as coisas criou,

---

<sup>29</sup> BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Eneas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 35.

ganhou espaço, destruindo todo o sistema político de exploração existente anteriormente.

Adriana Zawada Melo<sup>30</sup> afirma que de fato:

O cristianismo fez surgir uma nova concepção sobre o ser humano, totalmente estranha à Antiguidade, consistente na máxima de que todos os seres da espécie humana são filhos de Deus e compartilham da mesma dignidade, devendo uns valorizarem e ajudarem os outros.

Era a esfera pública, sendo desmascarada pelos discursos do cristianismo, que valorizavam somente as concepções divinas de igualdade entre todos os homens e a vida eterna, e seu caminho era a fé, a fraternidade, dons esses advindos do Criador, que derrubavam todo aquele sistema.

Pode-se dizer que “o Cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego”<sup>31</sup>, que por meio dos ensinamentos conferia a cada ser humano criado por Deus um valor absoluto interno e inalienável.

Nesse sentido, a concepção de dignidade humana busca fundamentos que possibilitam a afirmação histórica na doutrina do Cristianismo, o que permitiu com que fosse revelado o valor intrínseco da vida humana<sup>32</sup>.

É nessa linha de raciocínio que o conceito de dignidade humana se desenvolveu, buscando suas raízes na história da religião, em que o próprio Deus atribui ao homem uma condição de igualdade, que o eleva a um patamar mais elevado.

Nesse mesmo viés, Eduardo C. B. Bittar<sup>33</sup>, ao tratar do tema relacionado aos pensamentos cristãos, afirma que:

<sup>30</sup> MELO, Adriana Zawada. Informação e direitos fundamentais. A eficácia horizontal das normas constitucionais In: GOZZO, Débora (Coord.) **A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

<sup>31</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 119.

<sup>32</sup> ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana**: Valor-fonte da ordem jurídica. Revista Imes, p. 29-43, jan./jun. 2002. Disponível em: [http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/208/2/PROF.\\_VANDER\\_-\\_A\\_DIGNIDADE\\_DA\\_PESSOA\\_HUMANA\\_COMO\\_VALOR\\_FONTE\\_DA\\_ORDEM\\_JUR%C3%8DDIC\\_A.pdf](http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/208/2/PROF._VANDER_-_A_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA_COMO_VALOR_FONTE_DA_ORDEM_JUR%C3%8DDIC_A.pdf). Acesso em: 02.mar.2014.

<sup>33</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais**: positivação e concretização. Osasco: Edifício, 2006, p. 41.

[...] a dignidade da pessoa humana é a convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa data na cultura ocidental, e se manifesta na concepção cosmológica de responsabilidade ética dos estoicos, e ganha profundo alento com o desenvolvimento do pensamento cristão, especialmente considerada a cultura da igualdade de todos perante a criação.

Foi com o Cristianismo, ao mostrar que o homem tinha uma identidade com Deus, por ter sido criado, que se pôde considerar como sendo atributo intrínseco inerente apenas ao ser humano, que cada pessoa é vista como dotada desse valor próprio portanto, apenas da pessoa humana.

A importância desse pensamento está nos subsídios fornecidos para se chegar à concepção de dignidade humana que se tem hoje, dignidade essa como valor supremo e absoluto, que deve ser respeitado por todos em toda e qualquer situação, independente de raça, origem, crença ou ideologia.

Não obstante a dignidade humana ter sido mostrada por meio da igualdade do ser humano com Deus no Cristianismo, a Igreja mostrada por Cristo sempre existiu na mente de Deus, antes da fundação do Universo, e reproduz a carta de Paulo aos Efésios, como base para tal alegação: “Como também nos elegeu nele antes da fundação do mundo, para que fôssemos santos e irrepreensíveis diante dele em amor”<sup>34</sup>.

Seguindo essa linha de pensamento, Eduardo Ramalho Rabenhorst<sup>35</sup> entende que, por ser a dignidade humana um atributo inerente a cada indivíduo, que assegura a todos indivíduos um tratamento fundado no respeito e consideração, além de ser um atributo de caráter moral, trata-se de um valor peculiar que só pode ser imputado à pessoa, devido a sua condição humana. Desse modo, pode-se dizer que dignidade tanto é um direito como um princípio.

Nesse aspecto, as escrituras trazem explicitamente a diferença marcante entre a criação divina do homem em relação aos demais seres vivos, como se pode

---

<sup>34</sup> BÍBLIA Sagrada: nova versão internacional. Tradução da Comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Vida, 2000, Ef, 1, 4, p. 936.

<sup>35</sup> RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 15.

encontrar na versão bíblica, acerca da igualdade humana para com Deus<sup>36</sup>, e sua diferenciação para com as demais espécies:

25. Deus fez, portanto todas as feras selvagens segundo as suas espécies, os rebanhos domésticos conforme as suas espécies: répteis e todos os demais seres vivos, cada qual de acordo com sua espécie. E observou Deus que isso era bom.

26. Então Deus determinou: Façamos o ser humano, à nossa imagem, de acordo com a nossa semelhança. Dominem eles sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os grandes animais e todas as feras da terra, e sobre todos os pequenos seres vivos que se movem rente ao chão.

27. Deus, portanto criou os seres humanos à sua imagem, à imagem de Deus os criou, macho e fêmea os criou.

A respeito das escrituras sagradas, é de se dizer que o homem é tratado como o ápice da criação, cuja igualdade com Deus lhe confere status da mais alta grandeza no Universo, em que “cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação”, conforme assevera Celso Lafer<sup>37</sup>.

Pretende-se assim destacar que, com os ensinamentos do Cristianismo, a convivência humana deve se dar de forma respeitosa em relação ao próximo e semelhante, de modo que a dignidade respeitada venha harmonizar as relações e promover a paz social, não podendo haver, portanto qualquer forma de poder imposto de forma unilateral.

Assim, no Cristianismo a dignidade passou ser atributo inerente à condição humana, cuja criação divina tenha concedido o privilégio e a prerrogativa de ser a imagem e a semelhança do seu próprio criador, sendo dotado, portanto, de um atributo supremo, irrenunciável e inalienável, e que não comporta, portanto, a imposição de decisões arbitrárias ao semelhante.

A igualdade entre todos os homens, mostrada pelo pensamento cristão, está composta na dignidade humana pelo simples fato da existência das pessoas como humanas, o que as torna, justamente por isso, criadas à imagem e à semelhança de

---

<sup>36</sup> BÍBLIA Sagrada: nova versão internacional. Tradução da Comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Vida, 2000, Gn, 1, 25;27, p. 1.

<sup>37</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 119.

Deus, e é nesse contexto que o homem é dotado do atributo que só a ele é conferido, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, interessante se faz reproduzir as palavras do apóstolo Paulo ao se reportar aos Gálatas, acerca da igualdade entre os homens, relacionando-a com a semelhança deles com Deus, sob o fundamento nas ideias Cristãs<sup>38</sup>: “Já não há judeu nem grego, escravo ou livre, rico ou pobre, homem ou mulher, porque todos vocês formam um só Corpo, que é o próprio Corpo de Jesus Cristo”.

Paulo não quis dizer que com o Cristianismo o mundo não teria mais mulheres nem homens, ricos nem pobres, ou seja, que essas classes desapareciam, mas ao que Paulo se referia era a igualdade em Deus pela criação, portanto, que essas características não poderiam mais servir de base para tratamentos desiguais que hierarquizassem a sociedade.

Com essa noção de igualdade trazida pelo Cristianismo, e confirmada por Paulo, o homem teve condições de enxergar-se digno de respeito, e mesmo de tratar seu semelhante com igualdade e com dignidade, ato este cujo fundamento está na semelhança entre ele e o criador de todas as coisas, cada uma segundo a sua espécie, realçando-se, porém, que quanto ao homem, Deus preferiu criá-lo a sua imagem e semelhança.

Dessa feita, a dignidade e a igualdade entre os homens permaneceram por muito tempo apenas no plano espiritual e subjetivo, resumindo-se tão-somente nas reflexões de filósofos e estudiosos, que, com suas ideias, foram essenciais ao pensamento que conhecemos hoje.

Não obstante os princípios basilares da igualdade e da dignidade humana, deixados pela doutrina cristã, terem ficado mais no plano espiritual subjetivo do que na prática, isso não retira a importância desse pensamento para o desenvolvimento do conceito atual de dignidade humana.

Inadmissível, portanto, esquecer-se de mencionar que, muito embora as primeiras formas de proteção à dignidade humana por meio da igualdade e da

---

<sup>38</sup> BÍBLIA Sagrada: nova versão internacional. Tradução da Comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Vida, 2000, Gl 3:28, p. 934.

liberdade de cada um terem sido citadas pelo Cristianismo<sup>39</sup>, é nele mesmo que se tem pela primeira vez o relato de privação da liberdade:

O Senhor Deus, pois, o lançou fora do jardim do Éden, para lavrar a terra de que fora tomado. E havendo lançado fora o homem, pôs querubins ao oriente do jardim do Éden, e uma espada inflamada que andava ao redor, para guardar o caminho da árvore da vida.

Pode-se observar pelo relato bíblico que o jardim do Éden era o lugar perfeito para uma vida digna, nos moldes de uma criatura feita à imagem e semelhança de Deus, como fora feito o homem, mas, não obstante tamanha dádiva vinda de Deus, o homem optou, por seu livre arbítrio, desobedecer, e a consequência veio em forma de privação de sua liberdade de permanecer naquele jardim paradisíaco.

Nesse sentido, relevante se faz classificar a proibição de permanência no jardim do Éden, o paraíso que Deus havia preparado para o homem viver, como uma regra proibitória sob os moldes de uma sanção.

Essa sanção que priva o ser humano de parte de sua liberdade não retira da pessoa a capacidade de ser sujeito de direitos.

Nesse momento histórico, era o pensamento cristão que permeava a ideia de dignidade humana, pois os ensinamentos advindos do cristianismo mostraram que havia uma ligação entre Deus, como criador, e o ser humano, como criatura concebida à sua imagem e semelhança. A vida dada ao homem era a própria vida do Deus vivo, o criador.

Sendo o homem portador da vida do próprio Deus, conforme elucida o livro sagrado, ao mencionar que Deus soprou do fôlego de vida nas narinas do boneco feito à sua imagem e semelhança, disponibilizou-se também a dignidade, que tem por pressuposto a liberdade, que as pessoas têm de serem sujeitos de direitos.

Daí dizer que a violação de qualquer atributo inerente a essa condição humana da criação de Deus seria desrespeitar a vontade do próprio Criador, que era tratar o seu semelhante como gostaria de ser tratado, como se pode constatar quando Cristo falou que os mandamentos dele eram no sentido de que uns

---

<sup>39</sup>BÍBLIA Sagrada: nova versão internacional. Tradução da Comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Vida, 2000, Gn 3,23-24, p. 3.



amassem aos outros como ele mesmo os tinha amado, reportando-se à morte dele pela vida de toda a humanidade.

Nesse contexto, a racionalidade disponibilizada a todo ser humano na criação de Deus à sua imagem e semelhança faz com que todos tivessem dignidade, cujo fundamento se dava pela criação do ser humano não como objeto, como até então visto por alguns, mas como um fim em si mesmo.

Torna-se salutar trazer a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>40</sup>, concernente aos desrespeitos e arbitrariedade que violam a dignidade humana:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Para isso, a dignidade é o fundamento de todas as relações sociais, atribuindo essa característica a ambas as partes envolvidas, impedindo, portanto, que beneficie apenas um dos polos da relação, sendo ainda insuscetível de renúncia ou alienação por um desses polos.

Nas palavras de Vander Ferreira de Andrade<sup>41</sup>, ao tratar da condição humana, dispõe que “a criação recebe ao certo a carga hereditária, mesma genética de seu criador, com todas as virtudes e defeitos”, tornando-se pessoa criada como ser à imagem e semelhança de Deus. Dessa forma, dotados de livre escolha que ao homem foi concedida, para que seja capaz de adquirir conhecimento e de se aprimorar constantemente como filhos do Deus Altíssimo<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68.

<sup>41</sup> ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana**: Valor-fonte da ordem jurídica. Revista Imaes, p. 29-43, jan./jun. 2002. Disponível em: [http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/208/2/PROF.\\_VANDER\\_-\\_A\\_DIGNIDADE\\_DA\\_PESSOA\\_HUMANA\\_COMO\\_VALOR\\_FONTES\\_DA\\_ORDEM\\_JUR%3%8DDICA.pdf](http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/208/2/PROF._VANDER_-_A_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA_COMO_VALOR_FONTES_DA_ORDEM_JUR%3%8DDICA.pdf). Acesso em: 02.mar.2014

<sup>42</sup> MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 61.

Nesse mesmo sentido, para Pico Della Mirandola<sup>43</sup>, o homem é o ponto culminante da criação divina, por sua condição de superioridade hierárquica, por racionalidade, livre arbítrio e capacidade de se autodesenvolver, tornando-se além do que fora criado como ser à imagem e semelhança de Deus.

Os animais possuem cérebro que lhes dá condições de ter apenas instinto, mas os mamíferos, também um cérebro que lhes proporciona emoções, como ciúme, raiva, necessidade de demarcação de território. Todavia, dentre todos os seres vivos, apenas o homem possui também, além desses cérebros mencionados, o cérebro racional.

A racionalidade humana faz com que a vida do homem seja no sentido de existência e não apenas de viver por viver. Nesse sentido, Pico Della Mirandola<sup>44</sup> afirma que é precisamente a capacidade racional que permite ao homem tomar consciência da sua dimensão como ser livre, “dotado do poder de se constituir segundo aquilo que quiser ser”.

A diferença entre a espécie humana e os demais seres vivos da natureza está no fato de o ser humano poder se autodesenvolver, diferentemente dos demais animais, que têm apenas instinto e emoção, mas não capacidade de raciocínio.

Immanuel Kant,<sup>45</sup> afirma que “o homem existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” e dessa forma não pode deixar se permitir que seja tratado como objeto ou qualquer outra coisa inanimada, assim como não ser subjugado ao arbítrio de um terceiro.

Com efeito, correto é afirmar que a nova concepção e ensinamentos trazidos pelo Cristianismo fizeram com que a dignidade humana passasse a fazer parte da consciência da humanidade, com muita semelhança ao que se conhece nos dias de hoje.

---

<sup>43</sup> MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 57.

<sup>44</sup> MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução: Maria de Lourdes Sirgado Ganho, Edições 70, 2010, p. 22.

<sup>45</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: 2007, p. 68.

Importante se faz ressaltar, entretanto, as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>46</sup> acerca do pensamento de Santo Tomás de Aquino:

De particular relevância, que além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.

Assim, também na visão do referido autor<sup>47</sup>, o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista.

Não obstante essa racionalidade disponibilizada na criação divina, George Marmelstein<sup>48</sup> afirma que, em um ambiente em que o Estado é absoluto, não há espaço para o livre desenvolvimento do pensamento, uma vez que aqueles que se aventuram a apresentar ideias mais progressistas são uma ameaça à estabilidade política e religiosa, ainda que essas ideias possam ser demonstradas pela razão e pela ciência.

Conforme assevera Edgar Bodenheimer<sup>49</sup>, pode-se notar em relatos de Santo Agostinho que as leis de Deus eram resguardadas pela Igreja, cujo desdobramento podia ser notado pela paz na convivência humana. O Estado estava subordinado às ordens da Igreja e tinha a missão de ampará-la em suas decisões. As leis humanas eram concretizadas, mas sempre em consonância com as leis de caráter divino.

Não é de se olvidar que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas ideias-chaves que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 38.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 38.

<sup>48</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 42.

<sup>49</sup> BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do direito**: filosofia e metodologia jurídicas. Tradução de Eneas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 36.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 38.

Após São Tomás de Aquino, outra época de alta relevância para o entendimento do desenvolvimento de direitos humanos é a Idade Média, quando a ideia de limitação de poder volta a tomar força e a existirem direitos comuns aos cidadãos<sup>51</sup>.

Importante ressaltar, que nesse período histórico, os direitos eram conferidos apenas a uma pequena parcela da sociedade, de acordo com a classe a que se pertencia, havendo uma segregação em relação aos privilégios concedidos, de acordo com a influência social<sup>52</sup>.

Inicia-se um período em que o homem começa a ver a necessidade de ser colocado no centro das questões sociais e políticas, reclamando assim uma nova maneira de ser enxergado no interior das sociedades, livre do arbítrio daqueles que mantinham o poder e digno de consideração em relação aos seus direitos fundamentais.

### 1.1.3A Magna Carta da Inglaterra de 1215

John Gilissen<sup>53</sup> aponta que foi em 1215, na Inglaterra, sob o reino de João Sem Terra, que a Carta Magna, considerada o primeiro documento escrito a cogitar e positivar alguns privilégios feudais, impôs ao rei respeito às regras preestabelecidas pela sociedade nobre, que vinculavam também o monarca.

A Carta Magna da Inglaterra, de 1215, já possuía alguns fragmentos de direitos, mas direitos que não diziam respeito aos direitos universais, pois privilegiavam ainda apenas uma pequena parcela da população, que tinha alguma influência social, econômica ou cultural, em relação aos demais cidadãos da

---

<sup>51</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 152.

<sup>53</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 424.

época<sup>54</sup>. Foi, porém, um documento distintivo que fez com que, cada vez mais, os direitos humanos passassem a fazer parte de toda comunidade internacional.

Merecem menção as palavras de Célia Rosenthal Zisman<sup>55</sup>, ao afirmar que:

A mais célebre das Cartas foi a Magna Carta Libertatum, extraída pela nobreza inglesa do Rei João Sem Terra, em 1215. O rei estava enfraquecido por haver sofrido derrotas militares. Por conta disso, firmou a Magna Carta, que conferia direitos aos súditos em troca de reforço do poder real.

A referida autora<sup>56</sup> afirma ainda que se pode atribuir a consagração da liberdade pessoal e da segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário à Magna Carta de 1215, pois ela consagrava o devido processo legal como garantia de tais direitos fundamentais.

Para José Afonso da Silva<sup>57</sup>, ainda que a Magna Carta de 1215 fosse um documento feudal, feito para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres:

[...] isso não exclui o fato de que ela se tornasse um símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês e servindo de base a que juristas, especialmente Edward Coke, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês.

Vê-se com isso, que esses privilégios, mesmo que de cunho feudal, e dirigidos apenas para uma classe da população, já podem ser considerados alguma espécie de direitos humanos, ainda que não universais, como já citado, mas que já limitavam os poderes do Rei, por lei, a proteger os privilégios de alguns súditos.

Acerca dos privilégios concedidos à burguesia, George Marmelstein<sup>58</sup> afirma que:

[...] a descoberta de novos mundos e o conseqüente incremento do comércio internacional fizeram com que a burguesia – classe social até então sem qualquer importância política – passasse a

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 152.

<sup>55</sup> ZISMAN, Célia Rosenthal. **O Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, IOB Thompson, 2005, p. 57.

<sup>56</sup> ZISMAN, Célia Rosenthal. **O Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, IOB Thompson, 2005, p. 57.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 152.

<sup>58</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 43.

desempenhar um papel econômico de destaque. Como consequência natural, já que quem tem o poder econômico tende a buscar o poder político, a burguesia passou a exigir também maior participação na condução dos negócios públicos.

Cabe frisar as palavras de Ingo Wosfang Sarlet<sup>59</sup> a respeito da Magna Carta de 1215:

Trata-se de pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos direitos consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns “direitos” e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

A consciência de abusos cometidos pelo Rei, por meio da concentração de poder<sup>60</sup>, fizeram com que surgissem as primeiras manifestações de rebeldia, com liberdades específicas, em favor do clero e da nobreza, concessões essas que fizeram com que o Rei estivesse vinculado à leis editadas, limitando seu poder, portanto.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se assinalar que não só a Carta Magna de 1215 foi elaborada na Inglaterra, mas vários outros documentos e declarações foram redigidos nos séculos XVII, com o intuito de limitar o poder do Rei e de assegurar direitos a seus cidadãos, como, a Petition of Rights, de 1628, o Habeas Corpus Amendment Act, de 1679 e o Bill of Rights, de 1688, documentos esses importantes, mas que não são declarações de direitos no sentido moderno do século XVIII<sup>61</sup>.

Não obstante a Carta Magna de 1215 ser considerada o primeiro documento escrito a reconhecer direitos fundamentais, ela não passava de um acordo entre o Rei e os barões feudais, pois os direitos constantes daquele documento não eram universais, já que constituíam alguns privilégios de cunho específico apenas à classe dos barões, insurgentes, então apoiados pela burguesia. Para isso, era necessário que o próprio Rei se submetesse às leis editadas por ele mesmo.

---

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

<sup>60</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 152 - 153.

Dando continuidade aos documentos que reconheceram e positivaram os direitos fundamentais do homem, discorrer-se-á sobre o século XVIII, conhecido como o século das luzes, devido à revolução ocorrida pelo pensamento iluminista dos filósofos da época, que tinham como escopo reformar a sociedade, promovendo um modo mais crítico de pensar sobre as leis, objetivando exterminar com a intolerância e abusos da Igreja e do Estado conhecidos até então, pela tradição da Idade Média.

#### 1.1.4 Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776

A dignidade humana, vista como um atributo intrínseco e inerente a todo ser humano, pelo fato da característica de pessoa humana, foi tomando contorno ao longo da história por meio dos pensamentos filosóficos e científicos.

Não se pode deixar de mencionar que a positivação dos direitos humanos veio ocorrendo de forma gradativa, por meio da recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, que já podem ser considerados antecedentes aos direitos fundamentais<sup>62</sup>. Pode-se dizer que já era o reconhecimento e a aceitação do direito pela comunidade internacional.

Ana Paula Costa Barbosa<sup>63</sup> argumenta que:

Os direitos humanos são derivados de princípios morais, o que significa que, em verdade são de índole moral. Entretanto, isso não quer dizer que, em razão de os direitos humanos pertencerem a essa categoria, não possam gozar de um status normativo; ao contrário, a sua normatividade é aferida justamente com o suporte de um sistema de princípios morais.

Dessa maneira, cada vez mais os direitos humanos foram sendo positivados à medida que a humanidade avançava no entendimento de que o Estado devia resguardar e proteger direitos, como forma de limitar o poder de uns sobre os outros.

---

<sup>62</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

<sup>63</sup>BARBOSA, Ana Paula Costa. A Fundamentação do Princípio da Dignidade Humana. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52.

Não obstante os direitos humanos terem sido reconhecidos gradativamente quando positivados<sup>64</sup>, os direitos humanos não estão vinculados a nenhuma ordem constitucional, e nem estão adstritos a nenhuma aceitação universal. Assim, não se devem confundir direitos humanos com direitos naturais.

O que ocorre, mas que não deve ser alvo de confusão, é que ao longo da história o direito natural do ser humano foi sendo reconhecido pelo Estado, e com isso, positivado, passando a ter status de direito fundamental, ao ser inserido nos documentos constitucionais.

