

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

RUI DECIO MARTINS

THIAGO LOPES DECAT

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori, Rui Decio Martins, Thiago Lopes Decat –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-138-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

A publicação que ora apresentamos é o resultado dos trabalhos concentrados no grupo de Teoria dos Direitos Fundamentais, da 24ª edição do CONPEDI. A transversalidade das questões relativas a direitos fundamentais, aliada à relevância prática destas questões e ao tratamento teórico/racional que o tema tem angariado na academia jurídica pátria, explica a diversidade de temas e enfoques presentes nos textos deste volume. Aliando reflexões sobre a fundamentação dos Direitos Fundamentais, sua efetivação e aplicação em contextos diversos, esta obra exerce a importante função de divulgação acadêmica de como o campo jurídico, nos termos de Bourdieu, elabora sua compreensão desta importante classe de direitos subjetivos, na sua função ao mesmo tempo condicionadora do exercício dos demais direitos e contramajoritária. Em constante tensão produtiva com a soberania popular, e equiprimordial em relação a ela, o conjunto dos direitos fundamentais articula a proteção da autonomia privada com a autonomia pública constitutiva da soberania popular, de modo a fornecer o conteúdo mínimo daquilo que se chama hoje de estado democrático de direito. Neste sentido, os direitos fundamentais e o conceito conexo de dignidade, ainda hoje próximo de suas raízes kantianas, pode ser compreendido como topos inevitável da teoria do direito, mesmo que a densificação de seu conteúdo para além dos critérios formalistas/procedimentais kantianos e liberais remeta necessariamente, em sociedades pluralistas e postradicionais, a uma teoria da argumentação. Esta é a razão pela qual não se poderia deixar de incluir no título do grupo de trabalhos que deu origem a esta publicação a questão epistemológica de que tipo de teoria seria apropriada para a concreção do sentido destes direitos em contextos concretos de ação. Os trabalhos que integram a obra tratam de todas estas questões, abordando assuntos que vão desde o tipo de teorias apropriadas para lidar com o tema, passando pela Dignidade da Pessoa Humana, Estado democrático de Direito, a prioridade da proteção das crianças e adolescentes, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o princípio da laicidade, a concretização tardia do valor iluminista da solidariedade, os direitos da personalidade, a história e a terminologia dos direitos humanos, os direitos humanos na declarações de direitos, a relação entre direitos humanos e o trânsito à modernidade, constitucionalização simbólica e direito de reunião, a contraposição entre a relatividade dos direitos humanos e a ideia de um núcleo conceitual invariável de tais direitos, direito à informação e liberdade de expressão, proibição administrativa, a teoria dos princípios jurídicos, rumos possíveis do processo histórico de compreensão dos direitos humanos, a ideia de ponderação de princípios, a tensão entre direitos humanos e elementos identitários nas práticas sociais de

povos tradicionais até a teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Acreditamos que tal diversidade, em vez de revelar ausência de sistematicidade nas reflexões sobre os direitos fundamentais, expõe um dos pilares de toda investigação científica digna deste nome: a liberdade no pensar e a apropriação dos conceitos para reflexões próprias, característica de pesquisadores e de um campo do saber verdadeiramente emancipados.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY

LA DIGNIDAD HUMANA EN LA LEY DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD ABSOLUTA DE LOS NIÑOS Y JÓVENES EN LA LUZ DE ROBERT ALEXY PENSAMIENTO

