



**Universidade Federal de Pelotas**  
**Instituto de Filosofia, Sociologia e Política**  
**Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Filosofia**

**Dignidade da pessoa humana:**  
**um conceito dentro da perspectiva dos direitos fundamentais inscritos**  
**na Constituição Federal do Brasil e sua contraposição às decisões do**  
**Supremo Tribunal Federal**

**Ricardo Rheingantz Abuchaim**

**Pelotas, 2014**

Ricardo Rheingantz Abuchaim

Dignidade da pessoa humana:  
um conceito dentro da perspectiva dos direitos fundamentais inscritos na  
Constituição Federal do Brasil e sua contraposição às decisões do Supremo Tribunal  
Federal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-  
Graduação em Filosofia do Instituto de Filosofia,  
Sociologia e Política da Universidade Federal de  
Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título  
de Mestre em Filosofia

Orientadora: Professora Doutora Sônia Maria Schio

Pelotas, 2014

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas  
Catalogação na Publicação

A165d Abuchaim, Ricardo Rheingantz

Dignidade da pessoa humana : um conceito dentro da perspectiva dos direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal e sua contraposição às decisões do Supremo Tribunal Federal / Ricardo Rheingantz Abuchaim ; Sônia Maria Schio, orientadora. — Pelotas, 2014.

125 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, 2014.

1. Filosofia do direito. 2. Constituição. 3. Dignidade humana. I. Schio, Sônia Maria, orient. II. Título.

CDD : 340.1

Elaborada por Kênia Moreira Bernini CRB: 10/920

Ricardo Rheingantz Abuchaim

Dignidade da pessoa humana:  
um conceito dentro da perspectiva dos direitos fundamentais inscritos na  
Constituição Federal do Brasil e sua contraposição às decisões do Supremo Tribunal  
Federal

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestre em  
Filosofia do Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Instituto de Filosofia,  
Sociologia e Política da Universidade Federal de Pelotas.

Data da Defesa: 29 de abril de 2014

Banca examinadora:

Professora Doutora Sônia Maria Schio (orientadora), Doutora em Filosofia pela  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Professor Doutor Alexandre Fernandes Gastal, Doutor em Direito pela Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

Professor Doutor Keberson Bresolin, Doutor em Filosofia pela Pontifícia  
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

## Resumo

ABUCHAIM, Ricardo Rheingantz. **Dignidade da pessoa humana**: um conceito dentro da perspectiva dos direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal do Brasil e sua contraposição às decisões do Supremo Tribunal Federal. 2014. 123f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, 2014.

O postulado da dignidade humana encontra assento textual na Constituição Federal do Brasil de 1988. Como tal, é vetor axiológico das condutas estatais de administrar, legislar e julgar. Ocorre que não há consenso sobre o conteúdo da dignidade humana apresentado no referido diploma constitucional, tratando-se de um conceito em construção pelo Supremo Tribunal Federal, através de seus julgados que analisam os denominados direitos e garantias fundamentais. Imperioso, portanto, que se advogue por critérios que permitam a fixação de um conteúdo mínimo para a citada postulação, com vistas à manutenção de um estado de previsibilidade das decisões judiciais que permita a adequada conjugação entre a liberdade individual e a pacificação das relações sociais. Para alcançar o desiderato, esta pesquisa fixa os momentos de início e final da personalidade humana, intervalo no qual o Direito Brasileiro mantém imputada a seus cidadãos a dignidade, extraída pelo pesquisador a partir da visão multifacetada dos direitos e garantias individuais elencados no artigo 5º do texto constitucional. Essa definição é contraposta àquela que se tenta extrair a partir dos julgados do Supremo Tribunal Federal, fazendo-se crítica aos métodos atuais de interpretação da Constituição - proporcionalidade e ponderação -, bem como ao difundido princípio da proibição de retrocesso social.

Palavras-chave: filosofia do Direito, Constituição, dignidade humana, personalidade, direitos e garantias individuais, Supremo Tribunal Federal, decisões judiciais, interpretação jurídica.

## Abstract

ABUCHAIM, Ricardo Rheingantz. **Human Dignity**: a definition from the fundamental rights written in the Brazilian Constitution opposed to the vision of the Constitutional Court of Brazil. 2014. 123f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, 2014.

Human dignity is a norm explicitly written in the Brazilian Constitution. As it is put in the constitutional text, it will define the activities of the three branches of State Power: Executive, Legislative and Judiciary. Nevertheless, although a written norm, there is no consensus about the contents and reach of human dignity in Brazilian Law; it is in constant change due to the rulings of Brazilian Constitutional Court. It is imperative, then, to try and limit the frontiers of the norm of human dignity so as to allow the prediction of judicial rulings and pacification in social relations, balancing individual freedom with social needs. In the intent of reaching this objective this research will delimitate the moments of beginning and end of human personality, during which the Brazilian Constitution bestows dignity to its citizens. The concept of human dignity will be extracted from the numerous individual rights granted by article 5 of the Brazilian Constitution. This conception shall be opposed to the one elicited from the rulings and opinions of the Brazilian Constitutional Court along with critical remarks to the use of interpretation criteria of constitutional norms employed in Brazil, named proportionality and balancing, and to the generalized use of the principle of proscription of social improvement.