Cabe frisar que a positivação dos direitos humanos vem pelo Estado, que, na qualidade de estrutura formada para atingir o bem social, carece de vontade real própria, e deve se manifestar por seus órgãos, para exprimirem tão-somente a vontade exclusivamente humana<sup>65</sup>.

No que se refere à transição de direitos humanos para direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>66</sup> atribui à Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, como sendo o primeiro documento a positivar os direitos humanos.

Logo após essa declaração, tem-se como outro marco importante a Declaração Francesa de 1789, cujos ideais de liberdade igualdade e fraternidade foram subsídios para a comunidade internacional inserir direitos fundamentais em seus textos constitucionais.

Coadunando com o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, Fábio Konder Comparato<sup>67</sup> atribui o nascimento dos direitos humanos também à Declaração da Virgínia, de 1776, reconhecendo solenemente no núcleo da declaração que todos os homens são iguais pela vocação de sua própria natureza.

---

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

<sup>65</sup> SILVA, José Afonso. Harmonia entre os poderes e governabilidade In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar 2006, p. 26.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

<sup>67</sup> COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62.



Em virtude dessas considerações, necessário se faz ressaltar que Luiz Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos<sup>68</sup> traçam algumas considerações acerca desse período de inserção de direitos em Declarações e tratados.

A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica.

Nesse sentido, faz-se relevante lembrar que a Declaração da Virgínia, de 1776, é considerada a primeira declaração de direitos fundamentais, por ter sido ela um importante instrumento de limitação dos poderes do Estado.

Guilherme Braga Peña de Moraes<sup>69</sup> afirma que a Declaração da Virgínia foi o primeiro documento a retomar as ideias do Cristianismo e reconhecer o direito de igualdade a todos os homens, diferentemente dos documentos ingleses, que eram apenas limitadores do poder do monarca, conforme consta do artigo 1º.

Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm direitos inerentes, dos quais, ao entrar num estado de sociedade, não podem, por nenhum contrato, privar ou despojar sua posteridade; a saber, o gozo da vida e da liberdade, os meios de adquirir e possuir propriedade, e a busca da felicidade e segurança.

Depreende-se do artigo referido acima que, por meio da declaração da Virgínia, de 1776, vedava-se qualquer forma de supressão desses direitos, o que quer dizer que não havia justificativa alguma ou documento qualquer que fosse que pudesse embasar a violação de certos direitos.

Havia, ainda, no texto da Declaração da Virgínia, de 1776<sup>70</sup>, a previsão de que a titularidade da autoridade pertencia ao povo, e dele próprio emanava, tendo o

<sup>68</sup> BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/69872062/A-nova-interpretacao-Constitucional-Luis-Roberto-Barroso-e-ana-Paula-Barcellos-1>>. Acesso: 10 nov. 2013.

<sup>69</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria.** São Paulo: LTr, 1997, p. 45-46.

<sup>70</sup> Declaração dos Direitos da Virgínia. In. Dhnet. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec 1776.htm>>. Acessado em: 10 nov.2013.

Estado como promotor do bem comum, como se verifica nos artigos 2º e 3º, mencionados abaixo:

Artigo 2º - Toda a autoridade pertence ao povo e por consequência dela se emana; os magistrados são os seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo.

Artigo 3º - O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração.

Dessa forma, correto é afirmar que foi com a Declaração da Virgínia que os direitos fundamentais foram inseridos pela primeira vez em um documento escrito, demonstrando a toda a sociedade que os ensinamentos de igualdade de todos os homens, deixados pelo cristianismo, não poderiam mais serem deixados de lado, e foi o que sucedeu nos documentos seguintes.

A Declaração de Direitos da Virgínia está fundamentada nos direitos naturais do homem, direitos inalienáveis e dignos de respeito pela sociedade. Configurou-se como um importante marco jurídico e político para o desenvolvimento dessas ideias, tanto dentro dos Estados Unidos como em toda a América, uma vez que trouxe como significação preponderante a limitação do poder estatal e a valorização da liberdade individual, inspirando os novos documentos que tratariam do assunto.

#### 1.1.5 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789

Com a evolução ao longo da história, os homens passaram a ver a necessidade de terem seus direitos resguardados em relação à atuação arbitrária e unilateral que o Estado adotava perante os cidadãos, o que fazia com que abusasse de sua autoridade para com aqueles que estavam sob seu território e sua proteção.

Foi em decorrência dessa necessidade de proteção em relação ao tratamento adotado pelo Estado que, com o nascimento e positivação dos direitos humanos, os cidadãos passaram a ser titulares de direitos e deveres perante o Estado, e,

também, perante a própria sociedade, no que se refere à manipulação de uns para com os outros no exercício do poder estatal.

Nesse contexto, Adriana Zawada<sup>71</sup> afirma que:

Os novos direitos que vão surgindo refletem também o aumento da complexidade social contemporânea. Porém, o grande desafio não é teorizar e justificar esses direitos, mas sim garanti-los, dar-lhes efetividade.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi aprovada pela Assembleia Nacional Francesa em 26 de Agosto de 1789. Aprovada quase por unanimidade, foi considerada um ato de constituição de um povo, representando um momento decisivo, que marcou o fim de uma época e o início de outra, configurando-se uma virada na história do gênero humano<sup>72</sup>.

Foi com a Revolução Francesa, em 1789, que se deu a segunda fase da evolução histórica dos direitos humanos. Repise-se, aqui, que a primeira fase se deu com a Declaração da Virgínia, em 1776. Foi nessa segunda etapa dos direitos humanos que os direitos fundamentais de igualdade, de liberdade, as garantias individuais liberais e o direito à propriedade floresceram com maior ênfase, conforme assevera José Afonso da Silva<sup>73</sup>:

O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escorreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legitimidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas Declarações contemporâneas [...].

Fábio Konder Comparato<sup>74</sup>, por sua vez, faz algumas observações sobre os objetivos atingidos com a Declaração francesa:

De um lado, logrou-se cumprir a promessa, anunciada pelos revolucionários franceses de 1789, de universalização da ideia do ser humano como sujeito de direitos anteriores e superiores a toda organização estatal. De outro lado, porém, a humanidade sofreu, com o surgimento dos Estados totalitários, de inspiração leiga ou

<sup>71</sup> MELO, Adriana Zawada, **Desafios da implementação do direito fundamental à saúde no Brasil**. Revista Mestrado em Direito / UNIFIEO, Osasco: Ano 6. n. 2. 2006, p. 57.

<sup>72</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 99.

<sup>73</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.158.

<sup>74</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. p. 1. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/53542821/Fundamento-dos-Direitos-Humanos-Fabio-Konder-Comparato>> Acesso: 10 nov.2013.

religiosa, o mais formidável empreendimento de supressão planejada e sistemática dos direitos do homem, de toda a evolução histórica.

Em virtude dessas considerações, cumpre salientar que o nascimento dos direitos fundamentais é atribuído à Declaração da Virgínia, de 1776, embora tenha sido por meio da Declaração de 1789 que tais direitos fundamentais foram direcionados pela primeira vez a todos os homens, não sendo mais fruto de privilégio de alguns grupos como dantes, e isso se verifica nas afirmações de Paulo Bonavides<sup>75</sup>:

Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Nota-se com isso que a diferença marcante entre a Declaração de 1789 e as Cartas anteriores é que a Declaração de 1789 foi um marco, no que se refere aos direitos fundamentais. Passaram a ser tratados como direitos voltados a todo ser humano, deixando de ser visto como antes, uma época em que era conferido apenas a algumas classes de indivíduos, e cujo critério concessivo se baseava em interesses fechados, visando limitar o poder do monarca, mas que nem de longe retratavam a vontade da coletividade.

Apenas no intuito de complementar o pensamento dos juristas citados anteriormente, traz-se à baila Norberto Bobbio<sup>76</sup>, que explica que os acontecimentos ocorridos na França, nos idos de 1800, têm ampla repercussão e produziram profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo.

José Afonso da Silva<sup>77</sup> assinala que:

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 562.

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 63.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 162.

O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supraestatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal. [...] visando estender a defesa dos direitos humanos a todos países e a todos os indivíduos de todas as nacionalidades.

Assim sendo, pode-se afirmar que a Declaração Francesa, por meio de seus representantes, reconheceu com caráter universal a dignidade humana como um direito natural inalienável, imprescritível e sagrado do homem como princípio firme e incontestável, para manter sempre a Constituição e o bem estar de todos<sup>78</sup>.

Nessa mesma postura, George Marmelstein<sup>79</sup> acentua que:

Os pilares éticos defendidos pelo liberalismo foram incorporados em diversas declarações de direitos proclamadas durante esse período, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa, e a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução Americana (Independência dos EUA).

A esse respeito, Hannah Arendt<sup>80</sup> assevera que:

A Declaração dos Direitos do Homem, no fim do século XVIII, foi um marco decisivo na história. Significava que doravante o Homem, e não o comando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei. Independente dos privilégios que a história havia concedido a certas camadas da sociedade ou a certas nações, a declaração era ao mesmo tempo a mostra de que o homem se libertava de toda espécie de tutela e o prenúncio de que já havia atingido a maioria.

Eric Hobsbawm<sup>81</sup> relata o significado dos momentos vividos nas duas grandes guerras mundiais:

Para a sociedade, as décadas que vão da eclosão da Primeira Guerra Mundial aos resultados da Segunda Guerra Mundial foram uma Era de catástrofes. Durante quarenta anos ela foi de calamidade em calamidade. Houve ocasiões em que mesmo conservadores inteligentes não apostariam em sua sobrevivência.

Dessa forma, não há de se olvidar que a ideologia trazida pelo liberalismo trouxe uma nova forma de ver o ser humano, e foi por meio da Revolução Francesa que os representantes reconheceram a dignidade da pessoa humana como algo

<sup>78</sup> ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 9. ed., São Paulo: Ícone, 2001, p. 291-292.

<sup>79</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 44.

<sup>80</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Anti-semitismo imperialismo totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 324.

<sup>81</sup> HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos o breve século XX 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 16.

necessário para uma sociedade saudável e harmônica. Isso significa que o reconhecimento da dignidade foi essencial para a garantia dos direitos humanos, de forma universal, de modo que todos pudessem ser tratados igualmente, sem privilégios a determinadas camadas da sociedade.

#### 1.1.6 Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948

Sob o ponto de vista histórico da evolução da dignidade humana, pode-se citar como um dos mais importantes documentos de afirmação e reconstrução dos direitos humanos a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, elaborada após o final da Segunda Guerra Mundial.

Os direitos fundamentais considerados universais são aqueles encontrados nos mais variados diplomas que, ao longo do tempo, têm sido positivados em virtude de acontecimentos históricos na sociedade, ou seja, acontecimentos que de uma maneira ou outra não foram agradáveis ou se encontravam desalinhados com a própria sobrevivência humana.

Gustavo Amaral<sup>82</sup> explicita acerca da conscientização ocorrida no século XX:

O tema dos direitos fundamentais tomou vulto após a hecatombe ocorrida durante a primeira metade deste século, associada à constatação de que o homem havia conseguido a capacidade de varrer da face da terra sua própria existência. Somando-se a condicionantes históricas que facilitaram em muito a propagação de anseios e reivindicações fundadas em justiça, voltadas para o estabelecimento de elementos mínimos de garantia para uma existência digna [...].

Foi nessa fase que o homem se empenhou em elaborar documentos e declarações cujos teores se voltaram à proteção humana, reconhecendo-se que a dignidade humana, como um princípio intrínseco ao ser humano, deve estar em posição de soberania em relação a todo e qualquer outro interesse que não seja o de respeitar o próximo por sua qualidade humana.

---

<sup>82</sup> AMARAL, Gustavo; TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**: Interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 99.

A consciência quanto à necessidade de proteção da dignidade humana ao longo da história foi formada em virtude das barbáries protagonizadas pelo homem nas guerras ou na luta pelo poder. Todavia, foi com os fatos vivenciados durante a Segunda Guerra Mundial que o homem pôde compreender com maior clareza a importância do tema dignidade humana.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato<sup>83</sup>,

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

Hannah Arendt<sup>84</sup> afirma que o homem só se deu conta e se conscientizou acerca do direito a se ter direitos, com a privação fundamental dos direitos humanos<sup>85</sup>, cuja consequência foi a perda de milhões de pessoas:

Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global.

A necessidade de reconstrução dos direitos humanos pela humanidade está baseada nas atrocidades cometidas pelo nazismo, onde milhões de pessoas foram exterminadas por serem consideradas inferiores à raça considerada pura. Esse extermínio se deu por meio de tratamentos destrutivos em massa, em nome de uma ideologia, propagada pelo próprio Estado, violador dos direitos inerentes aos seres humanos.

Não obstante Hannah Arendt atribuir a conscientização humana às atrocidades cometidas, a referida autora<sup>86</sup> expõe sua indignação quanto aos motivos

---

<sup>83</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

<sup>84</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo imperialismo totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 330.

<sup>85</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo imperialismo totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 330.

<sup>86</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo imperialismo totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.12.

que levaram tantas pessoas a serem dizimadas pelo regime nazista, classificando-os como insignificantes em relação às mortes em massa:

[...] que fenômenos tão insignificantes e desprovidos de importância na política mundial como a questão judaica e o anti-semitismo se transformaram em agente catalisador, primeiro, do movimento nazista... [...] e, finalmente, da construção dos centros fabris de morte em massa.

As atrocidades cometidas pelo nazismo foram uma verdadeira afronta aos direitos humanos, período esse em que “a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana<sup>87</sup>”, um retrocesso diante de tudo que já havia se avançado, e foi por meio dos desdobramentos da Segunda Guerra Mundial que os direitos humanos foram reconstruídos, com base na dignidade humana, conforme assevera Adriana Zawada Melo<sup>88</sup>:

Foi necessário que fossem amplamente vividos e divulgados os horrores da Segunda Guerra Mundial e dos regimes nazistas e fascistas, já no século XX, para que documentos internos e internacionais viessem a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor e/ou princípio fundamental.

Hannah Arendt<sup>89</sup> ilustra os horrores vividos pelos prisioneiros nos campos de concentração na Segunda Guerra Mundial não apenas como o despojar da própria personalidade e do eu, mas como o roubo à própria morte:

Os campos de concentração, tornando anônima a própria morte e tornando impossível saber se um prisioneiro está vivo ou morto, roubaram da morte o significado de desfecho de uma vida realizada. Em certo sentido roubaram a própria morte do indivíduo, provando que, doravante, nada – nem a morte – lhe pertencia e que ele não pertencia a ninguém.

Seguindo essa linha de raciocínio, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>90</sup> assevera que:

[...] para a ordem jurídico constitucional a concepção do homem objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constituem justamente a antítese

<sup>87</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

<sup>88</sup> MELO, Adriana Zawada. A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: **Informação e direitos Fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 17.

<sup>89</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. anti-semitismo imperialismo totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 503.

<sup>90</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 68.



da noção da dignidade da pessoa, embora esta, à evidencia, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos).

Fabio K. Comparato<sup>91</sup> explica que,

Ao dar entrada em um campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era tão-só, despojado de todos seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado.

Januz Symonides<sup>92</sup> se harmoniza com o entendimento de Hannah Arendt acerca do direito a ter direitos, alertando que há um consenso de que qualquer tentativa de transgressão do sistema orgânico do corpo humano é inaceitável. Isso se expressa na forma de um conjunto de direitos humanos e proibições concomitantes, como o banimento da tortura e do tratamento e da punição cruel, desumana e degradante.

Nota-se com isso que havia tremenda indiferença em relação às pessoas perseguidas pelo nazismo, capturadas e expostas a todo tipo de humilhação, passando a partir desse momento a serem tratadas como mero objeto. Nesse momento a dignidade já não mais existia, pois tratamentos desumanos, degradantes e vexatórios faziam com que houvesse o esvaziamento da própria personalidade de cada um, e que ocorresse de forma terrível, retirando-lhes até o direito a ter direitos.

Com esse tratamento, os prisioneiros eram reduzidos a uma coisa, despida de dignidade, sentimentos. Já não lhes era permitido exercer nenhuma forma de autonomia proveniente da racionalidade.

Flávia Piovesan<sup>93</sup> atesta que:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos.

---

<sup>91</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

<sup>92</sup> SYMONIDES, Janusz. **Direitos humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO, 2003, p. 58.

<sup>93</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

A indiferença ao atributo intrínseco inerente a todo ser humano independente de raça trouxe como consequência o desrespeito à própria condição humana.

É Fábio Comparato<sup>94</sup> quem declara que:

O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimento: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor, e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.

Foi por meio de várias medidas antijudaicas<sup>95</sup> que os judeus passaram a ser exterminados, cada vez mais com atos inimagináveis e que fugiram ao controle, até chegar a um ponto de não haver nada pior a se cogitar.

Para melhor explicitar o que se quer demonstrar nesse ponto, Celso Lafer<sup>96</sup> traz as palavras de Hannah Arendt sobre as experiências e consequências a que se chegou com as ideias nazistas:

O "tudo é possível" da experiência totalitária mostrou como uma forma até então inédita de organização da sociedade assumiu, explicitamente, em contraposição aos valores consagrados da Justiça e do Direito e avocados pela modernidade inauguradora, com o individualismo, da perspectiva *ex parte populi* — que os seres humanos são supérfluos e descartáveis. Daí o esfacelamento dos padrões e categorias que integram o conjunto da tradição ocidental, que tinha feito da pessoa humana um "valor-fonte" da experiência ético-jurídica e, por via de consequência, o hiato entre o passado e o futuro.

Para Fábio Comparato<sup>97</sup>:

O reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a história, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou uma religião, sobre as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

<sup>94</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

<sup>95</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 99.

<sup>96</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 15.

<sup>97</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228.

Não se pode deixar de olvidar, e é latente o fato de que, a cada momento histórico vivido pela humanidade, percebeu-se mais e mais e por isso a preocupação em garantir que os direitos humanos fossem protegidos.

A dignidade humana como princípio basilar do ser humano se concretizou com o objetivo de impedir que os direitos fundamentais do homem continuassem a ser desrespeitados e foi a partir do contexto em que o mundo acabava de vivenciar, com as trágicas situações a que toda a humanidade foi exposta, mesmo que não diretamente e ainda que indiretamente, que todos foram afetados em sua dignidade.

Foi com isso, pela experiência vivida com os absurdos do nazismo, que o homem entendeu a necessidade de se proteger a dignidade humana.

Flávia Piovesan<sup>98</sup> comenta que, não obstante a assinatura da Carta de Intenção da Organização das Nações Unidas em 1945, anterior a isso, havia a Liga das Nações, cujo objetivo maior estava ligado à paz e à segurança internacional, promovendo e cooperando para esse fim. No cerne desse entendimento, claro está que, uma vez fracassada em seus objetivos, pela instalação da Segunda Guerra Mundial, e não somente isso, mas também por não ter evitado os tratamentos desumanos praticados pela Alemanha Nazista, a Liga das Nações foi sucedida pela Organização das Nações Unidas em 1945, cuja criação se deu em virtude da vitória dos aliados, introduzindo uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional, simbolizada pela Carta das Nações Unidas e pelas suas organizações<sup>99</sup>.

Janusz Symonides<sup>100</sup> assevera que:

Em seguida, a eclosão da Segunda Guerra Mundial e as perseguições efetuadas por nazistas, soviéticos e outros apagaram da memória o respeito pelo indivíduo e pela dignidade humana. Esse quadro só se reverteu quando uma nova ordem internacional foi instaurada pela Conferência de São Francisco e, especialmente, pela Declaração dos Direitos Humanos (1948).

---

<sup>98</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.116.

<sup>99</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.130.

<sup>100</sup> SYMONIDES, Janusz. **Direitos Humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO, 2003, p. 263.

A dignidade humana passou a ser constitucionalizada quando se tomou ciência sobre os atos repugnantes cometidos pelos alemães, durante a Segunda Guerra. Isso se deu com a cessação do conflito. Foi então que a positivação da dignidade humana passou a fazer parte da maior parte das constituições dos países do ocidente, mais especificamente por conta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 10 de dezembro de 1948.

Faz-se necessário lembrar que a corrida dos países pela incorporação da dignidade humana dentro dos textos constitucionais, com o findar da Segunda Guerra Mundial e o conhecimento dos fatos ocorridos com os prisioneiros da Alemanha nazista, fez com que fossem previstos nos textos constitucionais o princípio da dignidade da pessoa humana, motivos esses que também fizeram com que fosse consagrada também em 1948, no artigo 1º da Declaração Universal da ONU, assim como em outras declarações de direitos criadas para esse fim, que é o de proteger a raça humana.

Os direitos humanos<sup>101</sup> conquistados ao longo da história, cujo teor desmoronara com as barbaridades cometidas pelos nazistas durante a Segunda Guerra, tiveram novamente seus valores construídos e reafirmados com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Foi um novo marco estabelecido para a história da humanidade, para que fatos como aqueles jamais venham a acontecer novamente.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu dessa nova ordem internacional informada por esse novo órgão denominado Organização das Nações Unidas, fruto da Assembleia Geral, que defendeu os direitos humanos com caráter universal, fundamentados na dignidade humana e na igualdade entre os seres humanos, independente de quaisquer diferenças existentes em qualquer sociedade.

O preâmbulo da Carta de intenção das Organizações das Nações Unidas<sup>102</sup> traz a preocupação em resguardar a dignidade humana como forma de preservar a

---

<sup>101</sup> PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.18.

<sup>102</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/cartonu.htm>> Acesso em: 11 nov.2013.

continuidade da espécie humana com condições dignas para as próximas gerações.

*In verbis:*

Nós, os povos das nações unidas, resolvimos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 10 de Dezembro de 1948, pela aprovação unânime de 48 Estados representantes, sendo que houve apenas 8 abstenções. Nenhum dos Estados representantes fez reserva alguma ou qualquer questionamento acerca dos princípios que regem a Declaração<sup>103</sup>, assim como não teve nenhum voto contrário.

Flávia Piovesan<sup>104</sup> explica que a aprovação por unanimidade, sem nenhuma reserva ou questionamento sequer,

[...] confere à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação.(...)Se caracteriza primeiramente por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide.

Nas palavras de Norberto Bobbio, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz no artigo 1º a ideia clara de igualdade, ao afirmar que todas as pessoas ao nascerem, nascem livres em suas liberdades e em condições iguais no que concerne em dignidade humana e em direitos. “[...] segundo o qual deve ser excluída toda discriminação fundada em diferenças específicas entre homem e homem, entre grupos e grupos [...]”<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

<sup>104</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

<sup>105</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 85.

Nas palavras de Flávia Piovesan<sup>106</sup>,

A Declaração Universal de 1948, desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado direito internacional dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe de toda a riqueza da elaboração teórica, ao proclamar em seu artigo VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa<sup>107</sup>, o que quer dizer que, como pessoa, tem como atributo intrínseco a dignidade, não podendo ser, portanto, alvo de tratamento desigual, pois todos são iguais.

A frase “o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo”, formulada no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tem sido repetida também em outros diplomas elaborados posteriormente, fato esse que ratifica que o caminho adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 era o mais acertado e necessário para continuidade da humanidade<sup>108</sup>.