Thandra Pessoa de Sena

Resumo

Com advento do Estado Social de Direito, o constitucionalismo moderno vêm sendo marcado pelo movimento de positivação dos Princípios Gerais de Direito, fenômeno que também ocorre em nossa Constituição Federal de 1988. Nosso texto constitucional elenca um vasto rol de princípios que buscam proteger os direitos fundamentais do homem e paralelamente servem para informar o interprete do Direito na tomada de decisões. A dignidade humana enquanto direito também é conferida à crianças e aos adolescentes, vistos como sujeitos de direitos pelo legislador pátrio. No âmbito dos direitos fundamentais essa proteção é regulada pela Constituição Federal em seu artigo 227, caput. Diante de uma realidade social cada vez mais complexa, em suas relações, ganha relevância a necessidade de analisarmos estes princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana estendida à criança a ao adolescente e o principio da prioridade absoluta do infante frente a outros princípios, quando estes encontram-se em pólos antagônicos de interesses. A solução dessas colisões principiológicas vem sendo objeto de estudo por Robert Alexy, cuja obra Teoria sobre Direitos Fundamentais aponta um caminho a ser seguido pelo julgador em caso de conflito de regras e colisão de princípios.

Palavras-chave: Dignidade humana, Criança, Prioridade absoluta, Princípio

Abstract/Resumen/Résumé

Con el advenimiento del estado de bienestar de la ley, el constitucionalismo moderno ha estado marcada por el movimiento positivación de los Principios Generales del Derecho, un fenómeno que también ocurre en nuestra Constitución Federal de 1988. Nuestra Constitución enumera una amplia gama de principios que tratan de proteger los derechos fundamentales y paralelo sirven para informar al intérprete de la ley en la toma de decisiones. La dignidad humana como un derecho también se da a los niños y adolescentes, vistos como sujetos de derechos por el legislador. Dentro del ámbito de la protección de los derechos fundamentales que se rige por la Constitución Federal, artículo 227, caput. Diante de una realidad social cada vez más compleja en sus relaciones, se vuelve relevante la necesidad de analizar estos principios constitucionales de dignidad humana extendidos a los niños el adolescente y el principio de la prioridad absoluta del bebé contra otros principios cuando están en polos

antagónicos de interés. La resolución de estas colisiones principiológicas ha sido el objeto de estudio de Robert Alexy, cuya obra "Teoría de los Derechos Fundamentales" señala el camino a seguir por el juez en caso de conflicto de normas y principios colisión.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dignidad humana, Niño, Prioridad absoluta, Principio

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro hodierno, destaca-se a Supremacia da Constituição Federal de 1988 - CF/88, a Norma Maior, que estabelece parâmetros e princípios que devem ser observados na elaboração de outras leis. No que se trata dos princípios, é notória na doutrina e na própria legislação, uma supervalorização da dignidade da pessoa humana, valor essencial do sistema jurídico e objeto desse estudo.

Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das idéias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana.

Daí advém o sentimento social de justiça, onde as leis devem ter conteúdo e adequação social e o Estado, conseqüentemente, deve estar à serviço do bem comum, ou seja, assegurar a dignidade da pessoa humana. Destarte, a pessoa prevalece sob o próprio Estado. “No reino dos fins tudo tem 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 ela tem dignidade”, preceitua Immanuel Kant¹

É relevante, preliminarmente, adentrar-se no conteúdo e consagração constitucional desse princípio, para concomitantemente, analisar sua aplicação no Estado Democrático de Direito.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Martins Claret: São Paulo, 2003, p.77.

Ingo Sarlet² concebeu a seguinte definição do princípio da dignidade da pessoa humana:

“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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

O Autor ao definir o princípio da dignidade da pessoa humana, associa ao reconhecimento de cada indivíduo como merecedor de consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, razão pela qual possui uma série de direitos constitucionalmente garantidos.

Apesar dessa inicial constatação de conexão entre dignidade da pessoa humana e consideração e respeito, dada sua generalidade e dinâmica própria, resultante da própria complexidade do constitucionalismo, pensamos que não há definição precisa nem delimitação de seu alcance na lei, na doutrina e jurisprudência. Na ordem jurídica estatal e internacional, de qualquer modo, tem se apresentado como princípio fundamental.

A concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mas manteve o seu foco primordial que era o conhecimento fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade, bem como, liberdade, e esta por sua vez, seria a opção pelo modo de viver, pensar e agir conforme os seus próprios desejos.