Key words: philosophy of Law, Constitution, human dignity, personality, individual rights, Brazilian Constitutional Court, rulings, interpretation of Law.

## Sumário

Introdução.....	06
1. O Conceito de "Pessoa" na Constituição Federal.....	13
1.1 A Ética, A Moral e o Direito.....	13
1.2 O Constitucionalismo e os Valores Morais.....	17
1.3 O Conceito de "Pessoa Humana" no Direito Constitucional Brasileiro.....	21
1.3.1 O Recurso ao Naturalismo.....	22
1.3.2. O Conceito de Pessoa Humana.....	24
2. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Brasileiro.....	35
2.1 A Norma Jurídica.....	36
2.1.1 A Teoria de Robert Alexy.....	37
2.1.2. Crítica a Alexy e a Suas Adaptações.....	41
2.1.3. Tentativa de Reformulação da Dicotomia Regra/Princípio.....	43
2.2 A Dignidade Humana como Norma Constitucional.....	45
2.2.1 A Caracterização Jurídica da Dignidade Humana.....	49
3. Entendimento do STF acerca da Dignidade Humana.....	57
3.1 Advertência e Generalidades - como Funciona o Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.....	57
3.2 Jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal em Matéria de Dignidade Humana e Direitos Fundamentais.....	59
4. Cotejo do Conceito Proposto para Dignidade Humana com Aquele Adotado Pelo Supremo Tribunal Federal.....	90
4.1 A Segurança Jurídica.....	90
4.2 A Proibição de Retrocesso e a Reserva do Possível.....	94
4.3 Os Conflitos Normativos Sobre Direitos Fundamentais.....	97
4.4 A Problemática da Interpretação dos Direitos Fundamentais Constitucionais pelo STF.....	104
Considerações Finais.....	111
Referências.....	116

## INTRODUCAO

A presente investigação trata sobre o tema da dignidade humana em um contexto bastante específico: o significado da expressão "dignidade da pessoa humana" segundo inscrito na Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>. Isso se deve ao fato de que uma das dificuldades enfrentadas pelos operadores do Direito no Brasil é a da vagueza de conceitos. Não raro as normas jurídicas são imprecisas, especialmente quando enunciam algum tipo de valor moral, causando insegurança na interpretação e na aplicação do Direito, redundando em ausência de previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, instabilidade nas relações sociais regradas pelo Direito.

O postulado da "dignidade humana", como fundamento que é da República Federativa do Brasil, deve ser observado nas relações entre o Estado e seus cidadãos de modo inafastável. Ocorre que, apesar de enunciar tal valor, a Constituição Federal não o define, deixando essa tarefa aos profissionais do Direito. E, no sistema jurídico brasileiro, a interpretação última dos dispositivos constitucionais cabe ao Supremo Tribunal Federal. É atribuição do Supremo Tribunal Federal (STF) fixar o conteúdo do enunciado da "dignidade humana" escrito na Constituição Federal. E, em sua atividade jurisdicional, o Supremo tem dado interpretações bastante divergentes acerca do conteúdo da "dignidade humana", pondo em risco a Segurança Jurídica e, conseqüentemente, a pacificação das relações sociais - fim último do Direito.

A presente pesquisa investigará a "dignidade humana" a partir dos seguintes passos:

1) no primeiro capítulo será fixado um conceito de "pessoa" a partir de uma opção naturalista, já que o Direito atribui dignidade apenas a seres humanos no Brasil. Breve incursão nos temas das relações entre Ética, Moral e Direito, bem como do Constitucionalismo Contemporâneo e Valores Morais terá lugar aqui;

2) no segundo capítulo restará configurada a dignidade segundo os preceitos do art. 5º da Constituição Federal (especificamente os direitos e garantidas

---

<sup>1</sup> Doravante referida também como CF/88. Eis o texto normativo em análise: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

individuais), com vistas à garantia da Segurança Jurídica balanceada com o necessário contextualismo do Direito. Para tanto, será enfrentado também o tema da dicotomia Regras/Princípios nas Normas Jurídicas;

3) no terceiro capítulo far-se-á exame das decisões do Supremo Tribunal Federal, a partir de critérios específicos de pesquisa, para verificar se esse órgão jurisdicional apresenta um conceito de "dignidade humana" dentro da restrição proposta no capítulo segundo, ou seja, no campo dos direitos e garantias individuais. Esses julgados serão agregados segundo a matéria em discussão pelo Tribunal; e

4) no quarto capítulo será feito o cotejo, à luz da Segurança Jurídica, entre o conceito proposto nesta pesquisa e aquele eventualmente assentado pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto conceituar-se-á Segurança Jurídica, analisar-se-á o postulado da "proibição de retrocesso" diante do da "reserva do possível", examinar-se-ão os métodos mais utilizados na interpretação das normas constitucionais e serão definidas as metanormas ou axiomas lógicos do Direito Constitucional Brasileiro.