Em uma análise sobre a história e desenvolvimento da dignidade humana, vê-se claramente que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 surgiu da consciência humana, acerca da necessidade de se proteger a dignidade humana, e, por conseguinte, os direitos inerentes a todo ser humano, este considerado como titular de um valor maior e intrínseco a todos.

A Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948 explicita o caráter protetivo à dignidade humana, ao dispor que todas as pessoas nascem livres e

---

<sup>106</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

<sup>107</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

<sup>108</sup> SYMONIDES, Janusz. **Direitos Humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília : UNESCO, 2003, p. 23.

iguais em dignidade e direitos, e que são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Verifica-se, portanto que a Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948, tem o condão de proteger os direitos humanos como forma de combate a desrespeitos à dignidade humana.

Robert Alexy discorre acerca da universalidade de Direitos dispondo que: “Os direitos do homem são universais em relação aos seus titulares e destinatários. Os seres humanos são os únicos sujeitos com capacidade para exercê-los”<sup>109</sup>.

Coadunando com a afirmação acima, também Mauricio A. Rodrigues<sup>110</sup> anuncia que:

A contar da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os direitos humanos desenvolveram nova e mais profunda extensão. O seu panorama passou a ser universal, não cabendo mais limites de fronteira, Passou-se a uma nova era, a era dos direitos humanos internacionais. [...] os direitos humanos teriam sido promovidos à posição de ideia-vetor para toda a comunidade jurídica mundial.

Isso quer dizer que, para a efetivação dos direitos fundamentais mundiais positivados nos mais variados diplomas internacionais e no brasileiro, devem ser considerados os aspectos políticos, sociais e jurídicos, de modo a ser evidenciado o caminho mais leve para consecução desse objetivo, de modo a alcançar uma sociedade mais livre justa e sem conflitos.

Em virtude dessas considerações, entende-se que a dignidade é o fundamento para a convivência em sociedade, de forma pacífica, respeitosa, e faz com que sejam evitados novamente acontecimentos negativos que já fizeram parte da história humana, para aniquilar de vez com as atitudes dos seres humanos.

Assim, em virtude dessas considerações, pode-se dizer que o documento mais importante a dar continuidade nessa evolução dos direitos humanos foi a Declaração de 1948; não que tenha trazido grandes inovações acerca do tema

---

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 58.

<sup>110</sup> RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo, Os Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos e a Constituição, in Ricardo Lobo Torres. **Teoria dos direitos fundamentais: Interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 170.

dignidade humana, mas por ter compilado esses direitos e princípios já consagrados em documentos anteriores em apenas um documento único.

É de se notar que um pleno desenvolvimento está sendo protagonizado para efetivação dos direitos fundamentais. Desse modo, faz-se imprescindível não olvidar que muito pouco foi feito até agora. A necessidade de criar instrumentos para evitar que experiências vividas ao longo da história da humanidade voltem a ocorrer, especialmente como as da Segunda Guerra Mundial, tem feito com que os direitos humanos estejam presentes na maioria dos países ao redor do mundo, por meio da positivação constitucional, e no Brasil não é diferente, como será visto a seguir.



## 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE

A dignidade humana é um valor que o homem atribui a si mesmo, por sua inserção como humano, por ser um fim em si mesmo e isso implica o respeito a cada ser humano, constituindo-se em um instrumento que confere poderes na luta pela concretização dos direitos fundamentais.

A noção do termo dignidade, inerente a todos os seres humanos como pessoas, conseqüentemente exige que todos sejam tratados não como meio ou instrumento para satisfação de interesses de terceiros, mas sempre como fim da própria atuação.

No cerne do entendimento acerca do termo dignidade está que o outro deve ser reconhecido pelo seu atributo intrínseco, cujo valor não tem preço, por isso impossível de ser alienado, disponibilizado ou de qualquer forma, transferido.

É, portanto, um atributo indisponível por excelência, cuja resposta única proveniente desse valor absoluto só pode ser o respeito mútuo entre os seres humanos em suas convivências e relações sociais.

### 2.1 Caracterização filosófica da dignidade

O processo de laicização do Direito natural começou a ser formado no pensamento estoico e cristão sobre a existência do direito natural por meio da natureza humana<sup>111</sup>. Nesse sentido relevante se faz ressaltar as palavras de Célia Rosenthal Zisman<sup>112</sup>, que ao se reportar ao processo de laicização por meio do estoicismo, traz o momento histórico anterior expresso por um direito comum, que converge o gênero humano a uma unidade, devido à aliança do Criador com a humanidade, e complementa:

---

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.38.

<sup>112</sup> ZISMAN, Célia Rosenthal. **O Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, IOB Thompson, 2005, p. 55.

Na tradição grega, o estoicismo trouxe o pensamento recuperador da dignidade, na época em que se deu o fim da democracia e das cidades-estados, um momento em que o cidadão se convertera em súdito das grandes monarquias. O resgate da dignidade resultava da ideia de que o mundo é uma única cidade (cosmo-polis), da qual todos participam como iguais.

Necessário mencionar ainda que foi com os pensamentos de John Locke<sup>113</sup> que os direitos naturais passaram a ser reconhecidos como atributo inalienável do ser humano, capaz de vincular aqueles que detinham o poder, por meio do pacto advindo da convivência em sociedade.

Acerca dessas afirmações, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>114</sup> traz seu posicionamento,

Foi precisamente no âmbito jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Nesse momento dos direitos naturais, Immanuel Kant, quase ao findar-se o século XVIII, conceituou dignidade com um atributo inerente à pessoa. A concepção adotada para o ser humano é que ele é um sujeito racional, dotado de conhecimentos prévios e adquiridos no decorrer de sua vida, o que o torna apto a responder de acordo com sua consciência, por seus atos<sup>115</sup>.

Immanuel Kant explicita que<sup>116</sup>:

O respeito que tenho pelos outros ou que o outro pode exigir de mim (obsevantia allis proestanda) é, portanto, o reconhecimento de uma dignidade (dignitas) em outros seres humanos, isto é, de um valor que não tem preço, nenhum equivalente pelo qual o objeto avaliado (aestimii) poderia ser permutado. Julgar alguma coisa como sendo destituída de valor é desprezo.

---

<sup>113</sup> Locke admite a existência da lei natural como pressuposto. Nos ensaios que escreveu sobre o direito natural, toma por base a existência da lei natural; a possibilidade de conhecê-la e a sua obrigatoriedade. Reconhecer que uma lei natural existe significa reconhecer que existe uma fonte de obrigações diferente das fontes da lei positiva. No entanto, obrigatoriedade não se confunde com eficácia. Para aprofundamento no assunto ler: BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Brasília: UNB, 1998.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.38.

<sup>115</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008, p. 58.

<sup>116</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 306.

Em Immanuel Kant<sup>117</sup>, também se pode encontrar a afirmação de que o indivíduo tem o livre arbítrio de agir de forma que sua liberdade possa coexistir com a liberdade do próximo, de acordo com a lei universal, uma vez que:

O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida com a escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade. Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.

Eric Hobsbawn<sup>118</sup>, ao tratar do liberalismo clássico, menciona que na filosofia kantiana, a unidade básica era o indivíduo, por meio da consciência individual, no que diz respeito ao agir.

Em suas afirmações, Rodrigo Pereira da Cunha<sup>119</sup> atribui a Kant a concepção do termo dignidade da pessoa humana para se referir à natureza humana. Mostrando dessa forma, a essência inerente a todo ser humano, por ser pessoa, sujeita de dignidade.

A dignidade humana resulta também do fato de que, pela vontade racional<sup>120</sup>, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, sendo capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Isso faz com que o pensamento filosófico constitucional atual permaneça ainda com a dignidade sendo reconhecida como antes: que o homem é criado como ser dotado de conhecimento, portanto, capaz de ser responsabilizado por seus atos e atitudes, em virtude de sua consciência e condições de distinguir entre os caminhos a serem seguidos em cada situação.

É por conta dessa capacidade de consciência e de distinguir o bem e o mal que o ser humano se torna sujeito de direitos e deveres, ou seja, é capaz de ser responsável por seus próprios atos e de ter consciência de sua condição de um ser moral. A lei humana deve ser uma máxima a ser obedecida em busca dessa moral.

---

<sup>117</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 76-77.

<sup>118</sup> HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções, 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 347.

<sup>119</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 95.

<sup>120</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22

Mister se faz ressaltar Immanuel Kant <sup>121</sup> :

Mas um ser humano é considerado como uma pessoa, isto é, como o sujeito de uma razão moralmente prática, é guindado acima de qualquer preço, pois como pessoa (homo noumenon) não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo. Pode avaliar a si mesmo conjuntamente a todos os outros seres desta espécie e valorar-se em pé de igualdade com eles.

Com efeito, é correto afirmar que para Immanuel Kant <sup>122</sup>

Um imperativo categórico (incondicional) é aquele que representa uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária não indiretamente através da representação de algum fim que pode ser atingido com a ação, mas da mera representação dessa própria ação (sua forma) e, por conseguinte diretamente.

Com o texto acima, percebe-se que é essencial que todas as pessoas tratem seus semelhantes com respeito, independente da situação que se encontrem, em virtude da doutrina da virtude.

Nesse contexto, Immanuel Kant <sup>123</sup> assevera:

O princípio supremo da doutrina da virtude é: age de acordo com uma máxima dos fins que possa ser uma lei universal a ser considerada por todos. De acordo com este princípio, um ser humano é um fim para si mesmo, bem como para os outros, e não é suficiente não estar ele autorizado a usar a si mesmo ou a outros meramente como meios (uma vez que ele poderia, neste caso, ainda ser indiferente a eles); é em si mesmo seu dever fazer do ser humano como tal seu fim.

Nesse sentido, relevante se faz ressaltar que o que Immanuel Kant quer demonstrar é que o homem é um fim em si mesmo, e não pode ser tratado como mero objeto ou como uma coisa para se atingir um objetivo qualquer, ou seja, ser tratado como meio de se obter fins diversos de um tratamento digno.

Não se pode perder de vista que o livre arbítrio, instituído por Deus ao criar o homem à sua imagem e semelhança, torna o homem um ser autônomo, e que por

---

<sup>121</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 277.

<sup>122</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 65.

<sup>123</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 239.

causa dessa autonomia, não necessita de ninguém para expressar sua vontade, cuja demonstração se dá por meio de suas ações.

Cumpra nesse passo observar que essa autonomia decorre da condição humana que é inerente a toda pessoa. Assim sendo, pode-se afirmar que para Immanuel Kant <sup>124</sup> a autonomia faz parte da racionalidade humana, quando afirma que:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.

Nas palavras de Edgar Bodenheimer<sup>125</sup>:

[...] a atitude filosófica que atribui existência autônoma a ideias e conceitos elaborados pela mente humana nega que tais ideias e conceitos sejam apenas reações humanas ao mundo empírico dos fatos que se sucedem. [...] mas atribui grande poderio e força à inteligência humana, e considera que a realidade empírica é em grande parte modelada pelas ideias produzidas pelo pensamento humano.

Com sua doutrina jusfilosófica, Immanuel Kant <sup>126</sup> confere ao homem um atributo indisponível por meio da dignidade que, por seu caráter inviolável e absoluto no que tange ao valor, vincula qualquer pessoa: seja em que esfera for da convivência humana:

O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade, pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim [...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

<sup>124</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: 2007, p. 85.

<sup>125</sup> BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito: filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Eneas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 77.

<sup>126</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: 2007, p. 68.

Imperioso ainda mencionar que o atributo intrínseco do homem, que é a dignidade, não comporta qualquer substituição ou valoração, pois é algo inerente a todos, sem distinção, não havendo assim, possibilidade de separá-la da pessoa.

Dessa maneira, no cerne do entendimento acerca do atributo dignidade<sup>127</sup> está implícita a ideia do livre arbítrio, do homem como ser autônomo, que se utiliza de sua racionalidade e razão para ter asseguradas suas liberdades como ser humano.

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>128</sup> traz uma explicação de fundamental importância da visão de Kant acerca do respeito à dignidade humana.

Ainda no que diz com a tentativa de clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato. Vinculada a essa ideia, que – como visto – já transparecia o pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de ser ideal ou abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo.

Partindo dessa premissa, não pode mais se admitir que o homem seja tratado como algo substituível, pois é um ser ímpar, considerando-se sempre que se o homem for reduzido a uma coisa, terá afetada sua dignidade.

O homem é um ser diferenciado entre todos os seres vivos existentes, pois somente ele possui capacidade racional para entender e escolher suas atitudes e respostas a estímulos externos.

Isso quer dizer que só o homem é dotado de autonomia, no que se refere à escolha e capacidade de decidir dentre as hipóteses cabíveis, qual atitude tomar em cada situação específica. Os demais seres vivos possuem instintos e alguns, emoção, como é o caso dos mamíferos.

Pode-se observar que o homem não pode ser tratado como coisa, pois quando “uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como

---

<sup>127</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 24.

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 60.

equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade<sup>129</sup>. Com isso, pode-se notar que a dignidade humana não pode ser afrontada por tratamentos indignos.

Assim, é de se afirmar que todo e qualquer ato que leve o ser humano a uma condição de objeto, ou seja, especificação de um preço para atingimento de um fim ou interesse alheio estará afetando e desrespeitando diretamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que esse atributo é inegociável.

Pode-se tirar por ensinamento por todos os pensamentos até agora expostos acerca da dignidade humana, que esse é um atributo intrínseco e indisponível inerente a todo o ser humano, desde o momento do seu nascimento até o fechar dos olhos. É algo paradoxal, porque a dignidade humana diz respeito a todos os direitos fundamentais, e também todos direitos fundamentais dizem respeito à dignidade, assim como à igualdade, à liberdade e à legalidade, então tem-se que a dignidade é a liberdade, mas também tem relação com a igualdade.

Vê-se, portanto, que a dignidade humana deve ser tratada como um valor absoluto, que não pode ser relativizada e nem reduzida por nenhuma forma de disponibilização, seja pelo mero consentimento da própria pessoa, ou por ser afrontada por terceiros, no intuito de obtenção de qualquer satisfação pessoal, por meio de atitudes que reduzam aquele que foi feito à imagem e semelhança de Deus a um objeto ou coisa, pois o homem é um fim em si mesmo.

### 2.1.1 Conceituação de dignidade da pessoa humana

Para o dicionário Aurélio<sup>130</sup>, dignidade significa qualidade de digno, honestidade, honra, o que demonstra que a dignidade já esteve ligada a status social, diferentemente da concepção atual, em que a dignidade é entendida como atributo inerente a todo ser humano.

---

<sup>129</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: 2007, p. 77.

<sup>130</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.

Para maior aprofundamento e entendimento do conceito de dignidade, traz-se a questão da linguagem científica, da epistemologia jurídica, que de acordo com Célia Rosenthal Zisman<sup>131</sup>, nesse ponto se aproxima do conceito oferecido pela linguagem natural, e complementa:

Dignidade é considerada como grandeza, honestidade, decoro e virtude. O homem digno é o homem decente, merecedor, demonstrando a dignidade à aquisição de atributo social e espiritual. O homem é sujeito de direitos em um âmbito irredutível de autonomia e liberdade, possuindo uma dimensão social que não decorre do pacto social.

Todavia, essa conceituação de dignidade, como atributo interno do ser humano, que não decorre de nenhum pacto social, que se refere à qualidade moral, base para o respeito, portanto intrínseco à própria natureza humana, nem sempre foi assim, e para demonstrar, entretanto, o que realmente a dignidade representava, historicamente, têm-se as palavras da mesma autora<sup>132</sup>.

Em virtude dessas considerações, pode-se notar que o próprio dicionário demonstra em um dos pontos mencionados o caráter de não universalidade do termo, como era visto antes, dispensado apenas para uma camada da população, a saber, aquelas que detivessem cargo e antigo tratamento de honra. Os demais membros da sociedade que não se enquadrassem nesse perfil não eram merecedores de tal tratamento.

Relevante se faz ressaltar que na Antiguidade, quando foi dado significado às palavras pelo latim, o sentido do termo dignidade não era atribuído a todos os seres humanos. Era algo com sentido elitizado, um tratamento honorífico, que hoje perdeu completamente o sentido inicial, e que se disseminou para todas as pessoas, como seres humanos, não passível de discriminação, por qualquer ordem que seja.

A dignidade da pessoa humana é um tema, cuja consagração mundial se deu em virtude de acontecimentos que chocaram a comunidade internacional, diante das barbáries cometidas pelo homem na busca pelo poder. Por esse motivo, a conceituação do tema dignidade vem sofrendo alterações, em decorrência da larga

---

<sup>131</sup> ZISMAN, Célia Rosenthal. **O Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 21-22.

<sup>132</sup> ZISMAN, Célia Rosenthal. **O Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 21.



exploração temática ao longo da história, da mesma maneira que vem acontecendo com a evolução humana.

No início, a verificação se dava de forma religiosa sob as bases cristãs, atendo-se apenas ao aspecto subjetivo, em que os filósofos se dedicavam com maior intensidade em suas reflexões.

A dignidade passou por algumas fases, ao longo da evolução humana, sendo que a primeira a ser relatada é a conscientização do ser humano acerca de sua dignidade, sob a visão religiosa, ocorrida durante a Antiguidade, cujo enfoque passou a ser pelo direito natural que, pela fragilidade para a efetivação dos direitos, veio a se tornar parte integrante de declarações, cuja consequência foi positivar constitucionalmente em diferentes países. Desse modo, com o passar dos tempos, a dignidade foi sendo alvo de positivação, como forma de se ter instrumento jurídico de proteção e efetivação.

A esse respeito, segundo Ana Paula Barcellos<sup>133</sup>, podem ser consideradas quatro etapas distintas que são fundamentais na evolução teórica da dignidade humana, que são o Cristianismo, o iluminismo-humanista, Immanuel Kant com suas reflexões filosóficas e o refluxo advindos das barbáries perpetradas com a Segunda Guerra Mundial.

Não obstante o longo caminho percorrido ao longo das fases mencionadas, Adriana Zawada Melo<sup>134</sup> afirma que, devido ao conteúdo valorativo atribuído à dignidade humana em Kant, e pela priorização da igualdade formal na Revolução Francesa, cuja prioridade estava na lei como um fim em si mesma, tais documentos iniciaram a consagração da dignidade como valor ou princípio fundamental.

O princípio da dignidade humana teve sua consolidação com a demonstração pelo homem de sua capacidade de autoaniquilação da própria humanidade, lembrando que há quem afirma ser a dignidade humana um fundamento metajurídico, que transcende até mesmo o poder Estatal nacional, vinculando-o internacionalmente.

---

<sup>133</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104.

<sup>134</sup> MELO, Adriana Zawada.. A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: GOZZO, Débora (Coord). **Informação e direitos fundamentais**. A eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 17.

Nesse sentido, Flávia Piovesan<sup>135</sup> faz algumas observações sobre a conscientização humana no período pós-guerra:

Perceber-se-á que, em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado ao Estado ou a competência nacional exclusiva.

Como se pode notar, imperioso é mencionar, ainda, que essa conscientização da humanidade pela necessidade de se proteger a dignidade humana para manutenção da sua própria espécie se deu de forma dolorida, no que diz respeito a ações desastrosas para com o próprio semelhante, ou seja, homem destruindo o próprio homem, tratando uns aos outros como se não fossem semelhantes.

Necessário assinalar que a ideia de semelhança como base para a dignidade humana remonta à época em que a religião, cuja doutrina é vinculada ao Cristianismo, foi a primeira ordem a trazer o conceito de dignidade humana por meio de uma igualdade, igualdade essa não apenas sob o aspecto horizontal, de homem para homem, mas principalmente sob o aspecto vertical, de criatura com criador.

Nesse sentido, pode-se dizer que a espécie humana foi elevada a um novo patamar, em que não poderia mais se admitir a sobreposição de uns em relação aos outros, sob fundamento de que uns são melhores que os outros.

Cabe assim, destacar o antigo testamento bíblico que afirma categoricamente que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus<sup>136</sup>, e sua criação se deu por feitura do próprio Deus criador. Vê-se com isso que o Evangelho traz no Antigo Testamento a clara distinção entre a criação do homem, como sendo a imagem e semelhança de Deus, ou seja, todos iguais perante Deus, e a criação das demais espécies, que foram criadas cada uma a sua semelhança. Nessa perspectiva, essa é a primeira demonstração de merecimento de dignidade humana, por meio da igualdade entre os homens.

---

<sup>135</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

<sup>136</sup> BÍBLIA Sagrada: nova versão internacional. Tradução da Comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Editora Vida, 2000, p. 1.

Com efeito, a história é dividida em dois momentos distintos, no que se refere à visão religiosa, que são o Antigo Testamento e o Novo Testamento, momentos esses em que ambos representam a vontade de Deus para o homem. Ocorre que as ideias do Cristianismo estão descritas apenas no Novo Testamento, sendo que no momento anterior, que é o Antigo Testamento, há apenas ideias que remetem ao que o Cristianismo traria para a humanidade. Foi um momento de preparação para o que haveria de vir.

Nessa direção, torna-se imprescindível destacar que Paulo de Tarso menciona que, nesse primeiro momento relatado, Deus falava aos homens por profetas, mas no Novo Testamento Deus falou aos homens por intermédio do seu próprio filho, o que fez a total diferença.

Não obstante tal divisão, tanto no Antigo, quanto no Novo Testamento, Deus mostra claramente a existência intrínseca do valor dignidade humana, com a diferença que no Novo a lei fora abolida em Cristo, e que este falava diretamente aos filhos de Deus, não mais pelos profetas<sup>137</sup>. Era mais uma demonstração de igualdade.

Coadunando com a ideia de que com o Cristianismo o homem não mais precisava se sujeitar aos preceitos da lei revogada em Cristo para liberdade de todo ser humano, não mais devendo se sujeitar aos preceitos de seus semelhantes, trazem-se as palavras de Paulo à igreja dos Gálatas, que novamente estava se deixando sobrecarregar por jugos humanos.

Ressalta Pico Della Mirandola<sup>138</sup> que a dignidade humana reside no fato de o homem ser o “mais digno da Criação de Deus, porque foi colocado no centro do universo”. Isso demonstra a superioridade do homem em relação aos demais seres vivos, sobretudo pelo fato de ser a única criatura feita à imagem e semelhança de Deus, com capacidade plena para atingir a salvação.

Com efeito, cumpre destacar que esse termo de atingir a salvação significa viver em condições dignas, tendo tudo suprido, tanto material como espiritual, que

---

<sup>137</sup> BÍBLIA Sagrada: nova versão internacional. Trad. Comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Editora Vida, 2000, Hb 1,1, p. 961.

<sup>138</sup> MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 22.

pode ser entendido também como o respeito com que é tratado pelos outros seres humanos, sobretudo pelo Estado.