Sobre esta concepção sabiamente afirma Immanuel Kant³ dizendo que esta dignidade parte da autonomia ética do ser humano, tendo ela como fundamento da

² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

dignidade do homem, ou seja, não podendo ele ser tratado como objeto nem por ele mesmo, e, que o “Homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, tem contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chama coisas, ao passo, que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não poder ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).”

A dignidade, como valor moral e, também espiritual, seria um mínimo indispensável e invulnerável de valores que devem ser respeitados pela comunidade, tendo o ser humano o direito à se autodeterminar e liberdade para conduzir sua própria existência, como reconhecimento de sua condição de ser humano.

O importante é que a nossa eterna busca deve ser no sentido da transposição do ideário de Justiça, para a nossa vida cotidiana, principalmente para a imensa massa de excluídos da sociedade e também das minorias discriminadas, pois ambos sofrem da falta efetiva de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no campo material.

No dizer de Canotilho⁴, “a densificação dos direitos, liberdades e garantias seria mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado Dignidade da Pessoa Humana”. E afirma ainda que a raiz antropológica reconduziria o homem como pessoa, cidadão, como trabalhador e como administrado. Adverte também, em sua análise, quanto à Dignidade da Pessoa Humana, que a literatura mais recente procuraria evitar um conceito mais “fixista”, filosoficamente sobrecarregado (Dignidade Humana em sentido “cristão e/ou cristológico”, em sentido “humanista-iluminista”, em sentido, “marxista”, em sentido “sistêmico”, em sentido “behaviorista”).

³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Martins Claret: São Paulo, 2003.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Editora Almedina: Coimbra, 1993.

Ao se adotar o critério de interpretação ampla, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser concebido como direito abstrato. Ronald Dworkin⁵ justifica a denominação desses direitos “de *prima facie* ou abstratos”, na possibilidade “entrarem em conflito: o exercício de meu direito pode invadir ou restringir o seu, caso em que se coloca a questão de saber qual de nós tem o direito real ou concreto de fazer o que quiser”.

Algumas teorias, como por exemplo o jusnaturalismo, buscam dar interpretação originária ao princípio. Os defensores desta teoria jusnaturalismo sustentam, por exemplo, que se trata de direito inerente à condição do ser humano, o que independeria do direito positivo.

Admitindo-se o jusnaturalismo na sua amplitude intrínseca, importaria, contudo, defender que o juiz pode criar o direito, o que contraria a teoria da integridade de Dworkin e não se compatibiliza com os valores estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, que pressupõe a divisão dos poderes.

Em contraposição a concepções que procuram estabelecer um valor a priori para a própria compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, a premissa da integridade proposta por Dworkin⁶ pode ser aplicada na compreensão desse princípio “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor –a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tratar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é tratar da sua inserção dentro de um Estado Democrático de Direito, que constitui o fundamento do nosso sistema constitucional e de nossa organização como Estado Federativo, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Canotilho⁷ muito bem explicita este conceito, ao tratar em sua obra, da revisão da Constituição Portuguesa de 1982, e da terminologia nela inserida sobre o Estado de Direito.

⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Editora Almedina: Coimbra, 1993.

"A recusa da caracterização do Estado como um Estado de direito assentou no caráter ambivalente e equívoco da idéia de Estado de Direito. Uns, já notara Engels, pensavam no Estado de Direito como 'expressão idealizada da sociedade burguesa'; outros julgavam que, através da idéia de Estado de Direito conseguiriam travar a tendência rasgadamente conformadora (social e econômica) do Estado; outros, ainda, não se afastavam muito de concepções místicas, vendo no Estado de Direito a manifestação da 'idéia fundamental do direito, que está inscrita na alma."

Historicamente, o conceito de Estado Democrático de Direito, nas lições do mestre Canotilho, seria oriundo da Teoria do Estado do liberalismo e fortemente influenciada pelas concepções jurracionalistas e, fortemente ligadas à idéia de legalidade e à idéia da realização da Justiça.

Podemos observar pelo pensamento de Canotilho e trazendo a discussão ao nosso ordenamento jurídico, é que o Estado Democrático de Direito traria em seu conceito todo o ideário de justiça, igualdade e dignidade, com um mínimo normativo capaz de fundamentar os direitos e pretensões da sociedade e também de princípios formais do Estado de Direito inerentes à soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana - elemento balizador do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana, que seria o valor que concederia unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente à personalidade humana. Segundo o autor citado, teríamos ainda que esse fundamento afastaria a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e nação, em detrimento da liberdade individual.

Dessa forma, Canotilho teria sugerido uma integração, a seu ver, pragmática, como teoria de cinco componentes: como a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável, a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade, a libertação da "angústia da existência" da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho, a garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes

públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito e a Igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, isto é, igualdade perante a Lei.

Importante salientar a importância da Dignidade da Pessoa Humana como princípio, posto que sendo um princípio maior, inerente da condição humana, agregando em si a mais alta carga valorativa, é dotado de máxima carga de normatividade, do qual se derivam os direitos e garantias fundamentais, que se tornam imprescindíveis à realização do Princípio.

Observamos que a Dignidade como Princípio absoluto resvala, inexoravelmente, como já afirmamos, na liberdade e autonomia do homem, na sua autodeterminação. Passemos à análise filosófica de Kant⁸, que achamos pertinente ao tema: "A autonomia é fundamental, porque a idéia de autonomia é a idéia de um imperativo racional querido por motivos puramente racionais..."

E ainda acentua Kant, que podemos traduzir como uma máxima para se atingir a Dignidade Humana, ou Igualdade de Respeito: "Age de tal maneira que trates a humanidade, em tua própria pessoa e na pessoa de outro ser humano, jamais meramente como um meio, porém sempre ao mesmo tempo como um fim."

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como princípio maior e aglutinador dos demais, como a liberdade, igualdade e a autonomia, deve expressar para a sociedade a segurança e a realização de condições da igualização dos indivíduos em sociedade, de forma harmônica, e sem discriminação de qualquer ordem.

4. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

As Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar) provocaram mudanças importantes na ordem jurídica mundial, sendo uma resposta a crise do modelo liberal-individualista, apontam para a construção do constitucionalismo social.

Nas palavras de Paulo Cruz houve uma crescente inclusão nas Constituições, "não só de previsões de regulamentações estatal, mas também de comando aos poderes

⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Martins Claret: São Paulo, 2003

públicos para que passem a promover ou financiar uma série de prestações de serviços, em geral públicos e gratuitos, aos cidadãos”⁹.

Com advento do Estado Social de Direito, o constitucionalismo moderno vêm sendo marcado pelo movimento de positivação dos Princípios Gerais de Direito, fenômeno que também ocorre em nossa Constituição Federal de 1988.

Nosso texto constitucional elenca um vasto rol de princípios que buscam proteger os direitos fundamentais do homem e paralelamente servem para informar o interprete do Direito na tomada de decisões.

Os princípios constitucionais são normas que fundamentam e sustentam o sistema jurídico constitucional, refletindo valores supremos e basilares da sociedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende princípio como:

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definira lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”¹⁰.

O doutrinador português Joaquim José Gomes de Canotilho¹¹ traz a proposta da chamada “Teoria da Constituição Dirigente”, que pretende racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para sua atuação.

A Constituição passa, neste contexto, de norma jurídica formalmente superior e abstraída de qualquer conteúdo material e mera definidora de competências e procedimentos à orientar e determinar um plano de tarefas, estabelecendo programas, diretrizes e definindo fins para o Estado e sociedade em geral.