Assim sendo, pode-se afirmar que isso se refere também e principalmente a viver desfrutando de respeito de seus semelhantes, como do Estado, que tem o dever de promover ações positivas, para efetivação desse direito, e também por regras protetivas contra qualquer violação, seja por parte do Estado ou de qualquer particular que seja, para que essa qualidade intrínseca que faz todos iguais, sem distinção de qualquer natureza seja efetivamente tutelada.

Nessa linha de raciocínio, Immanuel Kant<sup>139</sup> é o que deve ser respeitado por todos os outros seres humanos, em que cada um “tem que considerar a si mesmo não apenas como uma pessoa em geral, como também como um ser humano”.

Assim, é de se verificar que a lição que se pode tirar dessa parte dos escritos bíblicos e de Immanuel Kant é que o homem foi feito para dominar as demais criaturas, seres vivos, e não para uns tentarem dominar os demais. Não obstante essa visão, o que se presenciou ao longo de toda história é o homem entrando em guerras, cometendo atrocidades, sem o mínimo de respeito pelo semelhante.

Nesse sentido de que é próprio do homem um valor diferenciado, que lhe confere uma característica única de dignidade, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>140</sup> salienta:

[...] para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela “Santa Inquisição”) – de que o ser humanos - e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

A importância do tema se dá porque, nessa visão, não há exclusão de qualquer pessoa que seja, por serem todos iguais e que devem ser tratados como

---

<sup>139</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 277.

<sup>140</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

peças humanas, que são titulares de qualidades intrínsecas, cujo valor não pode ser comparado ao de qualquer objeto.

Partindo dessa premissa, Immanuel Kant<sup>141</sup> assegura que:

Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade, ela mesma, é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros, quer, inclusive, por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim. É precisamente nisso que sua dignidade (personalidade) consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos e, no entanto, podem ser usados e, assim, sobre todas as coisas.

Nesse raciocínio, importa ressaltar que o ser humano não pode ser reduzido a mero objeto, uma vez que é digno de respeito de tal monta que sua dignidade deve estar inserida na consciência e responsabilidade das demais pessoas, devendo, portanto, ser tratado da mesma maneira que ele próprio pretende ser tratado pelos demais, isto é, de ser tratado com respeito, em virtude do atributo que lhe é inerente. É um valor intrínseco da própria pessoa, que se manifesta por meio do livre arbítrio e pela consciência de responsabilidade pelos atos da vida em sociedade, conforme assevera Alexandre de Moraes<sup>142</sup>, a esse respeito:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Pode-se verificar que o fato de a pessoa ser humana é requisito necessário e suficiente para conferir-lhe a qualidade intrínseca, incondicional, e, portanto suprema, que é a dignidade humana.

Não obstante a conceituação de dignidade humana ter sido alvo da tentativa de inúmeros autores<sup>143</sup>, Ingo Wolfgang Sarlet foi o que mais se aproximou da

<sup>141</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Lisboa: Edipro, 2003, p. 306.

<sup>142</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 22.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69.

definição do significado de dignidade humana, abordando o caráter interno e supremo do ser humano como um dos fundamentos da existência humana.

Dessa forma, interessante se faz trazer à baila a conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana, elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>144</sup>:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Faz-se necessário pontuar novamente que a dignidade humana existe por si só, apenas pelo fato de o homem existir como ser humano, atributo esse que o difere de todos os outros animais, e que faz com que somente ele, o ser humano tenha essa qualidade que lhe é inerente e que o faz titular de direitos que devem ser respeitados não apenas por seus semelhantes, mas também pelo Estado, que é o responsável pela proteção a essa qualidade intrínseca.

No que diz respeito à dignidade como valor supremo da condição humana, essa é uma característica, um atributo interior e intrínseco, portanto inerente a todo ser humano<sup>145</sup>, devendo por isso, ser respeitado por todos, inclusive pelo Estado.

A dignidade humana é um valor interno supremo, e como portadora dessa supremacia, não comporta sobreposição de qualquer outro valor imposto por outro ser humano, ou seja, o ser humano, como pessoa humana, tem dignidade, e com isso, não pode ser tratado como objeto, ou como algo com menos valor que seu semelhante.

Débora Gozzo<sup>146</sup> assevera que:

---

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

<sup>145</sup> GOMES, Andréia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 24 a 37.

O princípio da dignidade humana integra o ordenamento jurídico brasileiro na sua mais alta forma, isto é, servindo de ponto de partida, inclusive, para a aplicação de outros princípios, em razão do alto valor que alcança para o homem e a sua integridade física e psíquica.

Com isso, nota-se que a preocupação em resguardar a dignidade humana vem sendo construída ao longo da história da convivência humana, desde a Antiguidade, até o momento em que o homem percebeu seu alto potencial de autodestruição.

Acerca de suas características intrínsecas, não há de se olvidar que é da essência do ser humano ter dignidade, e a dignidade humana deve ser levada em conta para proteção e respeito dos direitos humanos, portanto, fundamentais de cada cidadão.

Enfim, é de se verificar que a consciência acerca da existência de uma característica intrínseca e inalienável, inerente a todo ser humano, foi sedimentada por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo demonstrado a necessidade de proteção, como forma de reação, conforme explicita Laércio Dias de Moura<sup>147</sup>:

[...] nos tempos que antecederam e durante a “Segunda Grande Guerra Mundial, a consciência da humanidade, reagindo contra os vilipêndios e desrespeitos pela honra e pela vida de massas enormes, expressou na Declaração Universal dos Direitos do Homem sua convicção sobre a dignidade da pessoa humana e a necessidade de afirmá-la, defendê-la e protegê-la”.

Após ter-se tratado do conceito de dignidade humana como valor supremo utilizado como fundamento para proteção do complexo de direitos e deveres fundamentais de cada ser humano, torna-se necessário destacar a dignidade humana como qualidade intrínseca de todo ser humano, que existe apenas pelo fato de o homem existir e viver como ser humano, é um direito que deve ser protegido, mas que por si só não tem proteção nenhuma.

---

<sup>146</sup> GOZZO, Débora. Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação e paternidade. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). **Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização**. Osasco: Edifício, 2006, p. 220.

<sup>147</sup> MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos: O ser humano num mundo em transformação**. Rio de Janeiro: PUC, 2002, p. 74.

## 2.2 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Como foram abordados os aspectos que envolvem os direitos fundamentais da pessoa humana, cuja base está alicerçada na dignidade humana, passa-se a estudar esses mesmos direitos fundamentais à luz da Constituição Federal de 1988, e para isso, como forma de diferenciação e conceituação, preliminarmente, serão trazidas as definições de direitos humanos e direitos fundamentais.

A análise desses institutos tem significativa importância para compreensão do desenvolvimento do direito fundamental da igualdade, consagrado tanto nos documentos e declarações elaborados ao longo da história humana, pela comunidade internacional, sobretudo no pós-guerra, em que os direitos humanos ganharam espectro de internacionalidade<sup>148</sup>, como também na Constituição Federal de 1988.

Hodiernamente, a dignidade da pessoa humana tem sido inserida na maior parte dos textos constitucionais dos países, como princípio fundamental, funcionando com verdadeiro lastro para os direitos fundamentais.

Deve-se ter em mente que a positivação dos princípios fundamentais tem se dado ao longo da história, como consequência dos resultados empíricos a que o homem se submeteu e foi submetido pelo seu semelhante. O intuito é o de demonstrar no próprio texto constitucional quais são os princípios norteadores do Direito.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana vem elencado como fundamento da República Federativa do Brasil, tornando-o base e referência para tutela dos direitos fundamentais constantes do texto constitucional.

O diploma constitucional<sup>149</sup> brasileiro traz logo no título 1º os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, que é formada pela união

---

<sup>148</sup> RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo. Os Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais: Interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 170.

<sup>149</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.



indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e constitui-se um Estado Democrático de Direito, tendo fundamentos outros, além da dignidade da pessoa humana:

Esses princípios fundamentais elencados pelo constituinte de 1988 são fundamentos necessários para toda atividade jurídica. São verdadeiras regras norteadoras para a tutela e garantia dos direitos da pessoa humana.

Bom é mencionar as palavras de José Afonso da Silva<sup>150</sup> acerca do significado de princípios constitucionais fundamentais:

Princípios constitucionais fundamentais integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas síntese ou normas-matriz [...] normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional.

Para Paulo Bonavides,<sup>151</sup>

O Estado de Direito não se define apenas pela legalidade, mas pelos princípios constitucionais, por considerações superiores de mérito que o governam e fundamentam. [...] Um Estado que une ao seu código de regras fundamentais um evangelho de valores e crenças extraídas do coração e da consciência do homem, empenho em dissipar as trevas o absolutismo, da tirania e da injustiça social.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho,<sup>152</sup>:

Os direitos fundamentais são direitos positivados numa ordem constitucional vigente. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais.

É por meio do princípio da dignidade humana que todos podem ser considerados iguais. E mais importante que isso é que todos sejam tratados igualmente, sem distinção de raça, crença ou de qualquer natureza, onde quer que estejam na face da Terra.

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 95

<sup>151</sup> BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). **Direitos humanos como educação para a Justiça**. São Paulo: LTr, 1998, p. 22

<sup>152</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 377.

A dignidade humana diz respeito a todos os direitos fundamentais e todos os direitos fundamentais dizem respeito à dignidade humana uma vez que uns não podem permanecer sem os outros.

Dessa forma, passa-se a trazer, a partir de agora, as distinções doutrinárias, necessárias para o desenvolvimento do tema, cujos institutos serão abordados no presente trabalho.

Com isso, é conveniente ressaltar que o direito natural está relacionado à dignidade humana e aos direitos humanos, que são aqueles positivados ou que o homem tem consciência de que têm que ser protegidos, como forma de manutenção da espécie humana.

Como assevera Ingo Wolfgang Sarlet<sup>153</sup>,

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais pode encontrar um fundamento, na circunstância de que, pelo menos de acordo com uma determinada concepção, os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista.

Nas palavras de Norberto Bobbio<sup>154</sup>, pode-se encontrar a conexão e a distinção entre os conceitos quando explica que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”.

Nessa mesma linha de pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>155</sup> afirma que:

Os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-se ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.

---

<sup>153</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 32.

<sup>154</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.50.

<sup>155</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 32.

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca pela dignidade humana<sup>156</sup>, e por isso pode-se notar que há uma clara distinção entre direitos humanos, que já nascem natural e universalmente a todos seres humanos, e direitos fundamentais, que só passam a existir após terem sido positivados pelo Estado.

Conforme explicação de Norberto Bobbio<sup>157</sup>,

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconhecem a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo [...] contra os próprios órgãos do Estado.

Ainda segundo Norberto Bobbio<sup>158</sup>, ao discorrer acerca da distinção entre direito natural e direito positivo, o referido autor traz os pensamentos de Aristóteles na obra “Ética a Nicômaco”, esclarecendo que:

Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda a parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada.

Os direitos fundamentais servem para tornar a convivência humana mais harmoniosa de forma que cada um saiba qual é o limite que sua ação deve respeitar, para que o outro não seja afetado negativamente, o que faz com que cada um saiba como agir respeitando os direitos naturais e inalienáveis do seu próximo.

Hannah Arendt<sup>159</sup> afirma que:

No século XIX se afirmava que os Direitos do Homem eram inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outros direitos ou leis, não se invocava nenhuma autoridade para estabelecê-los: o próprio Homem seria sua origem e seu objetivo último.

<sup>156</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

<sup>157</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 51.

<sup>158</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 16.

<sup>159</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo imperialismo totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 324.

Acerca do uso correto das expressões, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>160</sup> faz uma ressalva para a utilização do termo “direitos do homem”:

A utilização da expressão direitos do homem, de conotação marcadamente jusnaturalista prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre as fases que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento deste pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.

Deve-se ter clara a percepção que os conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais se diferem, sendo que ambos os conceitos referem-se a direitos da pessoa humana, no entanto a doutrina faz uma distinção acerca do uso de cada uma dessas concepções, tratando do conceito de direitos humanos como aqueles direitos da pessoa humana, tratados ao longo da história, portanto, fundamento para a positivação desses mesmos direitos, que, depois de inseridos no ordenamento passam a ser denominados direitos fundamentais.

Para Norberto Bobbio<sup>161</sup>,

Direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de lhe parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve pois, ações cuja bondade seja objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais).

Ainda segundo o mesmo autor<sup>162</sup>,

Direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro, mas uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

Nesse contexto, cumpre ressaltar a afirmação de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>163</sup> acerca da distinção entre as expressões direito do homem, direitos humanos e direitos fundamentais:

<sup>160</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: nota em torno dos §§ 2º E 3º do art. 5º da Constituição de 1988 In: BARROSO, Luis Roberto. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63.

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p.17.

<sup>162</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p.17.

[...] “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).

No mesmo sentido, Paulo Bonavides<sup>164</sup> afirma que ambos os conceitos se referem à pessoa humana, no entanto a distinção está no quesito posituação dos direitos, como se empreende a seguir:

Quem diz direitos humanos, diz direitos fundamentais, e quem diz estes diz aqueles, isto é, a mesma coisa. Numa concepção mais genérica, afigura-se-nos aceitável o uso indistinto dos dois termos [...] Razões porém de clareza e precisão de algum proveito didático talvez aconselhem a necessidade de fazer mais específico o uso das duas expressões, com ligeira variação conceptual.

Paulo Bonavides<sup>165</sup> acrescenta, ainda, que:

A fórmula direitos humanos consagraria em primeiro lugar, pelas suas raízes históricas, os direitos do homem antes de seu ingresso nos Códigos e nas Constituições como direito positivo e público nos ordenamentos nacionais.

Outro autor que traz a mesma distinção para os termos direitos humanos e direitos fundamentais é José Joaquim Gomes Canotilho<sup>166</sup>, ao destacar que muitas vezes os termos são utilizados como expressões equivalentes, no entanto deve-se trazer à tona a distinção latente entre os termos:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.

Ainda, segundo o referido autor<sup>167</sup>,

Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

<sup>163</sup> SARLET, Ingo Wolfagn. Os direitos fundamentais, a Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: nota em torno dos §§ 2º E 3º do art. 5º da Constituição de 1988 in BARROSO, Luis Roberto. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63.

<sup>164</sup> BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). **Direitos Humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998, p. 16.

<sup>165</sup> BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). **Direitos Humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998, p. 16.

<sup>166</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 393.

<sup>167</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 393.

Seguindo esse sentido, é de se dizer que, ainda nessa mesma distinção feita, pretende-se caracterizar os direitos fundamentais como os mesmos direitos humanos vistos sob o aspecto histórico presente em todos os tempos, desde os primórdios, mas agora sob o cunho de direitos fundamentais resguardados e protegidos pelo Estado, ao ser humano, independente de raça, credo, ideologia, mas sim, baseado nos direitos que estão positivados na Carta Maior.

No mesmo sentido, acerca da existência de distinção e frente à necessidade de tratamentos diferenciados entre os conceitos, pode-se verificar que os direitos fundamentais estão ligados à dignidade da pessoa humana, uma vez que são oriundos da própria natureza do homem como ser humano, encontrando-se normatizados e positivados.

Assim, a importância do tema se dá pela proteção conferida por meio do ordenamento jurídico em cada Estado, e que, para essa positivação, tais direitos tenham sido reconhecidos pelo Estado, pois a positivação só se dá após a conscientização pela comunidade acerca da importância da tutela pelo Estado de tais direitos, tornando-os direitos fundamentais.

Nesse contexto, Fábio Konder Comparato<sup>168</sup> traz a seguinte afirmação:

Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes fazem nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.

Para o ordenamento brasileiro, os direitos humanos são tratados como valores supremos, verdadeiro princípio fundamental, como forma de dispender e canalizar todas as energias possíveis à proteção da dignidade da espécie humana, que serve de fundamento, tanto para concretização dos direitos humanos, como para os direitos fundamentais.

---

<sup>168</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

Não obstante os direitos fundamentais estarem elencados expressamente na Constituição Federal de 1988, esse rol não é taxativo, pois ressalta-se que não apenas esses, mas também outros que, mesmo não dispostos no texto constitucional, podem também ser alvo de tutela estatal.

Essa tutela constitucional mencionada ocorre por força do parágrafo 2º do artigo 5º do mesmo diploma<sup>169</sup>, que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como explica Mauricio Andreiuolo Rodrigues<sup>170</sup>,

O direito interno se debruça sobre as relações domésticas. Ocorre que há casos onde um ato internacional precisa se tornar eficaz na ordem jurídica interna, como pode acontecer, por exemplo, nos tratados sobre a defesa de Direitos Humanos.

O ordenamento internacional tem tido papel relevante para a efetivação desses direitos também no ordenamento brasileiro, devido aos caminhos adotados mundialmente para o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, em especial aqueles considerados inerentes à dignidade humana.

Flávia Piovesan<sup>171</sup> explica que:

Nesse contexto, tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam ao Estado que os ratificam obrigações e plano internacional.

Nas palavras de Norberto Bobbio<sup>172</sup>,

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva

<sup>169</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>170</sup> RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo, Os Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais: interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 162.

<sup>171</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 09.

<sup>172</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.21.

proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional.

Embora seja a paz pressuposto para os direitos do homem, não se pode perder de vista a importância da fundamentação teórica dos direitos humanos, porém, de acordo com o mesmo autor<sup>173</sup>, o maior problema hoje dos direitos humanos não é mais fundamentá-los, solução que se deu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, mas sim protegê-los.

Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>174</sup>,

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que, [...] está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente – no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direitos constitucional internacional.

Ainda sobre essa questão, Flávia Piovesan<sup>175</sup> explica que “a Declaração Universal de 1948, objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”.

Flávia Piovesan<sup>176</sup>, afirma, também, que:

A Declaração introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita [...] a Declaração introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível.

Norberto Bobbio<sup>177</sup> preleciona que:

[...] o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa

<sup>173</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 45.

<sup>174</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 33.

<sup>175</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

<sup>176</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144 e 146.

<sup>177</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.21.



ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.

A dignidade da pessoa humana é considerada fundamento basilar para o princípio constitucional da igualdade, assim também como aos demais direitos fundamentais elencados constitucionalmente, devendo ela ser utilizada como parâmetro, um porto seguro para todas as ações, sejam advindas de particulares, do Estado ou de quem quer que seja, conforme assevera José Joaquim Gomes Canotilho,<sup>178</sup> ao discorrer sobre o assunto:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a «reserva do possível», fáctica ou jurídica.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>179</sup> assevera que a Constituição Federal de 1988 traz como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, e nesse sentido afirma que:

[...] o próprio Estado reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal, [...] no momento em que a dignidade humana é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para garantia e promoção da dignidade da pessoa individual e coletivamente consideradas.

Assim como George Marmelstein<sup>180</sup> salienta que:

Os direitos fundamentais foram concebidos, originariamente, como instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal (o que se pode chamar de eficácia vertical) dos direitos fundamentais, [...] No entanto, atualmente, [...] tem-se reconhecido que os valores contidos nesses direitos projetam-se também nas relações entre particulares, [...] potencialmente capazes de causar danos efetivos aos princípios constitucionais e podem oprimir tanto ou até mais do que o Estado.

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição cidadã e que inaugurou o Estado Democrático de Direito, tem a dignidade da pessoa humana

<sup>178</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 1255.

<sup>179</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

<sup>180</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 336.

como princípio fundamental elencado no artigo 1º, inciso III, e traz expresso logo em seu preâmbulo para que veio<sup>181</sup>:

Instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional.

O constituinte brasileiro<sup>182</sup>, então, outorgou, de forma clara e inequívoca, os princípios fundamentais com qualidade de norma embasadora e informativa de toda ordem constitucional, tornando-se núcleo essencial da nossa Constituição, que é a dignidade da pessoa humana.

A relevância do tema relacionado a direitos fundamentais tem importância basilar no ordenamento brasileiro, no que se refere à efetivação do direito fundamental da igualdade, concretizado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que a Carta estabeleceu uma nova ordem constitucional com sua promulgação, garantindo igualdade a todos, sem preconceitos, de modo a proporcionar proteção à dignidade humana.

Essa importância se dá, porque todos os direitos fundamentais, conferidos nos mais variados diplomas, são dirigidos unicamente ao ser humano, sem distinção de crença, religião, etnia, posição social ou cultural.

Nesse sentido, imperioso mencionar as palavras de José Afonso da Silva,<sup>183</sup> sobre a expressão igualdade:

A igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. [...] A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais como princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais.

---

<sup>181</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>182</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 211.

No caso brasileiro, a Constituição Federal elenca em vários dispositivos a proteção ao direito da igualdade com fundamento da dignidade humana. A proteção desses direitos constitui base para garantia da dignidade humana, elencada logo no artigo 1º da Constituição Federal, como fundamento constitucional para todas as demais normas presentes naquele diploma.

A efetivação dos direitos fundamentais conferidos e elencados na Constituição Federal de 1988, da mesma forma do que tem ocorrido em diversos tratados e convenções internacionais, é de suma importância para a garantia da igualdade a todos, sem preconceitos, de modo a proporcionar meios de acesso a uma sociedade livre, justa e solidária, nos moldes dispostos na nossa Constituição.

### 2.3 A proteção constitucional do direito fundamental da igualdade

Não obstante o merecimento e necessidade de proteção, somente ao longo da história de convivência humana e desenvolvimento do direito é que a dignidade humana passou a ser protegida cada vez mais com maior relevância jurídica. E quanto ao direito à igualdade, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>184</sup> traz o pensamento estoico para suportar esse direito como atributo da dignidade humana inerente a todos os seres humanos:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade [...], no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade.

Nesse diapasão, o princípio da igualdade, fundamentado na dignidade da pessoa humana, pode ser consagrado como vetor para todas normas constitucionais e infraconstitucionais, serve para garantir na lei constitucional que todos são iguais, e que devem ser tratados igualmente, sem distinção de raça, crença ou de qualquer natureza.

---

<sup>184</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

É em virtude dessa forma de tratar o próximo com respeito, que o princípio da igualdade se torna primordial e ganha contornos marcantes para a proteção da dignidade humana.

A conscientização de que o homem deve ser tratado igualmente, independente de sua raça, crença ou qualquer outra forma de discriminação, seja de que natureza for, está intrinsecamente ligada aos desrespeitos sofridos pelo homem ao longo da história, fruto da imaginação e ideologia criadas pelo seu próprio semelhante.

Os resultados desses desrespeitos foram desastrosos, e por isso deram ensejo à necessidade de reconhecimento de que todos são iguais. Tal valor também deve ser considerado como supremo, por compor um dos atributos da dignidade humana, como já visto, em relação ao vetor espiritual na religião, de que todos são feitos à imagem e semelhança de Deus, o criador de todas as coisas, do universo e dos seres vivos da Terra.

Assim, pode-se notar que os direitos fundamentais elencados constitucionalmente são verdadeiros instrumentos de tutela do direito, não importando de quem esteja partindo a infração constitucional. É a garantia a todo cidadão de que nem o Estado como detentor do poder, nem o semelhante de qualquer que seja a pessoa podem oprimir o cidadão.