Sendo assim esses princípios gerais, dentro do sistema constitucional dirigente, além de serem reconhecidos e declarados solenemente, devem ser garantidos, pois

⁹ CRUZ, Paulo. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporânea. Curitiba: Juruá, 2009, p.165

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 6,PP.545/546.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p.1086/1087.

vinculam e direcionam as ações do Poder Público e não apenas servindo de simples linhas sugestivas de ação.

Nossa Constituição da República de 1988 em seu artigo primeiro, inciso três, apresenta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Na visão de Alexandre de Moraes

“A dignidade da pessoa humana é um valor 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 em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merece todas as pessoas enquanto seres humanos”¹².

Sendo fundamento do Estado Democrático de Direito a Dignidade da pessoa humana, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, "trata da própria condição humana (e, portanto, do valor intrínseco reconhecido as pessoas no âmbito de suas relações intersubjetivas) do ser humano, e desta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica constitucional decorre de um complexo de posições jurídicas fundamentais"¹³.

Visando garantir a efetividade deste fundamento constitucional, como vimos, o texto Constitucional elenca vários direitos fundamentais e sociais, expressos nos artigos quinto e sexto, quais sejam: igualdade, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, entre outros.

¹²MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66.

¹³ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.147.

A dignidade enquanto direito também é conferida à crianças e aos adolescentes, vistos como sujeitos de direitos pelo legislador pátrio.

No âmbito dos direitos fundamentais essa proteção é regulada pela Constituição Federal em seu artigo 227, *caput*, que determina que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar para as pessoas em formação, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além do dever de garantir que fiquem a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O artigo quarto da Lei 8.069, de 13 de agosto de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) traz dispositivo semelhante.

Diante de uma realidade social cada vez mais complexa, em suas relações, ganha relevância a necessidade de analisarmos estes princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana estendida à criança e ao adolescente e o princípio da prioridade absoluta do infante frente a outros princípios, quando estes encontram-se em pólos antagônicos de interesses.

A solução dessas colisões principiológicas vem sendo objeto de estudo por Robert Alexy¹⁴, cuja obra “Teoria sobre Direitos Fundamentais” aponta um caminho a ser seguido pelo julgador em caso de conflito de regras e colisão de princípios, preservando, contudo, a ordem jurídica existente.

5 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As crianças e adolescentes brasileiros contam com um sistema legal de proteção aos seus direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano, além de alguns direitos especiais relativos à sua condição de pessoa em desenvolvimento.

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. [Theorie der grundrechte]. Tradução de Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2009, pp.91/109..

Canotilho (1993)¹⁵ explica que as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ embora frequentemente utilizadas como sinônimas, são diferentes.

Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalistauniversalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaçotemporalmente.

Os direitos do homem arracariam 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.

Assim, a constitucionalização dos direitos das crianças e adolescentes os tornam fundamentais em nosso ordenamento jurídico. Este reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos humanos se deve, principalmente, aos Tratados e Convenções Internacionais em que o Brasil foi participante, que discutiram políticas para proteger as futuras gerações.

Destacamos, em especial, a Convenção Internacional de Direitos da Criança promovida pela Organização das Nações Unidas, realizada em vinte de novembro do ano de 1989, na qual os países, entre os quais o Brasil, se comprometeram a implantar em seus sistemas jurídicos políticas públicas de proteção aos direitos da infância. E uma vez que o Estado brasileiro a subscreveu e ratificou expressou sua responsabilidade com as gerações futuras, na criação de legislações fundamentadas na proteção integral dos infantes.

O legislador constituinte de 1988 fora influenciado por Convenções Internacionais, pela participação da Sociedade Civil Organizada e de Movimentos Sociais em prol dos interesses das crianças, estabelecendo normas visando proteger criança e adolescente de forma absoluta, garantindo o respeito prioritário de seus direitos fundamentais, para que possam se desenvolver e atingir a plenitude do potencial enquanto seres humanos.