Salienta-se que, naturalmente, a igualdade tem base na dignidade, e a dignidade, por sua vez, também é a igualdade. Negando-se a igualdade, nega-se a dignidade, e negando-se a liberdade, nega-se a dignidade.

Para José Afonso da Silva<sup>185</sup>, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana:

É um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida [...] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, não uma qualquer ideia apriorística do homem e não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>185</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.105.

O entendimento atual é de que o reconhecimento da dignidade humana como atributo de todo ser humano independe do momento vivido por qualquer que seja a comunidade, ou momentos políticos, sociais ou econômicos vividos.

Independe também de interesses alheios, pois, inserida no texto constitucional, é garantia tanto perante o Estado, como perante a sociedade, de que todos os direitos inerentes a essa dignidade devem ser respeitados e tutelados por todos.

Para Paulo Bonavides<sup>186</sup>, o direito fundamental da igualdade tem ganhado relevância no Direito Constitucional, conforme se pode ver:

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito guardião do Estado Social.

No que diz respeito à responsabilidade do Estado na promoção da igualdade entre os cidadãos, Paulo Bonavides<sup>187</sup> ainda elucida que:

O Estado social é enfim um Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia.

Acerca do foco do Estado Social, Paulo Bonavides<sup>188</sup> entende que:

A doutrina democrática do Estado Social não lida com abstrações, não se satisfaz com a quimera libertária dos direitos civis e políticos, de extensão unicamente formal [...] A liberdade, a igualdade, a fraternidade e a humanidade galgando pois o patamar na evolução dos direitos humanos fortejam por concretizar a justiça em grau máximo de eficácia e proteção.

Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que o princípio da igualdade tem sido visto como um princípio de suma importância para atacar desigualdades existentes na sociedade, como meio de minimizar e banir essas desigualdades entre toda e qualquer pessoa. O Estado democrático de Direito, como é o caso do Estado

---

<sup>186</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 376.

<sup>187</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 378.

<sup>188</sup> BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). **Direitos humanos como educação para a Justiça**. São Paulo: LTr, 1998, p.18-19.

brasileiro, deve se valer desse princípio em sua atuação e procedimentos que adotar.

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>189</sup>, a igualdade expressa no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, uma igualdade perante a lei significa que:

Qualquer pessoa submetida à aplicação da lei por qualquer autoridade brasileira tem o direito de ver esta lei aplicada sem nenhuma discriminação fundamentada, por exemplo, em critérios como sexo, a cor da pele, a nacionalidade, a idade ou a condição social.

Ainda sobre essa questão, tem-se que a igualdade isonômica, a não material ou econômica, é uma igualdade que está relacionada a dois direitos em espécie, a saber: o direito à igualdade propriamente dito, que é o dever de tratar igualmente os iguais, e o direito fundamental à desigualdade, que deve ser visto diferentemente da discriminação.

Dessa forma, o estudo abre a possibilidade de se investigar a fundo as ações afirmativas, e é exatamente no dever de tratamento desigual, que as ações afirmativas ganham racionalidade e fundamento.

Nesse viés, Robert Alexy<sup>190</sup> mostra claramente a ideia de que, inobstante a existência da igualdade dirigida ao legislador, que considerar todos iguais sem qualquer distinção, o tratamento não pode ser sempre e exatamente o mesmo em todos os casos, ao asseverar que o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma.

A igualdade, portanto, pode ser vista sob vários aspectos distintos entre si, dentre os quais a igualdade formal. Essa igualdade considera todos os seres humanos iguais.

---

<sup>189</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.71.

<sup>190</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 397.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>191</sup> “realça o caráter tendencialmente tautológico da igualdade formal, uma vez que o cerne do problema permanece irresolvido”, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais.

Pode-se observar que a igualdade formal é aquela inserida nos textos constitucionais e dos documentos internacionais, desde a Carta do Bom Povo da Virgínia, de 1776, voltando a ser abordada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, documentos esses que trazem uma disposição genérica, pela qual todos os destinatários, independente das distinções existentes, são considerados iguais perante a lei.

A desconsideração de qualquer distinção existente na sociedade faz com que a igualdade formal, cujo reconhecimento já se dá em nível mundial, não se mostrou e não se mostra eficaz para efetivação do princípio da igualdade.

Muito embora essa eficácia não tenha se mostrado presente, a Igualdade tem sido cada vez mais inserida e ratificada pelas constituições democráticas, assim como pelos organismos internacionais, mas mesmo com todo esse esforço, a desigualdade social entre as pessoas dentro da diversidade cultural não foi banida até o momento. As pessoas menos favorecidas ou consideradas desprivilegiadas e vulneráveis continuam sendo objeto da busca pela igualdade, sendo que aqueles considerados dentro da curva padrão são paradigmas para concretização e efetivação do princípio da igualdade.

No cerne desse entendimento, está o de José Afonso da Silva<sup>192</sup>, ao asseverar que:

O Estado Democrático de Direito subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade e sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.

Isso quer dizer que cabe à lei não apenas tratar os indivíduos com generalidade, sem se voltar às realidades sociais, mas deve a lei ter como alvo a igualdade entre as pessoas, ou seja, é uma forma de propiciar igualdade de

---

<sup>191</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 427.

<sup>192</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 121.

condições àqueles que a convivência em sociedade tratou de colocá-los em condições desiguais. Essa é a busca pela justiça social, por meio da formalização legal da vontade coletiva.

Vê-se, portanto, que o Direito busca equiparar ou igualizar aquelas minorias ou grupos vulneráveis aos grupos que estejam inseridos dentro de um padrão social tolerável e aceitável como ideal.

Quando se observa a expressão igualdade, pode-se observar pelo pensamento de Roberto Carlos Batista<sup>193</sup> que:

Igualdade é identificada nos direitos de segunda geração, espelhada nos direitos sociais, econômicos e culturais, e contextualizada pelas consequências e premências sociais que decorreram do regime liberal português, de abstenção da intromissão do Estado no terreno individual.

Pode-se notar esse aspecto em evidência, nas constituições elaboradas sob a influência dos textos americano e francês, por trazerem também em si o princípio da igualdade, a igualdade jurídica, que existe apenas perante a lei, portanto formal, por tratar-se de direitos expressos no texto constitucional, mas que não refletem a realidade.

George Marmelstein<sup>194</sup> afirma que praticamente todas as declarações de direitos elaboradas no período histórico dos textos proclamados sob a influência do pensamento liberal no que se refere ao direito de igualdade, mesmo havendo o texto proclamando o direito de igualdade, não havia um interesse verdadeiramente honesto de se garantir a isonomia para todos os seres humanos.

O princípio da igualdade, elencado no título dos direitos e garantias individuais, deve ser visto como um dispositivo norteador para todo o resto do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de garantia ao indivíduo, como assevera Celso Ribeiro Bastos<sup>195</sup>.

A igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas na verdade garante o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica. A igualdade é, portanto, o mais vasto dos

---

<sup>193</sup> BATISTA, Roberto Carlos. **Coisa julgada nas ações civis públicas**: direitos humanos e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 89.

<sup>194</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 43-44.

<sup>195</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de direito constitucional**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 191.



princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva.

Essa garantia pode ser vista como instrumento advindo por meio do princípio da igualdade, não para tornar a sociedade homogênea, mas para minimizar as desigualdades, como assevera Marcelo Neves<sup>196</sup>:

Inicialmente, deve ser afastada toda e qualquer concepção de que se trata de igualdade de fato. O princípio da igualdade surge exatamente como instituição destinada a neutralizar as desigualdades no âmbito do exercício dos direitos [...] pode-se afirmar que se trata de igualdade jurídico-política. [...] A diversidade de valores, interesses, crenças e etnias no espaço social e político torna possível a implantação do princípio da igualdade.

Dessa forma, vê-se que o princípio da igualdade elencado no texto constitucional serve como instrumento garantidor aos cidadãos, destinado a reduzir desigualdades, sem deixar de lado o fato de que a sociedade é formada por uma diversidade de cultura, crenças, etnias, interesses e valores.

A positivação constitucional no artigo 5º da Constituição Federal, denominada como Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, dizem respeito à igualdade, que, afinal de contas, quer dizer respeito ao próximo, sendo fundamentado na dignidade humana, mais expressivo até que a liberdade, mas por causa do respeito ao próximo.

Partindo-se dessa premissa, pode-se observar que não apenas o artigo 5º, caput, da Constituição Federal, que consagra a igualdade - todos são iguais perante a lei - igualdade isonômica, mas em uma interpretação constitucional, pode-se notar que esse respeito ao próximo se encontra também em várias outras disposições.

Nesse sentido, carece mencionar que além do artigo 5º, caput, dispõe também o artigo 3º, inciso IV, os objetivos da República Federativa do Brasil, com atenção à promoção do “bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 167.

<sup>197</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

No cerne desse entendimento está a ideia de George Marmelstein<sup>198</sup>, ao afirmar que:

O respeito ao próximo – independente de quem seja o próximo – é uma clara obrigação constitucional, de modo que o Estado tem o dever de tratar todas as pessoas como dotadas com o mesmo status moral e político e com a mesma consideração.

Ainda nesse mesmo viés, o mesmo autor<sup>199</sup> afirma que:

Não há mais cidadãos de segunda categoria, nem seres privilegiados que se consideram superiores, em dignidade, em relação aos demais seres humanos. Aliás, essa ideia ficou ainda mais clara com o mapeamento do genoma humano, que comprovou, cientificamente, que não existem distinções substanciais entre os homens, de modo que todos são, em essência química e biológica, iguais.

Outro dispositivo constitucional que também demonstra o dever de respeito ao próximo é o artigo 5º, inciso I, ao dispor que “homens e mulheres são iguais em direito e obrigações”<sup>200</sup>.

Não obstante a consagração do princípio da igualdade isonômica entre homens e mulheres, interessante citar as afirmações de José Afonso da Silva<sup>201</sup> ao explicar o sexo como fator de discriminação, no ordenamento jurídico anterior ao Estado Democrático de Direito, instituído com o advento da Constituição Federal de 1988:

O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica, à do homem. A Constituição deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres.

Vê-se com isso que a Constituição deu um passo não na direção de equiparar homens e mulheres apenas em direitos, mas deu maior amplitude e importância, por equiparar não apenas em direitos, mas também em obrigações. Foi um avanço a passos largos. Isso demonstra que o tratamento deve ser igual em todos os aspectos.

---

<sup>198</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 79.

<sup>199</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 79.

<sup>200</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>201</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 223-224.

George Marmelstein<sup>202</sup> trata dessa equiparação constitucional entre homens e mulheres como dever de respeito ao próximo, citando que essa igualdade perante a lei também consta de várias declarações liberais de direitos, dispondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...], a exemplo também do artigo 5º, caput”.

Para Marcelo Neves<sup>203</sup>, o respeito ao próximo está ligado à postura adotada pelo poder estatal, uma vez que:

Evidentemente, a fundamentalidade do direito de igual respeito e consideração depende da existência de uma esfera pública pluralista na qual se assente e seja generalizado o respeito recíproco e simétrico às diferenças”.

Interessante citar as palavras de José Afonso da Silva<sup>204</sup>, cujo entendimento é no sentido de que não se trata apenas de isonomia formal, mas que se trata de proibição absoluta de tratamento desigual entre homens e mulheres:

[...] não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.

Ao longo da história humana, já se viram a mancheias aspectos que envolvem as características distintivas de determinados grupos da população, aspectos étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais, serem utilizados como forma de justificativa para adoção de tratamentos desumanos.

Essa é uma forma de tratar o outro em um nítido desrespeito ao princípio da igualdade, por meio da criação do estereótipo perfeito, e com isso, baseia-se em uma legitimidade para agir com todos que estiverem fora da curva, com arbitrariedade e desprezo.

A dignidade<sup>205</sup> não pode ser atribuída tão-somente levando-se em conta o aspecto cultural, pois é um atributo inato, intrínseco e indisponível do ser humano, e deve ser exercida e reivindicada a cada dia pelas pessoas individualmente.

<sup>202</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 78-79.

<sup>203</sup> NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 170.

<sup>204</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 217.

Partindo dessas premissas, é de se admitir que todas as pessoas, sem exceção, seja a que grupo pertençam, são pessoas que, por sua condição humana, têm dignidade, portanto merecedoras de serem tratadas com respeito pelos seus semelhantes. Isso quer dizer que a dignidade impõe o dever a qualquer pessoa que seja, independente de sua posição, de tratar o próximo com o respeito que todos merecem como seres humanos.

Oscar Vilhena Vieira<sup>206</sup> traz a ideia de respeito ao próximo, ao aduzir que:

Os direitos da pessoa humana constituem uma ideia reguladora, ou seja, algo que estabelecemos como um parâmetro ou ideal a ser buscado por nossas sociedades. Uma sociedade que respeite os direitos da pessoa humana poderia ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça.

No ordenamento jurídico brasileiro, as pessoas são constitucionalmente protegidas, e busca-se, assim, assegurar a dignidade humana. Não é difícil entender essa proteção conferida a todos, sem distinção de qualquer natureza, cujas raízes vêm da filosofia grega antiga, em Aristóteles, ao afirmar que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais tratados desigualmente na medida em que se desigualem.

Pode-se trazer à discussão o entendimento de George Marmelstein<sup>207</sup> no que diz respeito ao direito da igualdade, sobre o caráter universalista apenas entre todos os brasileiros e os estrangeiros residentes no país:

[...] todas as vezes que não estamos invocando a igualdade em seu sentido absoluto – ou seja, igualdade de todos em tudo – nos depararemos com a necessidade de justificar “quem é igual” e “em relação a que coisas”, além de encontrar um “critério justo” para atribuição de coisas ou direitos a cada pessoa ou a cada grupo de pessoas. Aqui é que começam, de fato, os enormes problemas da igualdade.

Em virtude dessas considerações, é de se afirmar que o tratamento a ser dispensado a cada pessoa deve ser diferenciado, de acordo com a posição que cada um se encontra, e esse é o tratamento com igual respeito e consideração<sup>208</sup> a

<sup>205</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

<sup>206</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

<sup>207</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 285.

<sup>208</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 285.

cada ser considerado igual sob o ponto de vista gênero humano, mas não iguais nos quesitos de condição social e natural.

Nas palavras de John Rawls<sup>209</sup>,

[...] chega-se à igualdade democrática por meio da combinação do princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença. Este último elimina a indeterminação do princípio da eficiência, elegendo uma posição particular a partir da qual as desigualdades econômicas e sociais da estrutura básica devem ser julgadas.

Jean Jacques Rousseau<sup>210</sup> distingue a desigualdade dos homens em duas espécies, a saber:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza e consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que alguns usufruem em detrimento dos outros, como o de serem mais ricos, mais honrados, mais poderosos que eles, ou mesmo o de fazerem-se obedecer por eles.

Para maior compreensão das palavras de Jean Jacques Rousseau, vê-se que a primeira desigualdade abordada pelo autor, cujo teor está na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma, não autoriza qualquer tratamento diferenciado, pois independente dessas desigualdades, todos são tratados como iguais pela lei.

Já a segunda desigualdade enfrentada por Jean Jacques Rousseau, que por ordem de caráter moral ou política, dependente, portanto, de uma espécie de convenção estabelecida ou, pelo menos autorizada pelo consentimento dos homens, essa sim autoriza a produção de tratamento diferenciado entre as pessoas, para produção de uma igualdade dentro dessa mesma sociedade.

Jean Jacques Rousseau traz ainda, como motivos, a ociosidade de uns, o trabalho em excesso de outros, a facilidade de irritar e satisfazer nossos apetites e nossa sensualidade, os alimentos contrabalanceados de uma pequena camada da

<sup>209</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 79.

<sup>210</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 43.

população, e a má nutrição dos pobres, que são a grande massa populacional, como as vigílias, os transportes imoderados das paixões, as fadigas e o esgotamento de espírito, dentre outros excessos de toda espécie que perpetuamente arruinam as almas.

De acordo com o pensamento de Ives Gandra Martins<sup>211</sup>:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Têm-se, portanto, vedados quaisquer tipos de discriminações infundadas a qualquer que seja o grupo, ou tratamento desigual arbitrário por qualquer motivo que seja.

O mesmo ocorre no caso brasileiro, artigo 5º, caput, da Constituição Federal<sup>212</sup>, que dispõe acerca da igualdade a todos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Vê-se, portanto, pelo artigo citado acima, que a igualdade é pressuposto para uma vida digna, ninguém podendo ser alvo de discriminação ou diferenciação, senão em virtude da própria lei.

Não é de se olvidar que, mesmo em se tratando de brasileiros ou estrangeiros, homem ou mulher, não há que se fazer distinção alguma, seja em função de raça, cultura, etnia ou outras características de determinados grupos. Somente a Constituição Federal pode dispor acerca de quaisquer tratamentos diferenciados.

Ao se abordar o tema igualdade, depara-se, também, com a distinção entre a igualdade jurídica e a igualdade fática, mas não se trata de um direito humano

---

<sup>211</sup> MARTINS, Ives G. da Silva. **Direito constitucional interpretado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 154.

<sup>212</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

apenas, e sim de direitos fundamentais. A doutrina tem na classificação tradicional a igualdade isonômica e a igualdade fática.

Interessante ressaltar, que Robert Alexy<sup>213</sup> também destaca essa distinção entre direito à igualdade, conhecido como isonomia ou igualdade jurídica e a igualdade fática.

José Afonso da Silva<sup>214</sup> afirma que:

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos.

De acordo com o referido autor<sup>215</sup>:

A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.

A igualdade de direitos isonômica confere a todos os seres humanos, sejam eles homens ou mulheres, o direito de serem tratados sem discriminação, e isso faz com que o legislador esteja vinculado à elaboração de leis que autorizem discriminações pautadas em critérios concretos de razoabilidade e proporcionalidade.

Na visão de Luiz Antonio Rizzato Nunes<sup>216</sup>, a isonomia está intimamente relacionada com a dignidade, pois essa também se refere à busca pela igualdade, garantia essa de maior importância do Estado, pois, segundo o autor, “a isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a diferença, o comando a ser considerado primeiro pelo intérprete”.

---

<sup>213</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 417.

<sup>214</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 215.

<sup>215</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 215.

<sup>216</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 45.

O legislador, no processo legislativo de edição da norma, não deve promover discriminações que não atendam a critérios razoáveis e proporcionais à diferenciação. Isso quer dizer que é por meio do princípio da isonomia que cabe também ao juiz ser direcionado por esse princípio a dar tratamento igualitário àqueles que buscarem a prestação jurisdicional, cujas soluções não podem se mostrar diferentes a casos considerados iguais.

Coadunando com essa mesma posição está José Afonso da Silva<sup>217</sup>, ao afirmar que:

O princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei. [...]. Constitui por outro lado, uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções.

Paulo Bonavides<sup>218</sup> menciona que “a igualdade deixou de ser uma igualdade jurídica do liberalismo, para se converter na igualdade material da nova forma de Estado”, ao explicar o caminho que a igualdade tem trilhado. Para isso, merece atenção abordar as duas formas de igualdade, que são a igualdade na lei e a igualdade perante a lei, como se pode verificar a seguir.

Ao trazer a explicação sobre a igualdade jurídica e a igualdade mandamento constitucional, Marcelo Neves<sup>219</sup> reporta-se aos pensamentos kelsenianos, dispondo que o mandamento constitucional da igualdade pode, enquanto norma jurídica, conduzir ao fato de igualdade/desigualdade de casos. Na linguagem Kelseniana, o princípio da igualdade em sua dimensão puramente jurídica implicaria a igualdade perante a lei, ao passo que o princípio político da igualdade, como conteúdo de preceito constitucional, significaria a igualdade na lei.

A igualdade perante a lei vê os homens abstratamente, sem se preocupar se na situação fática há desigualdade ou não. A igualdade na lei é uma igualdade diretriz, dirigida ao legislador, que não pode estabelecer discriminações para tratar igualmente os desiguais e desigualmente os iguais.

---

<sup>217</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 218.

<sup>218</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 376.

<sup>219</sup> NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 170.



É a lei tornando todos iguais, apenas formalmente. Assim, o ponto crucial que envolve toda a temática está atrelado à atividade do judiciário, cujo escopo é analisar como se dá a efetivação dessa igualdade perante a lei em cada caso concreto. E, nesse sentido, pode-se dizer que perante a lei todos são iguais, e que a aplicação dessas leis deve ser uniforme, o que faz com que não sejam permitidos privilégios de qualquer espécie.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>220</sup> explica que:

A igualdade perante a lei é exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei. Não há, pois, igualdade do não direito. Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração.

Oscar Vilhena Vieira<sup>221</sup> também traz à baila essa igualdade formal, ao recordar o momento histórico em que a Declaração Americana de 1776 estabelecia que “todos os homens são criados livres e iguais, mas que mesmo diante desse texto os Estados Unidos da América continuaram a ser uma sociedade escravocrata até o fim da guerra civil”. O mesmo autor atribui a existência de um enorme hiato entre o enunciado sobre igualdade e a realidade da desigualdade.

Outro fato que demonstra muito bem essa falta de propósito em estender a igualdade ao terreno social, ou de condenar a desigualdade econômica real manifestada naquele momento, foi a decisão adotada no sentido de que o direito de voto seria restrito aos homens que tinham posses. Era o chamado voto censitário, ao contrário do sufrágio universal, que sequer foi mencionado<sup>222</sup>.

O princípio da igualdade formal vincula a não atuação do agente estatal com tratamento discriminatório desigual em relação a qualquer que seja a pessoa. O tratamento deve estar rigorosamente em consonância com a norma jurídica, não importando as desigualdades existentes na situação real.

Não há como negar que, embora a Constituição Federal, como também os diplomas internacionais, tenham sido criados para garantir os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana em condições de igualdade a todos, nem todos

---

<sup>220</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 427.

<sup>221</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. Uma leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 280-281.

<sup>222</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 44.

conseguem exercer plenamente os direitos elencados em cada um desses regramentos.

Assim, para proteção do direito da igualdade, deve sempre ser considerada como base a dignidade humana, já internacionalizada, conforme aludido anteriormente, fazendo-se necessário entender que ações positivas devem ser adotadas pelo Estado, para que esse direito inerente a todo ser humano seja resguardado, e, portanto, protegido acima de toda e qualquer situação, servindo de fundamento para todos os demais direitos fundamentais de qualquer ser humano.

Diante de todo o exposto no presente capítulo, pode-se entender que para que a igualdade fática seja produzida, o direito necessita fazê-lo por meio da desigualdade jurídica, ou seja, é necessário existir um tratamento diferenciado, mas isso não significa que esse tratamento será sempre o mesmo para todos os casos. A questão está em definir quem são os iguais e quem não são os iguais, e também qual é o tratamento adequado a cada caso concreto.

### 3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após ter-se tratado da parte conceitual basilar necessária para desenvolvimento do tema ora apresentado, faz-se necessário trazer uma análise jurisprudencial de alguns casos, com o intuito de demonstrar de que forma o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte Suprema do país, tratou o princípio da igualdade, qual a hermenêutica utilizada, método e entendimento adotados, como busca da efetivação do princípio da igualdade.

Não obstante ser o judiciário um importante instrumento capaz de reduzir desigualdades sociais, não há de se olvidar que os diferentes tipos de casos levados a esse órgão referem-se a situações totalmente diversas, merecedoras de proteção e decisão especial, e não podem ser consideradas, sob nenhuma hipótese, homogêneas, pois cada um desses casos apresenta uma necessidade específica, a depender do ponto em que se situam.

Como explicita John Rawls<sup>223</sup>:

Em primeiro lugar, existem características genéricas dos desejos humanos, sua urgência relativa e seus ciclos de recorrência, bem como suas fases de desenvolvimento, que são afetados por circunstâncias fisiológicas, entre outras. Os planos devem ajustar-se às exigências das capacidades e habilidades humanas, suas tendências de maturação e desenvolvimento, e à melhor maneira de treiná-las e educá-las para este ou aquele propósito.

Não há de se olvidar o dever<sup>224</sup> de não discriminação, ao se reportar ao artigo 5º, caput, da Constituição Federal, ponto esse que se encaixa perfeitamente à ideia de tratamento igualitário entre as pessoas, independente de quem sejam.

George Marmelstein<sup>225</sup> explica que:

A expressão todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza enuncia um dever ético-jurídico de respeito ao outro. Esse dever-base da dignidade da pessoa humana – se materializa juridicamente através dos mandamentos constitucionais

<sup>223</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 470.

<sup>224</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

<sup>225</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

de não discriminação, de tolerância, de respeito às diferenças e de combate ao preconceito e ao racismo.

Buscando-se uma forma de se desenvolver a igualdade, podemos afirmar que ela pode ser desenvolvida sob três prismas, para que a cada caso, a melhor solução possa ser adotada. Esses três prismas são essenciais para que a decisão acerca de ações afirmativas esteja alicerçada em razões suficientes, para que em cada caso concreto se busque sempre a minimização de desigualdades sociais.

Dessa forma, a primeira das hipóteses é a do dever de tratamento igual, em que, se não houver razão suficiente para uma permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório<sup>226</sup>.

Outra vertente está no dever de tratamento desigual: quando não houver razão suficiente para uma permissibilidade de um tratamento igual, então o tratamento desigual é obrigatório<sup>227</sup>.

A terceira forma de busca pela igualdade está em situações em que houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual. Aí, então, o tratamento desigual é obrigatório<sup>228</sup>.

Nessa ótica, vê-se que não basta apenas julgar a causa com o objetivo de minimizar as desigualdades e proporcionar a inserção de alguns direitos fundamentais. É mais do que isso. Deve-se buscar, além da dignidade humana, a efetivação da igualdade nas Cortes do país.

### **3.1 Tratamento igual e tratamento desigual nas decisões do Supremo Tribunal Federal**

O direito de igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, exaltada pelo Estado Democrático de Direito, traz um dever ao Estado, denominado

---

<sup>226</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408.

<sup>227</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 409.

<sup>228</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 410.

discriminação positiva, no intuito de reduzir as desigualdades sociais, proporcionadas pela convivência em sociedade. Há que se ter cautela na utilização dessas técnicas, pois a atividade judicial deve buscar reconhecer e afirmar a igualdade aos iguais, evitando distorções na fórmula de tratamento da igualdade, criada por Robert Alexy.

No intuito de diferenciar da discriminação positiva, George Marmelstein<sup>229</sup> traz o conceito de discriminação negativa como sendo:

A discriminação para o mal, que desrespeita o outro, que prejudica por preconceito, que retira vantagens sem motivos plausíveis, que desconsidera o próximo pela simples vontade de menosprezar.

Explica ainda George Marmelstein<sup>230</sup> que é por força da isonomia que há o dever de não discriminar, cuja proibição constitucional se dá no sentido de haver tratamento diferenciado a um grupo ou categoria de pessoas no intuito de prejudicá-las. Da mesma maneira, qualquer benefício concedido a um grupo deve ser também concedido a outros se não houver justificativa plausível. Traduz-se pela ora explicitada discriminação negativa.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>231</sup> atesta que:

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrada aos na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais.

José Afonso da Silva<sup>232</sup> traz as formas de inconstitucionalidade no ato de discriminar pessoas ou grupos de pessoas, asseverando que:

Uma inconstitucionalidade revela-se em impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade.

---

<sup>229</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

<sup>230</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80.

<sup>231</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 410.

<sup>232</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 228.

Ainda em relação à discriminação, cumpre destacar a conceituação de discriminação positiva, conforme salienta George Marmelstein<sup>233</sup>:

A discriminação positiva, por sua vez, é a discriminação para o bem, que procura ajudar o semelhante, tratando-o desigualmente para dar-lhe iguais oportunidades, pensando em melhorar as condições de vida daquele que precisa de auxílio.

A convivência em sociedade impõe uma série de desigualdades de cunho social, econômico e cultural, as quais a igualdade jurídica ou também chamada de igualdade formal não consegue atingir, por considerar perante a lei todos iguais, sem qualquer distinção.

Diante dessa deficiência, faz-se necessária a obrigatoriedade de se propiciar tratamento diferenciado, favorecendo certos grupos de pessoas da sociedade, como busca de igualar as oportunidades sociais, econômicas e culturais. Nesse sentido, Robert Alexy<sup>234</sup> afirma que o princípio da igualdade é um paradoxo devido à discriminação positiva.

Cumpre nesse momento ressaltar que a igualdade já não tem mais sido vista pela doutrina como o era nas primeiras declarações, conforme assevera Paulo Bonavides<sup>235</sup>:

Conduzido para fora das esferas abstratas, o princípio da igualdade, inarredavelmente atado à doutrina do Estado social, já não pode ignorar o primado do fator ideológico nem tampouco as demais considerações de natureza axiológica.

Para melhor entendimento acerca da discriminação positiva, o mesmo autor diz que está expresso na Constituição Federal o dever de igualizar pelo Estado, para que as desigualdades sejam reduzidas socialmente, pela promoção do bem-estar social, combater as causas da pobreza, etc. Dessa forma, medidas devem ser adotadas em favor dessas pessoas que estejam em condições desprivilegiadas, seja de ordem econômica, social ou cultural. O que o Estado deve buscar é proporcionar forma igualitária para essas pessoas usufruírem das vantagens sociais, em

---

<sup>233</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

<sup>234</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 417 e 433.

<sup>235</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 376-377.

condições de igualdade com os demais membros da sociedade em questão, seja em qualquer área<sup>236</sup>.

Um exemplo de tratamento diferenciado, enunciado na própria Constituição Federal, está no artigo 92, parágrafo único, que exclui as mulheres da prestação de serviço militar, assim como também o inciso XIX do mesmo artigo, que estabelece aposentadoria aos 30 anos de trabalho, quando o mesmo diploma define que aos homens, o tempo de trabalho deve ser no mínimo 35 anos. Demonstra-se aí um privilégio concedido às mulheres, em relação aos homens.

José Afonso da Silva<sup>237</sup> traz ainda outra forma de inconstitucionalidade no ato de discriminação, e assevera que:

Outra forma de inconstitucionalidade consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-as favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Nesse caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros.

A questão do direito de igualdade deve ser tratada, como visto, sob o enfoque do dever de tratamento desigual, que se desdobra em duas possibilidades de atuação, quais sejam: a primeira desenvolvida por meio de discriminação positiva e a segunda por meio de discriminação negativa. O enfoque adotado nesse aspecto se debruça em relação à jurisprudência, ou seja, analisar se a igualdade aos iguais está sendo reconhecida, sendo afirmada, ou se há uma distorção da fórmula.

Destacam-se, ainda, as palavras de Daniel Sarmento<sup>238</sup> acerca da igualdade:

O foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, mas a pessoa de carne e osso, que tem necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue nem mesmo exercitar as suas liberdades fundamentais. Parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas, e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos.

---

<sup>236</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80.

<sup>237</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 228-229.

<sup>238</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de M. O negro e a igualdade no direito constitucional brasileiro: Discriminação de facto, teoria do impacto desproporcional e ações afirmativas. In: ZONINSEIN, Jonas; FERES JUNIOR, João. **Ação afirmativa no ensino superior brasileiro**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008, p. 249.

Com as transformações que passou a sociedade brasileira ao longo de sua história, não é mais possível aceitar que o indivíduo seja submetido apenas ao império das leis, e mais do que isso, que a lei apenas proporcione a igualdade formal. É necessário que o ordenamento jurídico forneça subsídios para que a igualdade substancial seja efetivada, como é caso do artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Deve-se ter cautela com a desigualdade aos desiguais, externada por ações afirmativas, pois realmente pode-se caracterizar de fato uma ação afirmativa, mas, por outro lado, deve-se verificar se de fato o que se pode reconhecer é uma discriminação negativa, como alguns sustentam em relação ao caso da cota para negros. Há os que sustentem que a lei de cotas afirma o dever de tratamento desigual, e para outros está violando a fórmula, tratando desigualmente os iguais. Isso se dá porque a razão suficiente no processo de seleção para ingresso na universidade deveria ser o fundamento intelectual, portanto de outra ordem que não a cor da pele.

É preciso ter em mente que a igualdade aos desiguais é um alvo a ser perseguido, como medida de combate à discriminação, que se instala por meio de interesses, na maioria das vezes, de setores isolados, que não retratam a sociedade como um todo. Não se pode mais admitir que a discriminação seja o fator para anular a vontade ou interesse de uma minoria oprimida pelo sistema dos mais fortes, e assim suprimir direitos.

O tratamento desigual deve ser utilizado como método de beneficiar indivíduos considerados desprivilegiados em relação aos demais membros da sociedade, mas claro que ao se adotarem tratamentos diferenciados entre membros da sociedade, não se pode perder de vista o caráter pluralista existente em toda sociedade.

O que se pode notar é que a igualdade formal serve de parâmetro e vetor para que todos sejam tratados da mesma forma diante da lei, mas, em decorrência das diferenças existentes na sociedade, com relação a sexo, idade e características físicas, é necessário que o poder público se utilize de políticas públicas que visem minimizar ou extinguir as desigualdades surgidas com a convivência em sociedade.



Um ponto importante para o estudo do tema ora proposto, é demonstrar nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, trazidas para análise, como o princípio da igualdade está sendo efetivado, para termos, assim, uma forma de desenvolver a igualdade na jurisprudência.

Passa-se agora às decisões escolhidas para estudo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

### 3.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 e Ação Declaratória de Constitucionalidade 19. Lei Maria da Penha. Relator Ministro Marco Aurélio. Autor: Procurador - Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Trata-se da ADI nº 4424<sup>239</sup> que versou sobre a inconstitucionalidade dos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/06. Sustentou o Procurador Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, que a constitucionalidade dos artigos deveria ser declarada com a interpretação conforme os princípios constitucionais, de forma que o entendimento adotado fosse no sentido de que os artigos mencionados não violavam o princípio da igualdade.

Referente à mesma Lei 11.340/2006, e que será objeto de estudo da presente pesquisa, o Presidente da República, no uso de suas atribuições, ajuizou ADC 19<sup>240</sup> com pedido de liminar, para que os artigos 1º, 33 e 41, fossem declarados constitucionais.

A Lei Maria da Penha foi trazida, por ser um caso interessante para desenvolvimento do estudo do tema, objeto do presente trabalho, pois, ao ter sido alvo da Ação Direta de inconstitucionalidade 4424, e da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19, o Judiciário Brasileiro, no seu mais alto e derradeiro grau, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que a lei em tela não viola em nenhum aspecto a

<sup>239</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 Fev. 2014.

<sup>240</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)> . Acesso: 16 Fev. 2014.

igualdade prevista na Constituição Federal Brasileira, mas que apenas está tratando desigualmente os desiguais e não desigualmente os iguais.

Nesse entendimento, o argumento de que essa Lei trata desigualmente os desiguais para produzir futuramente a igualdade está alinhado com os anseios da sociedade, que é o de minimizar a ocorrência de violência contra as mulheres, ou pelo menos, colocá-la em níveis de normalidade.

Com isso, a análise da aplicação do princípio da igualdade será feita à luz dessas duas decisões em conjunto, por tratarem da mesma lei, e porque o princípio estudado foi invocado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal como fundamento para a decisão de ambos os casos.

A criação da Lei 11.340/2006, que ficou conhecida como Lei Maria da Penha, foi fruto de denúncia feita à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), pelo crime de violência doméstica, sofrida pela farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, parapléica em decorrência da violência praticada por seu marido, o professor universitário e economista.

Em decorrência da demora na solução, e de reação adequada ao caso, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao pagamento de vinte mil dólares em favor da vítima, além de receber recomendações para adotar medidas de simplificação dos procedimentos judiciais e penais, a fim de dar maior celeridade aos processos. Foi responsabilizado, ainda, por negligência e omissão, quanto à violência doméstica.

A referida lei entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, e trata exclusivamente da proteção da mulher contra toda forma de violência, não se limitando apenas à violência física, mas também a moral, sexual, psicológica e patrimonial, no âmbito doméstico e familiar. Deve-se ressaltar que o texto da lei mencionada não abrange pessoas do sexo masculino, e nem veio para esse fim, conforme dispõe o artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º - Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas

as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Importante salientar que o termo violência empregado na Lei Maria da Penha refere-se a um conceito amplo, uma vez que a lei não restringiu a proteção da mulher apenas contra a violência física, porém tratou de conceituar o termo de forma ampla, englobando também aquelas modalidades de violência que não deixam sequelas no físico, e também as que deixam marcas no psicológico feminino, muitas vezes para o resto da vida.

O conceito da palavra violência está disposto no artigo 5º, da Lei 4.424/2006, conforme dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Isso significa que a lei visa proteger o sexo feminino como parte mais frágil na relação familiar, e essa superproteção não viola o princípio da igualdade, porque a presunção legal é no sentido de que nesse caso o tratamento desigual é justificável frente à necessidade de se proporcionar uma equiparação entre as partes.

Pelas palavras de Robert Alexy<sup>241</sup>, a estrutura da norma de tratamento desigual deve conter a seguinte forma: se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório. É justamente sob esse fundamento que a Lei está alicerçada. A mulher é considerada vulnerável devido à sua condição biológica.

Havendo então motivo que justifique esse tratamento diferente à mulher, não se pode utilizar a mesma lei para tratamento aos homens, pois do contrário o tratamento desigual aos desiguais seria anulado.

---

<sup>241</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 410.

A justificativa para o tratamento diferenciado não leva em conta somente a circunstância vulnerabilidade dentro do lar, mas questões biológicas, históricas para o reconhecimento dessa vulnerabilidade.

Ainda a esse respeito, pode-se verificar nas palavras de Luiz Antônio de Souza e Vitor Frederico Kumpel<sup>242</sup>, quem pode se enquadrar como sujeito passivo da violência doméstica, tipificada na Lei 11340/2006:

O sujeito passivo é exclusivamente a mulher nas suas relações individuais, coletivas e difusas. E o que identifica a mulher é o critério hormonal. A esse respeito, cabe discorrer que a pituitária (hipófise) anterior das meninas não secreta praticamente nenhum hormônio gonadotrópico até a idade variável de 10 a 14 anos. A partir dessa época ocorre o início da secreção de dois hormônios gonadotrópicos, hormônio folículo-estimulante (causa proliferação das células foliculares ovarianas e estimula a secreção de estrógeno) e o hormônio luteinizante, que aumenta a secreção das células foliculares, estimulando a ovulação. Os dois hormônios ovarianos, progesterona e estrógeno, são os responsáveis pelo desenvolvimento sexual da mulher e pelo ciclo menstrual [...]. Embora o fator identificador da mulher seja hormonal e o processo acima ocorra entre 10 a 14 anos, a mulher está protegida integralmente desde a concepção sob o critério fenotípico (fenotípico é o conjunto de características observáveis, aparentes, de um indivíduo, de um organismo, de vidas e fatores hereditários – genótipo – e às modificações trazidas pelo meio ambiente). Assim, o feto do sexo feminino também está protegido, afigurando-se sujeito passivo.

O mesmo não se pode dizer acerca das pessoas do sexo masculino, em situação de violência, ainda que a violência ocorra no ambiente doméstico ou familiar, pois, sendo o homem a vítima, a lei é clara ao mencionar apenas o termo “mulher”, isso porque ainda que o homem faça o papel da parte feminina da relação, essa condição é no gênero, e não biológica, como quis alcançar a lei.

A interpretação extensiva, permitindo a aplicação às violências praticadas contra homens, desvirtuaria toda a essência, a história, e principalmente a razão de existência da Lei 11.340/2006.

Tanto na ação Direta de Inconstitucionalidade, como na Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Lei Maria da Penha foi julgada constitucional, mas sobre o que se debruça agora é a questão hermenêutica acerca do sujeito passivo.

---

<sup>242</sup> SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: lei 11.340/2006. São Paulo: Método, 2007, p. 74.

E sobre essa questão, o que se busca é verificar se a Lei está servindo também para o tratamento igual entre os desiguais, porque a partir do momento em que a mulher passa por essa equiparação, inclusive aqueles hipossuficientes em situação de violência doméstica, que não são do sexo feminino, mas que são vítimas de violência doméstica, em face da condição feminina assumida, assim considerada no gênero, mas não sob o aspecto biológico.

O Ministro Luiz Fux<sup>243</sup> muito bem explicita esse conceito de equiparação entre homens e mulheres, como se pode ver em suas palavras:

[...] a lei 11340/2006 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. Ao contrário do que se imagina, a mulher ainda é subjugada pelas mais variegadas formas no mundo ocidental. São mecanismos de opressão insidiosos.

Imperioso ressaltar, portanto, que a mulher, por sua condição biológica, não pode esquivar-se de sua vulnerabilidade em relação ao sexo masculino. Não depende de sua decisão tornar-se a parte mais frágil na relação familiar e doméstica, é questão inerente à sua própria natureza, e também por questões históricas.

Sendo assim, necessário tornou-se tutelar com maior rigor os direitos da mulher, no que tange à violência no âmbito familiar e doméstico, pois fora dele, o diploma penal continua se encarregando no seu papel de tutela estatal.

O mesmo não pode ser dito a respeito de homens que, por sua livre vontade, decidem se colocar no lugar do sexo feminino, pois o fato de ocuparem o papel da mulher na relação familiar e doméstica não os torna a parte mais frágil, portanto vulneráveis.

Com efeito, da mesma maneira, mesmo não tendo assumido o papel feminino da relação, não pode o homem ser equiparado à mulher e se enquadrar como sujeito passivo da lei, pelo fato de sofrer ameaças e violências por parte da mulher. Isso não justifica para torná-lo vulnerável.

---

<sup>243</sup> FUX Luiz. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

A questão da vulnerabilidade é de ordem biológica, e portanto, tornar-se-ia arbitrária qualquer interpretação no sentido de tal equiparação. Não fosse assim, haveria necessidade também de alteração no artigo 129, §9º, do Código Penal, que dispõe sobre a punição para a violência ocorrida no âmbito doméstico e familiar contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido o agressor.

Dessa feita, vê-se claramente que a Lei Maria da Penha é tutela específica e exclusiva para a mulher vítima da violência e deve ser aplicada combinada com o artigo 129, §9º, do Código Penal. E este deve ser aplicado isolado para tutelar os casos de violência doméstica praticada contra os demais membros pertencentes ao ambiente familiar, dentre os quais o homem está inserido, inclusive em decorrência do novo modelo de família existente na sociedade.

Coadunando com essa posição, mostra-se presente o Ministro Luiz Fux<sup>244</sup> ao prolatar seu voto ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, relatando que:

Não é possível sustentar, *in casu*, que o legislador escolheu errado ou que não adotou a melhor política para combater a endêmica situação de maus tratos domésticos contra a mulher. Vale lembrar que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar instrumentos para punir e erradicar a violência contra a mulher.

Com isso, a hermenêutica que se invoca para a hipótese aventada é a restritiva, histórica e axiológica. A lei é de tutela específica para as mulheres, que, pelas experiências históricas, sempre foram subjugadas pelo homem, situação que permanece até os dias de hoje.

Nesse sentido, a exposição de motivos elaborada pela Secretaria de Proteção à Mulher<sup>245</sup> torna-se de suma importância e se coaduna com as afirmações acima, quando mostra que somente no primeiro semestre do ano de 2013:

Em 83,8% dos relatos de violência (37.582), o agressor era companheiro, cônjuge, namorado ou “ex” da vítima. Ou seja, a mulher é alvo de pessoas com quem ela mantém ou manteve uma relação íntima de envolvimento afetivo e sexual.

---

<sup>244</sup> FUX, Luiz. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

<sup>245</sup> BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres Presidência da República. **Balanco semestral janeiro a junho de 2013**. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2013/balanco-ligue-180-janeiro-a-junho-2013> Acesso: 13 fev. 2014.

A hermenêutica extensiva daria ensejo ao homem, mesmo aquele que não se coloca na posição feminina, a invocar a proteção da norma para si, sob a alegação que naquele contexto familiar ele é a parte vulnerável, diante da rigidez com que é tratado pela mulher, no ambiente familiar e doméstico. A lei é clara ao dispor que a proteção é exclusiva para a mulher, assim como também os motivos ensejadores para a elaboração da norma.

É preciso insistir também no fato de que a Lei Maria da Penha veio para proteger a mulher brasileira contra as impunidades cometidas, pois a lei geral não dava conta de prestar a tutela necessária à mulher. A interpretação era literal, e o sentimento era de impunidade.

Ao mesmo tempo em que havia a oportunidade para representar a violência sofrida, havia um caminho legal curto e suave para converter a pena em prestação de serviços ou até uma cesta básica à ofendida.

Assim, situações que poderiam ser tipificadas na referida lei, sendo a vítima homem, deverá ser aplicado o Código Penal, que trata da proteção contra ofensa à integridade corporal de outrem, e que inclui um parágrafo referindo-se ao fato de a ofensa ser praticada por ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, que conviva no âmbito doméstico, ou tenha convivido. O dispositivo que tutela essa forma de violência é o artigo 129, §9º, do CP, que dispõe:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei 11.340/2006).

Pretende-se ainda não olvidar que, embora já existam algumas decisões no sentido de autorizar a utilização da Lei Maria da Penha para homens vítimas de violência, há que se ter cautela com essa interpretação extensiva, pois isso pode gerar banalização e uso indiscriminado da Lei.

Robert Alexy<sup>246</sup> traz a explicação de que o direito não tem a função de ser introduzido em todas as questões indistintamente, como é o caso da utilização de uma interpretação com esse objetivo, e assevera que:

Quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar a desigualdade jurídica. De outro lado, é também verdade que, em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas.

É preciso insistir no fato de que, pelas palavras de Robert Alexy, reproduzidas acima, a utilização da Lei Maria da Penha para casos de violências praticadas contra homens dará ensejo a um efeito reverso ao espírito da lei, ou seja, a igualdade jurídica aplicada tanto a homens como a mulheres, fazendo com que as desigualdades fáticas sejam mantidas.