A Constituição Federal de 1988 no plano interno veio a consagrar o compromisso estatal com a doutrina da proteção integral, abordando a questão da criança como prioridade absoluta, impondo ao Estado, a família e a sociedade em geral, conforme art. 227, o dever de proteção das crianças e adolescentes.

¹⁵ CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p.517.
115

O Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069, de 13/07/1990), posteriormente criado, inovou ao romper com a doutrina da situação irregular até então vigente, que tratava crianças e adolescentes como objetos, passando a tratá-los como sujeitos de direito.

6 O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O Princípio constitucional da prioridade absoluta para crianças e adolescentes é fundamentada na chamada “Doutrina da Proteção Integral”, estabelecida no artigo primeiro da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e Adolescente.

A Doutrina da Proteção Integral reconhece que crianças e adolescente, enquanto pessoas em desenvolvimento, devem ser protegidas pelos familiares, pelo Estado e pela sociedade em geral e se opõe a antiga Doutrina da Situação Irregular, prevista no antigo Código de Menores de 1979, anterior ao ECA, que restringia a incidência de proteção aos menores em situação irregular, entendidos estes quando abandonados ou em conflito com a lei.

A proteção integral que se fundamenta e se estrutura principalmente em Tratados e Convenções Internacionais em que o Brasil foi participante.

Destacamos, em especial, a Convenção Internacional de Direitos da Criança promovida pela Organização das Nações Unidas, realizada em vinte de novembro do ano de 1989, na qual os países, entre os quais o Brasil, se comprometeram a implantarem em seus sistemas jurídicos políticas públicas de proteção ao direitos da infância. Não se tratou de uma mera carta de intenções sem obrigações, uma vez que o Estado que a subscreveu e ratificou expressou sua responsabilidade com as gerações futuras, na criação de legislações pátrias fundamentadas na proteção integral da infância.

As crianças e adolescente passam a ser vistos como sujeitos de direitos e não apenas como objeto nas relações jurídicas e sociais.

O legislador constituinte de 1988, influenciado por Convenções Internacionais e pela participação da Sociedade Civil Organizada e de Movimentos Sociais em prol dos interesses das crianças, estabeleceu esta doutrina visando proteger criança e adolescente de forma absoluta, garantindo o respeito prioritário de seus direitos fundamentais, para que possam se desenvolver e atingir a plenitude do potencial

[Digite texto]

enquanto seres humanos, garantindo-se inclusive, o Princípio da Igualdade, ao ofertar-lhes direitos e prioridades para efetivação de direitos fundamentais de forma a equilibrar suas peculiaridades físicas e psicológicas.

Wilson Donizeti Liberati entende que a absoluta prioridade faz referência ao fato que crianças e adolescentes “deverão estar em primeiro lugar na escala da preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes [...]”¹⁶.

A garantia à prioridade absoluta delimita-se conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art. 4º, parágrafo único, na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

7 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY E SUA APLICAÇÃO NOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Na Teoria dos Princípios Robert Alexy⁸, considera a norma jurídica como um gênero, que possui entre as suas espécies os Princípios e as Regras.

Embora comumente se distinga Regras e Princípio dentro do aspecto de sua generalidade, na qual os princípios tem um alto grau de generalidade enquanto as regras um baixo grau, Alexy considera tal argumento como sendo uma “tese fraca da separação”.

Para Alexy é preciso observar que as regras são aplicáveis dentro do “tudo ou nada”, pois se a regra é válida, deve ser aplicada do modo que se preceitua. Diante de um conflito de regras, apenas uma delas continuará sendo válida.

Já os princípios em sua aplicação exigem um procedimento de ponderação (ou balanceamento) e diante de uma colisão de princípios, o valor decisório será dado

¹⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: IBPS. 2010 .p.213.

aquele que tiver maior peso no caso concreto, sem que isso signifique invalidação do princípio compreendido como de peso menor.