Trocando em outras palavras, um instrumento que foi criado para coibir práticas históricas contra mulheres, agora poderá ser voltado contra essas mesmas mulheres que, por anos, ao longo da convivência humana, foram submetidas a tratamentos degradantes.

Pelas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>247</sup>, pode-se notar que o referido autor aponta que:

Existe a observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade [...] Esta a justificação e de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo.

Esse posicionamento se dá pelo fato de haver dispositivo penal, como já mencionado anteriormente, específico capaz de alcançar esses casos que não envolvem a mulher como vítima. Assim, a inclusão do homem como sujeito passivo da referida lei torna-se arbitrário, por não haver fundamento material ou critério objetivo, inclusive no que diz respeito à própria edição da Lei Maria da Penha.

---

<sup>246</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 407.

<sup>247</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 428.



Não se pode permitir que homens comecem a invocar a lei para protegê-los contra agressões de mulheres no âmbito familiar e doméstico. E esse tipo de interpretação pode dar ensejo a casos dessa natureza, e nesse caso, como serão tratados aqueles que, pela hermenêutica, foram considerados em equiparação? Serão tratados desigualmente sem uma situação que justifique?

No caso da lei em discussão, a interpretação extensiva torna-se arbitrária e desvirtua totalmente o propósito pelo qual a lei foi criada e pelos motivos que deram ensejo à sua criação. Fosse o caso de não existir outro dispositivo legal para coibir a violência doméstica de pessoas que não o sexo feminino, poderia haver uma justificativa aceitável, o que não ocorre.

Uma vez analisados preliminarmente os objetivos e alvos a serem alcançados pela referida lei, pretende-se no momento fazer o estudo dos artigos alvo da ação de inconstitucionalidade, à luz do princípio da igualdade.

Os argumentos invocados pelo Procurador Geral da República, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, foram os de que nos crimes de lesão de natureza leve cometidos contra a mulher, no âmbito familiar e doméstico, não podem mais serem beneficiados pelos dispositivos da Lei 9.099/95, após o advento da lei 11340/2006.

Assim, os dispositivos a serem estudados são os artigos 12, 16 e 41, da Lei Maria da Penha, que dispõem:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público

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

Independe se a violência é de alto grau ou se resulta apenas de lesões leves, pois em qualquer caso, no âmbito doméstico ou familiar, a ação penal será pública incondicionada.

Ocorre que, antes da edição da lei impugnada, os casos de lesão de natureza leve eram regidos pela Lei 9099/95, e dependiam de representação da ofendida, e, na grande maioria das vezes, resultava em conciliação, conforme bem assevera o Procurador Geral da República.

Desse modo, de um lado está a Lei 9.099/95, combinada com o artigo 129, §9º, do Código Penal, aplicando-se a ação pública condicionada à representação para condutas que resultem em lesões corporais leves, e de outro a Lei Maria da Penha, que prevê ação pública incondicionada para todas as situações de violência doméstica, inclusive para lesões corporais leves.

A partir dessa pluralidade legislativa, passaram a existir duas interpretações possíveis para os crimes de lesões corporais leves no ambiente familiar e doméstico: ação pública condicionada à representação ou ação pública incondicionada.

Com isso, a tese apresentada pelo Procurador da República na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade foi de que a necessidade de representação, mesmo em situações de lesão leve, ou seja, natureza de ação pública condicionada à representação ofende o princípio da dignidade humana, e também o princípio da igualdade.

Para o Supremo Tribunal Federal, a criação da Lei Maria da Penha foi uma resposta às impunidades geradas pela aplicação da Lei 9.099/05, por isso não justifica dar interpretação diversa da que independem de representação da vítima os casos de violência doméstica.

Como argumento para rechaçar o posicionamento de que a interpretação contra da representação pela vítima viola o princípio da igualdade, o Procurador Geral da República<sup>248</sup> afirmou que:

Condenar as vítimas à necessidade de representação, para que a ação penal contra o ofensor tenha curso, é desconhecer as

---

<sup>248</sup> SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel Santos. **Ação direta de Inconstitucionalidade 4424**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

implicações dessa forma específica de violência. Sem embargo, apesar de aparentemente neutra, ela produz, como já visto, impactos nefastos e desproporcionais para as mulheres, sendo, por isso, incompatível com o princípio constitucional da igualdade.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux<sup>249</sup> acompanhou o voto do relator, ao argumentar que:

Sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil, exigir a necessidade da representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacentemente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétreia.

A decisão se deu no sentido de impedir que o ofensor possa coagir a mulher, física e moralmente, diante da condição de vulnerabilidade e dependência financeira e psicológica que a lei atribui ao sexo feminino, fazendo assim com que ela deixe de representá-lo, e com essa renúncia originada por uma coação por parte do próprio agressor, a mulher estaria sendo afetada diretamente em sua dignidade.

Ainda acerca da não violação do princípio da igualdade pela Lei Maria da Penha, o Ministro Luiz Fux<sup>250</sup> apregoa que:

Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social.

Nesse sentido, vê-se pelas palavras de Adriana Zawada Melo<sup>251</sup> que a dignidade é fundamento para a igualdade para redução das desigualdades, como é o caso da interpretação dada pela decisão dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade:

A Constituição pátria de 1988 consagrou, em seu artigo 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, a qual é também fundamento, como visto, da própria igualdade e dos demais direitos fundamentais. Em outros dispositivos, a mesma Constituição expressamente menciona a

<sup>249</sup> FUX, Luiz. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

<sup>250</sup> FUX, Luiz. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 14 fev. 2014.

<sup>251</sup> MELO, Adriana Zawada. Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana. In: **Revista Mestrado em Direito/Unifiefio**. Ano 7, número 1, 2007. p. 112.

igualdade (art. 5º, caput e inciso I), compromete-se com a redução das desigualdades (art. 3º, III) e com a repulsa à discriminação (art. 3º, IV), além de literalmente vincular o Estado brasileiro com a busca pela justiça social e pelo bem-estar social (arts. 170 e 193).

Nessa direção, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi declarar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, conforme a Constituição, ou seja, a qualquer forma de violência praticada contra a mulher, em situação doméstica ou familiar, não se aplica a Lei 9.099/95, e a ação será sempre pública incondicionada.

Os crimes que dependem de representação da ofendida, nos moldes dos artigos 12, I, e 16, dizem respeito a crimes cujos requisitos se encontram em outra lei, que não a lei 9.099/95. Portanto, no caso em tela, a conclusão a que se chega é que a Suprema Corte brasileira, ao decidir pela constitucionalidade, dando interpretação conforme a Constituição Federal, primou pelo respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, elencado no artigo 1º, inciso III, e ao princípio da igualdade, disposto no artigo 5º, caput, e inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, buscou-se trazer à realidade a igualdade material, por meio do tratamento desigual aos desiguais, pois, nesse sentido, a mulher encontra-se em situação de desigualdade, devido à condição de vulnerabilidade vivida no âmbito familiar e doméstico.

O caminho a ser seguido pela humanidade é esse, o de atacar toda e qualquer forma de violação da dignidade humana. No caso estudado, a lei foi criada especificamente para proteger a mulher no âmbito familiar e doméstico, não se podendo permitir que outro dispositivo seja utilizado para possibilitar a impunidade de atos que a lei veio coibir.

3.1.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator  
Ministro Ricardo Lewandowski - Autor: Partido Político Democratas  
(DEM)

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. A alegação é a de que o programa de cotas raciais ofende os artigos 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, *caput*; 205; 207, *caput*, e 208, inciso V, da Constituição de 1988.

Não obstante os vários preceitos fundamentais que na peça inicial são tidos como violados, a presente pesquisa será desenvolvida com base no princípio da igualdade.

No primeiro momento, o arguente mostra que não está suscitando inconstitucionalidade ou afastamento de ações afirmativas, que também não está se discutindo o modelo de Estado que prioriza a integração das minorias, erradicação da pobreza e redução de desigualdades.

Porém, no entendimento do partido político Democratas (DEM), a avaliação e o deferimento para inserção no programa estariam sendo feitos por pessoas não identificadas, fazendo assim com que direitos individuais fossem submetidos à discricionariedade das pessoas que compõem essas comissões, um verdadeiro racismo institucionalizado.

A inconstitucionalidade discutida pelo autor da ação é com relação à forma de aplicação das ações afirmativas que levam em consideração a raça para inserção no programa, defendendo que o obstáculo para ingresso nas universidades não é a raça, mas sim a precária situação econômica que gera a qualificação profissional deficiente, independente da cor da pele.

A alegação é a de que o sistema adotado pela Universidade de Brasília pode trazer consequências desastrosas, no que se refere ao preconceito racial, ofende arbitrariamente ao princípio da igualdade por gerar discriminação, ao alijar brancos, pobres e favorecer negros de classe média<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> DEMOCRATAS, Partido Político. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 29. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes<sup>253</sup> assevera que é por meio do valor fundamental da fraternidade que o princípio da liberdade, e de igual modo, o princípio da igualdade servirão de suporte para a solução dos principais problemas vividos pela sociedade atual.

A ofensa ao princípio da igualdade, na visão do arguente, dá-se devido à concretização das cotas realizar-se por meio de um “tribunal racial”<sup>254</sup> para definir quem é negro no Brasil, o que, nas palavras do arguente, promove verdadeiro massacre ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Em seu parecer, na Arguição de descumprimento de preceito fundamental em tela, o Procurador Geral da República<sup>255</sup> lembrou o período anterior à Constituição Federal de 1988, quando o sujeito de Direito tinha cara, sexo, cor e condição financeira. De um lado, aqueles com valor positivo, e de outro, aqueles com valor negativo: homem x mulher, heterossexual x homossexual, branco x negro/índio, são x doente, proprietário x despossuído.

Em seu relatório, o Ministro Ricardo Lewandowski<sup>256</sup> diz que a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica da justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. O Ministro diz ser primordial levar em conta as diferenças sociais, ou seja, a realidade da estratificação social, que não se esgota apenas em ver a categoria dos brancos, negros e pardos. Todavia, nas palavras do Ministro, consiste em:

Uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

---

<sup>253</sup> MENDES, Gilmar. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 7. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

<sup>254</sup> DEMOCRATAS Partido Político. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 28. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

<sup>255</sup> PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 5. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

<sup>256</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 8. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

Convalidando essas palavras, em sua manifestação, a Procuradora Geral da República<sup>257</sup> assevera que, para passar de uma sociedade hegemônica para uma sociedade plural, é necessário abrir espaço a todos os segmentos. E continua dizendo que:

A própria Constituição fala em cotas, especificamente para mulheres e para pessoas portadoras de deficiências. Por quê? Porque as cotas são a porta de entrada para que as instituições nacionais assumam o seu caráter plural. O suposto saber universal – campo que ora estamos – veiculado pela universidade, é ainda o saber do grupo hegemônico, do grupo que durante muito tempo logrou permanecer como exemplar na sociedade nacional. [...] as instituições de ensino são ainda ocupadas por esse grupo hegemônico, pelas suas histórias e pela sua visão que ele tem da história dos outros. Eis a grande dificuldade da mudança e a necessidade das cotas.

Nas palavras de Rui Barbosa<sup>258</sup>,

O direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. Antes, com os mais miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta. [...] Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juizes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes<sup>259</sup>, remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais por meio de ações afirmativas, com o intuito de promover a justiça social é o próprio valor da igualdade sendo manifestado, pois a manutenção dessas desigualdades está em continuar no status quo.

A esse despeito, o relator do processo, Ministro Ricardo Lewandowski<sup>260</sup>, afirmou que:

<sup>257</sup> PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

<sup>258</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 52. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso: 15 fev. 2014.

<sup>259</sup> MENDES, Gilmar. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 8. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso em 16. fev 2014.

<sup>260</sup> LEWANDOWSKI, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 4. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso em 16. fev 2014.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

No cerne desse entendimento acerca da busca pela igualdade material, está clara a ideia de que é dever do Estado lançar mão de políticas que alcancem número indeterminado de pessoas, desde, é claro, que haja motivo suficiente para justificar as vantagens concedidas, e que sejam temporárias.

Em seu voto, o Ministro relator Ricardo Lewandowski<sup>261</sup> afirmou que:

A questão fundamental a ser examinada por esta Suprema Corte é saber se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a Constituição Federal. [...] O primeiro passo, para tanto, a meu sentir, consiste em revisitar o princípio da igualdade agasalhado na Lei Maior, examinando-o em seu duplo aspecto, ou seja, no sentido formal e material.

Com isso, vê-se que a apreciação e a decisão da questão submetida ao Supremo Tribunal Federal se mostram em consonância com os objetivos da presente pesquisa, de modo que haverá fundamentos suficientes para defenderem a ideia ora defendida.

A igualdade formal não permite que, por meio de seu texto, a lei proporcione tratamento diferenciado a título de vantagem econômica, ou oportunidade intelectual a um determinado grupo, desprivilegiando outro.

Nessa esteira, Dalmo de Abreu Dallari<sup>262</sup> afirma que:

O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos

---

<sup>261</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso em 16. fev 2014.

<sup>262</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 268.



O Ministro Ricardo Lewandowski<sup>263</sup> assevera que o Constituinte de 1988 não só proclamou a igualdade formal, mas também buscou assegurar a igualdade substancial no artigo 5º, caput, como se depreende de suas palavras:

À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Ricardo Lewandowski discorre, ainda, sobre a participação equitativa nos bens sociais, preleciona que a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades só é alcançado por meio da justiça distributiva enfrentada por John Rawls.

A respeito da justiça distributiva mencionada por John Rawls, o Ministro Ricardo Lewandowski<sup>264</sup> reitera que:

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.

O objetivo da lei impugnada é proporcionar uma igualdade substancial em um contexto social onde, o que impera é a desigualdade material, mas a despeito dessa busca, não há de se olvidar que os critérios levados em conta não são os mais adequados para o atingimento desse objetivo, mas estão trazendo resultado na realidade.

Coadunando com essa posição, trazem-se as afirmações de Daniela Ikawa<sup>265</sup>:

Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial

---

<sup>263</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

<sup>264</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 7. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

<sup>265</sup> IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 150 -152.

em dignidade e a diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal.

O Ministro Ricardo Lewandowski<sup>266</sup> trouxe à baila explicação sobre o modelo constitucional brasileiro como subsídio para a existência e a necessidade de ações estatais, como forma de fomentar a igualdade social, e para isso afirmou que:

O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

Nesse mesmo diapasão, Ricardo Lewandowski<sup>267</sup> aduz que:

[...] a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica da justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

Como forma de defender a continuidade de ações afirmativas, por meio de políticas públicas de cotas para negros nas universidades, cujo fim é propiciar oportunidades à sociedade desprivilegiada historicamente, Ricardo Lewandowski<sup>268</sup> destaca acerca da necessidade do caráter transitório, ao asseverar que:

Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.

---

<sup>266</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 7. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso em 16. fev 2014.

<sup>267</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. p. 8. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso em 16. fev 2014.

<sup>268</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. **Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso em 16. fev 2014.

No tocante aos critérios para acesso às universidades, o relator Ricardo Lewandowski<sup>269</sup> invocou os dispositivos constitucionais 206, I, III e IV<sup>270</sup>, que dispõem sobre os princípios da: “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”, assim como traz também em suas explicações, o art. 208, V<sup>271</sup>, acerca do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística “segundo a capacidade de cada um”, e por fim explica que:

Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno.

A Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental 186 foi julgada improcedente por unanimidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que entendeu ser constitucional a política de cotas adotada pela Universidade de Brasília.

O entendimento é de que a política de cotas adotada pela arguida atende aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, e vai ao encontro dos Princípios fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, elencados na Constituição Federal de 1988.

Os Ministros esclareceram em seus votos que a política de cotas está alinhada com o espírito de um Estado democrático pluralista, e que caracteriza um dos meios para eliminar diferenças históricas que se prolongam até os dias atuais. É unânime também a posição de que a adoção da política de cotas é de caráter transitório, devido à revisão periódica de seus resultados.

---

<sup>269</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. **Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

<sup>270</sup> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

<sup>271</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

### 3.1.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330. Relator: Ministro Carlos Brito - Autor: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330 foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal pela CONFENEN, suscitando a inconstitucionalidade da Medida Provisória 213/2004, editada pelo Presidente da República em 10 de setembro de 2004, por violar, dentre outros princípios fundamentais, o princípio da igualdade, ao estabelecer discriminação entre brasileiros, e não assegurar a todos os alunos dos cursos superiores os mesmos direitos. Cabe ressaltar que a Medida Provisória em estudo foi convertida em Lei em 2005, sob o número 11.096/2005.

A CONFENEN alega que a violação direta do princípio da isonomia, expresso pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, se dá na medida em que a Medida Provisória 213/2004, transformada na Lei 11.096/2005, considera como critério para ingresso às universidades públicas as condições socioeconômicas.

Fundamentando ainda essa posição, a arguente invoca o artigo 206 da Constituição Federal, que dispõe também sobre a “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”, além do artigo 208, Inciso V, também do mesmo diploma constitucional, que garante o acesso ao ensino superior segundo a capacidade de cada um.

Com isso, há de suscitar a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 11.096/2005<sup>272</sup> em estudo, que dispõe:

Art. 2º A bolsa será destinada:

I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;

II - a estudante portador de deficiência, nos termos da lei;

III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. A manutenção da bolsa pelo beneficiário, observado o prazo máximo para a conclusão do curso de graduação ou

---

<sup>272</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm)>. Acesso: 16 fev. 2014.

sequencial de formação específica, dependerá do cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, estabelecidos em normas expedidas pelo Ministério da Educação.

A autora explica que não é razoável o inciso I do artigo citado excluir alunos egressos das instituições privadas que não tenham gozado de bolsa integral, uma vez que a própria lei prevê, no artigo 1º, a possibilidade de bolsa parcial para o ensino universitário habilitar ao programa.

Como fundamento, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>273</sup> é trazido à peça inicial, ao explicar que o critério especificador para determinar os atingidos por uma situação jurídica deve guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta, para não configurar afronta ao princípio da isonomia, como é o caso do dispositivo em tela, ao afirmar que:

[...] o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo.

Mas a violação da isonomia suscitada também está no artigo 7º, inc. II e § 2º da referida lei, que dispõem:

Art. 7º As obrigações a serem cumpridas pela instituição de ensino superior serão previstas no termo de adesão ao PROUNI, no qual deverão constar as seguintes cláusulas necessárias:

II - percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros.

§1º O percentual de que trata o inciso II do caput deste artigo deverá ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, na respectiva unidade da Federação, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 2º No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do § 1º deste artigo, as vagas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que se enquadrem em um dos critérios dos arts. 1º e 2º desta Lei.

---

<sup>273</sup> MELLO, Celso Antonio. Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38-39.

Neste ponto, a violação da isonomia está no fato de que a norma pode estabelecer como critério apto para acesso ao ensino superior, a condição socioeconômica, mas conforme consta no artigo 3º, IV, da Constituição Federal<sup>274</sup>, o que faz com que o critério étnico ou racial não sejam legítimos.

Para a autora da ação,<sup>275</sup> esses critérios violam o princípio da igualdade elencado no artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a igualdade”, portanto, não podendo prevalecer discriminações fundadas em preconceitos ou ideologias.

Outro dispositivo que viola a isonomia, na visão da arguente é o artigo 14 da referida lei, que dispõe:

Art. 14 - Terão prioridade na distribuição dos recursos disponíveis no Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, as instituições que aderirem ao PROUNI na forma do art. 5º ou adotarem as regras de seleção de estudantes bolsistas a que se refere o art. 11 desta lei.

Esse é outro ponto que serve como fundamento para declaração da inconstitucionalidade, uma vez que a prioridade na distribuição dos recursos disponíveis às instituições que aderirem ao programa fere a isonomia, assim como dá tratamento distinto e discrimina alunos que optarem por ingressar em instituições que não aderirem ao programa. Além do mais, configura sanção indireta a essas entidades que não aderirem ao programa.

O Procurador Geral da República<sup>276</sup>, rebatendo as alegações de que o critério racial ou étnico fere o princípio fundamental da igualdade constante no artigo 5º da Constituição Federal da República, afirma que não há que se falar em violação ao princípio de acesso ao ensino superior segundo a capacidade de cada um, pois a concessão de bolsas aos que se autodeclaram indígenas e negros está

---

<sup>274</sup> Art. 3º São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>275</sup> CONFEDEN. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330**. p. 24. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>276</sup> FONTELES, Cláudio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330**, p. 10. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

condicionada ao preenchimento dos requisitos dos artigos 1º e 2º da Lei 11.096/2005<sup>277</sup>, além de que:

O estudante, para fazer jus às bolsas concedidas pelo PROUNI, será avaliado, em primeiro lugar, pelo Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM ou por outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação e, em seguida, ainda deverá enfrentar o processo de seleção exigido pela instituição privada, normalmente o vestibular. Ademais, ressalte-se que a manutenção da bolsa ficará condicionada ao cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, a serem estabelecidos pelo Ministério da Educação.

Em seu voto, o Ministro Relator Carlos Brito<sup>278</sup> diz que a Constituição Federal de 1988 primou pela educação como dever de todos, dando-lhe status de direito social que a todos deve alcançar, cuja combinação dos dispositivos existentes a respeito da matéria dão ensejo à responsabilidade primordial do Estado, em promover ações com o intuito de proporcionar acesso a todos. Políticas essas que, por imposição constitucional no artigo 205, caput,<sup>279</sup> devem ser em conjunto com a sociedade civil.

Na mesma posição está o Advogado Geral da União<sup>280</sup>, ao se valer da fórmula Aristotélica de justiça, em que “Justiça consiste em tratar desigualmente os desiguais”, portanto, para o Advogado Geral da União, em nenhum momento as normas sob exame de constitucionalidade criam distinção desproporcionais ou desarrazoadas.

Nessa esteira, o Ministro Relator<sup>281</sup> discorre ainda sobre a imunidade das instituições como uma tarefa do Estado:

Isto porque, a meu ver, ele tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado.

<sup>277</sup>Lei 11.096/2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm)>. Acesso: 14 fev. 2014.

<sup>278</sup>BRITO, Carlos. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>279</sup>Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

<sup>280</sup>COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>281</sup>BRITO, Carlos. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

Aliás, o Ministro Carlos Brito<sup>282</sup> em seu voto diz que o fato de o programa priorizar recursos às entidades que aderirem ao programa não viola o princípio da igualdade, nem está discriminando aqueles alunos que escolherem instituições que não tiverem aderido ao PROUNI, pois:

Ademais, a adesão ao PROUNI está facultada às universidades privadas de ensino em geral, beneficentes ou não. Visa estimular a adesão destas ao programa, instituindo a isenção do imposto de renda e de algumas contribuições sociais. A norma foi dirigida, logicamente, às instituições não imunes.

No tocante ao valor igualdade, no voto do Ministro relator, ele explicita o significado e a importância do combate às desigualdades existentes na sociedade moderna, e acerca de sua forma de implementação, ele é favorável ao combate eficaz dessas desigualdades:

É valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade.