Assim, na solução de conflitos ou divergência entre direitos fundamentais a Teoria dos Princípios, aponta para hierarquização dos princípios conflitantes. Na qual precede-se uma ponderação racional ou argumentativa, feita num enfoque pragmático-argumentativo dentro desta hierarquização, indicando qual dos interesses em conflito possui maior ou menor peso no caso concreto.

Sendo assim, as regras são normas que exigem o cumprimento pelo de dada medida, podendo ser cumpridas ou não. É obrigatório seu cumprimento se considerada válida, contém obrigações claras no campo fático e jurídico. São aplicadas de forma silogística.

Por sua vez, os princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida do possível em relação as possibilidades jurídicas e fáticas. São aplicados por meio de ponderação.

Quanto a utilização da ponderação e proporcionalidade no caso concreto é valido ressaltar que a ponderação racional de Alexy é aquela feita com base em enunciados de precedência, que necessariamente devem ser fundamentados racionalmente. São exemplos de enunciados de precedência: a intenção original do legislador, as conseqüências sociais benéficas ou malélicas da decisão, as opiniões dogmáticas e a jurisprudência.

Mas esta precedência não é absoluta, mas sim uma precedência condicionada, onde leva-se em conta o caso concreto, e indica-se as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sobre outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma inversa.

O Supremo Tribunal Federal¹⁷ ao julgar uma ação envolvendo o Governo de Tocantins abriu um precedente histórico no país ao dar prevalência ao Princípio constitucional da prioridade absoluta de atendimento à crianças e ao adolescente.

¹⁷ Trata-se de pedido de suspensão de liminar (fls. 02-22), formulado pelo Estado do Tocantins, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, que indeferiu pedido de suspensão de liminar ajuizado naquele Tribunal de Justiça. A decisão impugnada manteve liminar concedida na ação civil pública nº 2007.0000.2658-0/0, em curso perante Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Araguaína/TO, que determinou o seguinte: “[...] Concedo a liminar e determino ao Estado de Tocantins que implante na cidade de Araguaína/TO, no prazo de 12 meses, unidade especializada para cumprimento das medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade aplicadas adolescentes infratores, a fim de

Pela primeira vez na história da mais alta corte do País, entendeu-se que o Poder Judiciário pode obrigar o Poder Executivo a cumprir políticas públicas sociais previstas na Constituição.

A antiga posição do Supremo Tribunal Federal se orientava na prevalência absoluta do Princípio da Separação dos Poderes - pelo qual o Judiciário não pode interferir em assuntos de competência do Executivo - e da "reserva do possível", segundo o qual os direitos só podem ser garantidos se houver recursos públicos disponíveis.

A decisão do Ministro Gilmar Mendes determinou que o Governo estadual crie, no prazo de um ano, uma política pública na área de atendimento a adolescentes infratores.

A Ação Civil Pública fora movida pelo Ministério Público Estadual contra o Governo Estadual, exigindo a implantação de um programa de internação e semiliberdade de adolescentes em conflito com a lei na cidade de Araguaína/TO.

Diante da inexistência de uma unidade de atendimento especializada no município, o Estado estaria abrigando os adolescentes em cadeias comuns (Cadeia Pública de Ananás/ TO), contrariando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e encaminhando os meninos para uma unidade a 160 quilômetros de distância, impossibilitando o contato com seus familiares.

Por outro lado, o Estado de Tocantins alegava, além de interferência entre Poderes, que a punição provocaria "lesão à economia pública estadual", já que o orçamento estadual não previa recursos para essas ações.

propiciar o atendimento do disposto nos artigos 94, 120, §2º e 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Determino ainda que o requerido se abstenha de manter adolescentes apreendidos, após o decurso do prazo de doze meses, em outra unidade que não a acima referida. *Fixo multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a ser paga pelo requerido, em caso de descumprimento ou de atraso no cumprimento da presente decisão, a qual deverá ser revertida em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos dos artigos 213 e 214 da lei nº 8.069/90.*" (fl. 94). Acórdão proferido por unanimidade no Supremo Tribunal Federal com voto do Ministro Gilmar Mendes, em oito de julho de 2008, na Ação Civil Pública Nº 72658-0/06 impetrada pelo Ministério Público em face do Estado do Tocantins.