O Ministro Carlos Brito<sup>283</sup> em seu voto declara que:

Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. A superioridade jurídica bem pode ser a própria condição lógica da quebra de iníquas hegemonias política, social, econômica e cultural. Um mecanismo jurídico de se colocar a sociedade nos eixos de uma genérica horizontalidade como postura de vida cidadã (o cidadão, ao contrário do súdito, é um igual).

A respeito da desigualação compensatória por meio da lei, o Ministro Carlos Brito<sup>284</sup> assegura:

A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social.

<sup>282</sup>BRITO, Carlos. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>283</sup>BRITO, Carlos. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>284</sup>BRITO, Carlos. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.



O Ministro Carlos Brito diz que a discriminação em favor dos alunos de origem do ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas, contemplados com bolsa integral não ofende o direito de igualdade, expresso na Constituição Federal, pois se trata de:

Uma descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Isso, lógico, debaixo do primacial juízo de que a desejada igualdade entre partes é quase sempre obtida pelo gerenciamento do entrechoque de desigualdades (uma factual e outra jurídica, esta última a contrabalançar o peso da primeira).

Manifestando-se acerca das inconstitucionalidades suscitadas pela autora, o Procurador Geral da República<sup>285</sup> apregoa que por presunção legal tanto os alunos provenientes da rede pública de ensino como aqueles que gozaram de isenção total das mensalidades são considerados sem recursos para proverem o ensino superior, assim como presume também a lei que aqueles que arcaram parcialmente com as mensalidades tenham recursos para o curso superior, prossegue:

Existe, sem dúvida, uma diferença relevante entre aqueles que arcaram com o pagamento de mensalidades, ainda que parciais, em escolas privadas – dos quais o legislador pode perfeitamente fixar a presunção de que possuem condições financeiras de arcar também com as despesas do ensino superior – e aqueles que, ao estudarem em escolas públicas necessitaram de isenção total dos custos do ensino médio.

Para o Procurador Geral da República, o fato de a lei presumir que os alunos mencionados acima não têm condições de arcar com os custos do ensino superior é razão suficiente para permissibilidade de tratamento desigual, com o fim de minimizar as desigualdades existentes, quanto ao acesso ao ensino público superior.

Nessa mesma esteira, está a fórmula de aplicação da igualdade, que é tratada por Robert Alexy<sup>286</sup>:

Uma diferenciação arbitrária ocorre se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feito pela lei.

---

<sup>285</sup> BRITO, Carlos. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>286</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 407.

Diferentemente do que ocorre quando há uma discriminação arbitrária, a política do PROUNI, adotada pelo poder público vai ao encontro dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, como forma de superar as desigualdades existentes.

Dessa forma, vê-se que pela decisão do Supremo Tribunal Federal, é equivocado ver a política do PROUNI, implantada com a edição da Lei 11.096/2005, como uma ação estatal que privilegia alguns em detrimento de outros.

Com isso, pode-se verificar que há razões suficientes para que o poder público crie meios de acesso aos mais desfavorecidos, a direitos que até então não lhes eram acessíveis, ou seja, a decisão coaduna-se com a forma de tratamento da igualdade nos moldes de que, em havendo razões suficientes para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório<sup>287</sup>.

Nos dias atuais, não se deve mais ter a visão de que tratar desigualmente os desiguais, para proporcionar uma igualdade onde há diferenças sociais, seja tratar alguns com discriminação arbitrária, mas deve ser visto sim, pelas condições sociais desiguais, acarretadas pela convivência em sociedade, como frutos da própria produção humana e egoísmo.

#### 3.1.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324 – Relator: Ministro Marco Aurélio - Autor: Procurador Geral da República

A Ação Direta de inconstitucionalidade 3324 versa sobre a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9536/97<sup>288</sup>, que dispõe acerca de regras para ingressos em instituições de ensino, no caso de transferência *ex officio* de servidor público federal, civil ou militar, conforme dispõe o referido artigo:

---

<sup>287</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 409.

<sup>288</sup> FONTELES, Cláudio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. p. 4. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

Art. 1º A transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situa a instituição recebedora ou para a localidade mais próxima desta.

Dispõe o artigo 49 e Parágrafo único da Lei 9.394 de 1996:

Art. 49. As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.  
Parágrafo único. As transferências *ex officio* dar-se-ão na forma da lei.

Ocorre que, segundo o autor da ação<sup>289</sup>, o referido dispositivo fere o princípio da isonomia, expresso no artigo 5º, caput, e Inciso I, da Constituição Federal de 1988<sup>290</sup>, diante da possibilidade de alunos do ensino privado ingressarem em instituições públicas, quando da ocorrência de transferência *ex officio*.

Pode-se notar pela inicial que o procurador Geral da União<sup>291</sup> reconhece que a isonomia não deve ser vista de forma absoluta e engessada, asseverando que:

Esse princípio, no entanto, é flexibilizado em algumas situações, em que se reconhece que o tratamento desigual é condição essencial à realização da isonomia. Por assim dizer, o rigor da igualdade formal é flexibilizado em prol de uma igualdade material, consagrando-se a antiga máxima de que se deve tratar igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais.

É relatado também na inicial que é previsão constitucional e do ordenamento brasileiro que, em diversas situações<sup>292</sup>, o tratamento diferenciado é necessário para compensar a situação de inferioridade de determinados segmentos, em razão de

<sup>289</sup> FONTELES, Cláudio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. p. 5. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>290</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>291</sup> FONTELES, Cláudio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. p. 5. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>292</sup> Como um dos exemplos citados na inicial, tem-se a reserva de vagas para portadores de deficiência, art. 37, VIII da Constituição Federal de 1988.

características peculiares, mas que não é qualquer discriminação legal que se conforma com o princípio da isonomia<sup>293</sup>.

Nesse diapasão, não obstante o reconhecimento da possibilidade de flexibilização demonstrado na inicial, o autor da ação vincula essa possibilidade de tratamento diferenciado à relação de causa e efeito, assim como à proporcionalidade entre o meio utilizado para a tutela do bem individual ou de grupo.

Além de que, para o arguente, o tratamento diferenciado deve ser exceção e não regra, pois não podem ser concedidos privilégios incompatíveis com os princípios constitucionais do Estado democrático moderno, o que configura discriminação arbitrária<sup>294</sup>, posto que a alegação é a de que, no presente caso, não há fundamento razoável que dê ensejo a esse tratamento desigual, e, também, que não guarda relação entre causa e efeito, além de não atender o critério da proporcionalidade.

Nesse sentido, a alegação é a de que o artigo 1º da Lei 9.394 de 1996<sup>295</sup>:

Desobedece a relação de causalidade entre o objetivo da norma de assegurar a continuidade do ensino e o mecanismo utilizado para esse fim; e viola o princípio da proporcionalidade ao comprometer o acesso da sociedade ao ensino público (res publica) em proveito de um grupo social.

Sustenta ainda Cláudio Fonteles<sup>296</sup> que a possibilidade de o servidor ou dependentes provenientes de estabelecimento privado de ensino ingressar em universidade pública quando de transferência a serviço do Estado, como garantia de continuidade dos estudos, é mascarar um privilégio de classe para impor que o ensino passe a ser prestado por instituição de ensino pública<sup>297</sup>, além de que esse privilégio prejudica o acesso de toda a sociedade ao serviço público de ensino.

---

<sup>293</sup> FONTELES, Cláudio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. p. 5 Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>294</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408

<sup>295</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=181708>> Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>296</sup> FONTELES, Cláudio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. p.6. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

<sup>297</sup> CORREA, Maurício. **Apelo ao bom senso**. Correio Braziliense, Opinião, 04. out 2004, p. 19

O princípio da isonomia também é burlado em relação ao artigo 206, I da Constituição Federal<sup>298</sup>, no que tange à igualdade de condições de acesso ao ensino público superior, pois a prestação de serviço de ensino público a servidor ou dependente proveniente do ensino universitário público não implica privar a sociedade dessa vaga, pois por outro lado, a vaga deixada por ele no local de origem também foi aberta a toda a sociedade.

O Ministro Maurício Correa<sup>299</sup> muito bem explicitou esse caráter concorrencial das universidades públicas, quando era Presidente do Supremo Tribunal Federal:

Ora, a universidade pública é hoje não apenas um veículo de formação superior da pessoa, mas um instrumento estratégico de desenvolvimento tecnológico de extrema importância para o país. Nessas instituições concentram-se qualificados professores, com variedade de cursos, entre os quais os que exigem investimentos sem retorno, e que as escolas privadas não mantêm. Nada mais natural que todos almejem estudar e se formar nessas universidades, seja pela gratuidade do ensino, seja pelo nível de qualidade, o que faz com que os concursos públicos de ingresso sejam mais concorridos.

Verifica-se, nas alegações do arguente, que o intuito foi mostrar que o mesmo não ocorre, quando o servidor ou dependente sai da instituição privada, cuja concorrência para acesso é menor, em virtude do grande número de vagas em cursos, oferecidas pela iniciativa privadas, e ingressa na instituição pública, não por merecimento e aprovação no vestibular, que exige preparação de anos, pelo candidato que quer alcançar uma dessas vagas, o que nesse caso, é ignorado.

A presente ação Direta de Inconstitucionalidade foi, por unanimidade, julgada procedente em parte, para, sem redução do texto do artigo 1º da Lei nº 9.536, de 11 de dezembro de 1997, assentar a inconstitucionalidade, no que se refere a permitir a mudança de instituição privada para pública, do servidor ou dependente transferido<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>299</sup> CORREA, Maurício. **Apelo ao bom senso**. Correio Braziliense, Opinião, 04. out 2004, p. 19.

<sup>300</sup> JOBIN, Nelson. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. p. 1. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio<sup>301</sup> ressaltou os dados alarmantes acerca dos servidores e dependentes egressos de instituições particulares, que ingressaram em instituições de ensino superior, como é o caso da UNB, em que, dos 79 servidores transferidos, 50 egressos de ensino particular ingressaram no curso de Direito em 2004 na referida Universidade, sendo que anualmente são oferecidas 50 vagas por vestibular.

Configura-se, portanto, na visão do relator, uma inversão no procedimento de acesso aos serviços do ensino superior público, pois ingresso por transferência tem sido a regra, enquanto que aqueles pelo vestibular têm se tornado a exceção, assim como há afronta entre o artigo 1º da Lei impugnada, com a Constituição Federal, conforme expõe:

O trato dos efeitos da transferência no campo da educação afigura-se desigual, favorecendo servidores militares em detrimento do grande todo, ou seja, do acesso à universidade pelo critério que norteia a realização do vestibular. É sabido que este, em instituição privada, não apresenta as mesmas dificuldades notadas no ingresso em instituição pública.

A posição do Ministro relator<sup>302</sup> é demonstrada de forma clara e precisa, acerca da violação do princípio da isonomia, consagrado na Constituição Federal de 1988, ao afirmar que:

A transferência do local do serviço não pode se mostrar verdadeiro mecanismo para lograr-se a transposição da seara particular para a pública, sob pena de se colocar em plano secundário a isonomia – artigo 5º, cabeça e inciso I.

O entendimento do Ministro Marco Aurélio encontra respaldo nos estudos de Robert Alexy<sup>303</sup>, em referência à fórmula de aplicação da igualdade, pois na presente ação, a exigência de transferência entre instituições de ensino, com possibilidade de ingresso em instituições públicas, ainda que o ingressante seja proveniente de instituição privada, não encontra razão suficiente, como se depreende:

---

<sup>301</sup> AURÉLIO, Marco. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. p. 8. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso em 16. fev 2014.

<sup>302</sup> AURÉLIO, Marco. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso em 16. fev 2014.

<sup>303</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408-410.

Não existe uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Neste caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação, **que autorize o ingresso de servidores ou dependentes egressos de instituições privadas, em instituições públicas do ensino superior.** (Grifos nosso).

Pode-se observar assim, com esse entendimento, que “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório”<sup>304</sup>, o que se encaixa perfeitamente ao caso em tela.

Ainda sobre essa questão, importa trazer as palavras de Sérgio Sérulo da Cunha<sup>305</sup>, que muito bem relatou essa problemática a respeito do princípio da isonomia, e as pretensões corporativas:

Instaurada a República, a concessão de privilégios continua entretanto a ser uma tentação constante, oculta muitas vezes sob o manto de pretensões corporativas aparentemente legítimas. (...) Ao enunciar o postulado da igualdade, a maioria das Constituições dele extrai imediatamente o princípio da isonomia como consequência necessária.

Oscar Vilhena Vieira<sup>306</sup> assevera que:

O princípio da igualdade nos impõe tratar as pessoas com igual respeito e consideração, não sendo as pessoas iguais, diferente deverá ser o tratamento a ser dado a cada uma delas. (...) O princípio da igualdade passa a se apresentar, paradoxalmente, como o princípio que determina a diferença legítima de tratamento que devo a cada pessoa, em face às diferenças específicas. (...) Em outras palavras, a função do princípio da igualdade é muito mais auxiliar a discernir entre desigualizações aceitáveis e desejáveis e aquelas que são profundamente injustas e inaceitáveis.

Nesse mesmo sentido, para o Ministro Eros Grau<sup>307</sup>, a discriminação por ser servidor público civil ou militar não autoriza a migração do ensino particular para o ensino público, isso porque:

A existência de vaga no lugar de destino da transferência é obrigatória e decorre do interesse público em não prejudicar servidores e dependentes que estiverem em serviço ao Estado. Já a

<sup>304</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408.

<sup>305</sup> CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Fundamentos de direito constitucional**: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 94.

<sup>306</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. Uma leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 285.

<sup>307</sup> GRAU, Eros. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

possibilidade de transferência de instituição de ensino superior privado para instituição pública não encontra razão suficiente, afrontando a isonomia.

Pode-se observar pela decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal que a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sem redução do texto do artigo 1º da Lei nº 9.536, de 11 de dezembro de 1997, e incluindo a expressão “entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino”, com a observância da natureza privada ou pública daquela de origem, viabilizada a matrícula na congêneres.

Desse modo, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal tem procurado efetivar o direito de igualdade em suas decisões, com o objetivo de minimizar as desigualdades materiais existentes na sociedade brasileira, para com isso efetivar os princípios de direitos fundamentais já concretizados em nosso texto constitucional. Para tanto, ora se vê compelido a tratar igualmente os desiguais, ora desigualmente os iguais, transformando a igualdade formal em igualdade material, e assim vivenciar seu papel de guardião da Constituição, e ainda colaborando para a realização de uma sociedade justa e igualitária. Essa contribuição da Suprema Corte ajuda a firmar o Brasil como um Estado Democrático de Direito.



## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo estudar e analisar a proteção constitucional do direito fundamental da igualdade, proteção que tem por intuito firmar a base de uma sociedade democrática de direito, com fundamento no princípio primordial da dignidade da pessoa humana.

O estudo se desenvolveu no intuito de verificar como o Direito fundamental à igualdade, expresso no artigo 5º, caput, e inciso I, do texto constitucional brasileiro está sendo efetivado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, quando o cidadão se vê ferido no respeito à sua dignidade.

A presente pesquisa, no entanto, não se ateve apenas à efetivação do direito à igualdade, mas procurou, por meio de uma digressão, percorrer o longo caminho trilhado pela humanidade na construção de valores tão essenciais à continuidade da vida humana. Assim, não foi desprezado o contexto histórico da dignidade da pessoa humana, hoje, expresso no artigo 1º, inciso III, também da Constituição Federal de 1988, como fundamento basilar do direito fundamental da igualdade.

Como se pôde observar no presente trabalho, a dignidade humana, ao longo da história do homem, foi sendo construída paulatinamente, e sendo transformada a partir de direitos considerados do homem, posteriormente reconhecidos como direitos humanos, que passaram a ser direitos fundamentais. Importante ressaltar que esse desenvolvimento se deu com maior intensidade, quando o homem se conscientizou do potencial destrutivo existente na sua natureza humana.

O reconhecimento da dignidade humana se deu com a positivação dos princípios fundamentais ao longo da história, como consequência dos resultados empíricos a que o homem se submeteu e foi submetido pelo seu semelhante, mas foi com a Carta Magna de 1215, na Inglaterra, que os direitos humanos foram pela primeira vez formalizados em um documento escrito.

A dignidade humana, entendida como um atributo intrínseco e inerente a todo ser humano, foi tomando contorno ao longo da história através dos pensamentos filosóficos e científicos. Nesse sentido, a Declaração da Virgínia, de 1776, é

considerada a primeira declaração de direitos fundamentais, por ter sido um importante instrumento de limitação dos poderes do Estado.

Não obstante o reconhecimento atribuído à Declaração de 1776, foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, por meio de seus representantes, a dignidade passou a ter um caráter universal, como direitos naturais inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem, princípios esses firmes e incontestáveis.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da Dignidade da pessoa humana vem elencado como fundamento da República Federativa do Brasil, e se revela como princípio basilar do direito fundamental da igualdade.

É por meio do princípio da dignidade humana que todos podem ser considerados iguais, e por isso serem tratados igualmente, sem distinção de raça, crença ou de qualquer natureza, onde quer que estejam na face da Terra, como dispõe a própria Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal faz uso constantemente do princípio da igualdade, diferenciando os vários aspectos do direito da igualdade, como igualdade formal, igualdade material, igualdade substancial, sempre para buscar a melhor decisão, seja tratando igualmente os iguais ou desigualmente os desiguais, na medida de cada necessidade, para proporcionar aos tutelados uma igualdade material.

As decisões trazidas ao presente estudo mostram que o direito fundamental da igualdade está sendo efetivado pela Suprema Corte brasileira, para que desigualdades materiais sejam minimizadas e transformadas em igualdade material. Verificou-se que o princípio da igualdade tem sido visto como um princípio de suma importância, e norteador para atacar as desigualdades existentes na sociedade, para que sejam realizados e aplicados os meios necessários, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, para a efetivação de um país justo, igualitário e democrático.

## REFERÊNCIAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766291/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3324-df>>. Acesso: 17 Fev. 2014.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 Fev. 2014.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. p. 29. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. São Paulo: Ícone, 2001.

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A educação e a dignidade da pessoa humana. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

AMARAL, Gustavo; TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais: Interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana: Valor-fonte da ordem jurídica**. Revista Imes, p. 29-43, jan./jun. 2002. Disponível em: [http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/208/2/PROF.\\_VANDER\\_-A\\_DIGNIDADE\\_DA\\_PESSOA\\_HUMANA\\_COMO\\_VALOR\\_FONTE\\_DA\\_ORDEM\\_JUR%C3%8DDICA.pdf](http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/208/2/PROF._VANDER_-A_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA_COMO_VALOR_FONTE_DA_ORDEM_JUR%C3%8DDICA.pdf). Acesso em: 02.mar.2014.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Anti-semitismo imperialismo totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

AURÉLIO, Marco. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. p. 8. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso em 16. fev 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Ana Paula Costa. A Fundamentação do Princípio da Dignidade Humana. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 52. Disponível em:  
<[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso: 15 fev. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/69872062/A-nova-interpretacao-Constitucional-Luis-Roberto-Barroso-e-ana-Paula-Barcellos-1>>. Acesso: 10 nov. 2013.

BATISTA, Roberto Carlos. **Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BÍBLIA Sagrada: nova versão internacional. Tradução da Comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Vida, 2000.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: FERRAZ, Anna Candida da

Cunha (Org.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Locke e o direito natural**. Brasília: UNB, 1998.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do direito**. Filosofia e metodologia jurídicas. Tradução de Eneas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres Presidência da República. **Balanco semestral janeiro a junho de 2013**. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2013/balanco-ligue-180-janeiro-a-junho-2013> Acesso: 13 fev. 2014.

BRITO, Carlos. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330**. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1). Acesso: 17 fev. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008.

Código de Hamurabi. Disponível em: [http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/codigo\\_hamurabi.pdf](http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/codigo_hamurabi.pdf) Acesso em: 16.nov.2013.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Fundamento dos direitos humanos.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/53542821/Fundamento-dos-Direitos-Humanos-Fabio-Konder-Comparato>> Acesso: 10 nov.2013.

CONFEDEN, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330.** p. 24. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

CORREA, Maurício. **Apelo ao bom senso.** Correio Braziliense, Opinião, 04. out 2004.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: Teorias de prevenção geral positiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Fundamentos de direito constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 1985.

Declaração dos Direitos da Virgínia. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec 1776.htm>>. Acesso: 10 nov.2013.

DEMOCRATAS, Partido Político. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. p. 29. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FONTELES, Cláudio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330,** p. 10. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

FRANCO Júnior, Hilário. **A idade média, nascimento do ocidente.** São Paulo: Brasiliense, 2001.

FUX, Luiz. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424.** Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Andréia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GOZZO, Débora. Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação e paternidade. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

GRAU, Eros. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções, 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

\_\_\_\_\_. **Era dos extremos o breve século XX 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

JOBIN, Nelson. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324**. p. 1. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 17 fev. 2014.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** 186. p. 8. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

MANURSTI - Código de Manu (200 A.C. e 200 D.C.). Disponível em: <http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf> Acesso: 16 nov.2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2009

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: principio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Ives G. da Silva. **Direito constitucional interpretado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELO, Adriana Zawada. Informação e direitos fundamentais: A eficácia horizontal das normas constitucionais In: GOZZO, Débora (Coord.) **A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Desafios da implementação do direito fundamental à saúde no Brasil. In: **Revista Mestrado em Direito / Unifieo**, Osasco, Ano 6. n. 2. ps. 55-82, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana. In: **Revista Mestrado em Direito/Unifieo**. Ano 7, número 1, 2007.

MENDES, Gilmar. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, p. 7. Disponível em: Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006.



MORAES, Guilherme Peña de. **Dos direitos fundamentais:** contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos:** o ser humano num mundo em transformação. Rio de Janeiro: PUC, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo, Saraiva, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/cartonu.htm>> Acesso em: 11 nov.2013.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 p. 5. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo. Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PLATÃO. **A República.** Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo, Os Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel Santos. Ação direta de Inconstitucionalidade 4424. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/material\\_ver.php?idConteudo=1](http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1)>. Acesso: 16 fev. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010.

\_\_\_\_\_. **Dimensões da dignidade**. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel Antônio de M. O negro e a igualdade no direito constitucional brasileiro: Discriminação de facto, teoria do impacto desproporcional e ações afirmativas. In: ZONINSEIN, Jonas; FERES JUNIOR, João. **Ação afirmativa no ensino superior brasileiro**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

SILVA, José Afonso da. Harmonia entre os poderes e governabilidade. In: BARROSO, Luis Roberto. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro Renovar 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: lei 11.340/2006. São Paulo: Método, 2007.

SYMONIDES, Janusz. **Direitos humanos**: novas dimensões e desafios. Brasília: UNESCO, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. Uma leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo, Malheiros, 2006.

XAVIER, Ana Isabel. **ONU**: A Organização das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/abc/onu/onu\\_humana\\_global\\_onu.pdf](http://www.dhnet.org.br/abc/onu/onu_humana_global_onu.pdf)>. Acesso: 12 nov.2013.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thompson, 2005.