Contudo, na visão do Supremo tal argumentação não justificaria a inércia do Poder Público e o isentaria de seu dever de proteger efetivamente os direitos da criança e do adolescente através de políticas públicas emergentes

6 CONCLUSÃO

Constitucionalmente, os direitos e garantias fundamentais, dentre eles os positivados como direitos individuais e sociais, são decorrente da dignidade humana. No ordenamento pátrio brasileiro, temos que a pessoa humana como valor e a dignidade humana como princípio absoluto, que deve prevalecer sob qualquer outro princípio, apesar de existirem na doutrina posicionamentos contrários, como o de Robert Alexy¹⁸, que prefere analisar a aplicabilidade no caso concreto os conflitos de interesses. Ademais, todas as leis devem estar compatíveis com a dignidade da pessoa humana, sob pena de estas serem consideradas inconstitucionais e, em corolário, serem extintas do ordenamento.

A pessoa é, portanto, o valor máximo da democracia, sendo tal princípio uma decorrência do Estado Democrático. Não sem razão, alguns doutrinadores o consideram como um super princípio.

Pode-se perceber a importância real da dignidade humana, como princípio e fundamento da República Brasileira. Entretanto, deve existir de maneira mais constante, uma luta para total aplicação e, conseqüentemente, efetivação desse princípio, onde as pessoas, detentoras desse direito, junto ao Poder Público em suas três esferas (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem criar formas de sua garantia, promovendo também a efetivação de outros direitos inerentes a ele.

A Constituição brasileira sendo fruto de um processo de democratização do poder é o retrato de uma construção dogmática de participação popular nas orientações das políticas públicas.

Nosso ordenamento constitucional elenca muitos Princípios fundamentais, estruturais e sociais, que no plano concreto poderão se encontrar em polos de interesses opostos.

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 117

Na busca de soluções justas, frente a um conflito de normas jurídicas, o Poder judiciário vem utilizando, em suas decisões, interpretações aproximadas com o pensamento de Robert Alexy, quando diante de uma colisão de Princípios.

Assim, se estivermos diante de casos semelhantes em que Princípios, entrarem em conflito, devemos recorrer a uma hierarquização com base em uma ponderação racional face o caso concreto, estabelecendo-se em qual grau cada um dos Princípios deverá ser utilizado.

O caso citado é emblemático e ímpar, denota o interesse do sistema jurídico, representado pela mais alta Corte Julgadora de garantir a proteção de crianças e dos adolescente, não deixando a cargo somente dos pais e da sociedade essa responsabilidade, mas também do Poder Público representado pelo Estado.

Este dever estatal se exterioriza na realização de políticas públicas que preservem os direitos individuais e sociais dos pequenos cidadãos (crianças e adolescentes), assegurados em nossa Constituição Federal da prioridade absoluta dos direitos das crianças e adolescente em nosso ordenamento.

7 REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** [Theorie der grundrechte]. Tradução de Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências [ECA]. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 16 jul. 1990.

CANOTILHO, Joaquim Jose. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Editora Almedina: Coimbra, 1993.

CRUZ, Paulo. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** Curitiba: Juruá. 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[Digite texto]

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: IBPS. 2010.

MOURA, Marcelo de Souza. *O princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e adolescentes e a dignidade humana dos maiores de 18 anos: análise da solução de conflitos fundamentais sob o enfoque de Robert Alexy*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, nº 201. Disponível em: <http://www.boletimjuridico> Acesso em 25 de maio de 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Editora Millennium, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Martins Claret: São Paulo, 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001 pag. 32

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.