A presente investigação tem forte matiz jurídico, especialmente no referente ao exame das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e dos dispositivos constitucionais correlatos. É uma pesquisa sobre julgamentos do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro que visa a apresentar soluções a problemas concretos na aplicação do Direito.

O Direito é uma disciplina prática porque visa a regular as relações interpessoais e se preocupa com dificuldades reais oriundas do convívio social; assim, a Filosofia do Direito inevitavelmente terá escopo prático. Analisar um valor como a dignidade humana pressupõe incursão no âmbito da Filosofia Moral, da qual a do Direito é especialização. A diferença entre Moral e Direito, segundo tratado adiante, é de abrangência: são dois círculos concêntricos, sendo o da Moral de maior diâmetro. Não se concebe, nessa linha argumentativa, o exame de normas jurídicas despido dos valores que veiculam.

O conceito de "dignidade humana" no Brasil é contextual e diz respeito ao momento histórico em que concebido e utilizado - desde 1988 até hoje. Isso dificulta sobretudo o difundido recurso na pesquisa filosófica à hermenêutica textual e à adoção de posições de filósofos da Moral e do Direito: nenhum dos clássicos do Direito e da Moral (entre eles Aristóteles, Immanuel Kant, Jürgen Habermas, John Rawls, Klaus Günther, Ronald Dworkin) pode ser lido como orientado a resolver

problemas do Direito Brasileiro. Aceitar-se-ia, talvez, procurar soluções inspiradas nos clássicos - mas o Supremo Tribunal Federal não pode ser obrigado a adotar posições filosóficas, mesmo que clássicas, na interpretação da CF/88. Essa é uma das razões pelas quais a presente investigação se torna um exercício filosófico, eis que buscará dar solução ao problema da vagueza conceitual contraposta à Segurança Jurídica a partir de elementos textuais da Constituição brasileira, sempre com vistas à prática do Direito Constitucional.

Como o exame de todo o Ordenamento Jurídico seria impossível no âmbito de uma dissertação de mestrado, optou-se pela análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal que visam a dar concretude à "dignidade humana". O exame do tema pelo Parlamento foi propositadamente ignorado, dado que esse órgão se ocupa da elaboração do Direito, não de sua aplicação e interpretação. Na mesma senda, uma pesquisa nos moldes propostos não teria sucesso se se valesse do modo como o Executivo aplica a "dignidade humana", eis que o Judiciário tem o papel de resolver conflitos interpretativos acerca de normas jurídicas, incluída aí a Constituição Federal. Não se tratará, assim, da criação do Direito, mas da interpretação e da aplicação do mesmo como posto pela Constituição Federal, considerando que o postulado da "dignidade humana" deve embasar toda e qualquer atividade estatal - ele é fundamento da República. Essa opção, como referido, restringe sobremodo o recurso aos filósofos do Direito assim identificados pela Academia; em contrapartida, exige muito mais exercício da razão pelo pesquisador ao abordar o tema de modo inaudito.

Para o operador do Direito brasileiro é imperioso recorrer à Filosofia Moral para enfrentar as questões que a rotina jurídica apresenta, já que ignorar uma teoria de valores morais redundaria em esvaziar o próprio Direito de qualquer sentido, dado o momento atual da teoria do Constitucionalismo Político no Mundo Ocidental. A Filosofia do Constitucionalismo Político é de importância capital para o entendimento do quadro jurídico sobre o qual se debruçam as relações entre Estado e cidadão. O assunto deveria ser abordado mais detidamente e sob uma ótica de reflexão crítica na prática diária; todavia, não é a realidade que se vislumbra hodiernamente, apesar de a mudança de paradigma estar ocorrendo, mesmo que de modo lento, segundo poderá ser confirmado nos capítulos terceiro e quarto.

A presente pesquisa tem por escopo demonstrar que o órgão máximo de interpretação e defesa da Constituição brasileira - o Supremo Tribunal Federal

(STF) – tem aplicado diversas e insuficientemente argumentadas justificativas ao fixar o conteúdo do postulado da dignidade humana inscrito na CF/88<sup>2</sup>. Essa conduta do tribunal pode levar à instabilidade jurídica. Cabem breves linhas acerca do postulado da Segurança Jurídica e do dogmatismo constitucional na teoria do Direito. A Segurança Jurídica<sup>3</sup> é postulado pertinente à proteção da confiança nas relações objeto de regulação estatal. Significa a necessidade de um quadro normativo (não só de leis e regulações, mas também de jurisprudência) relativamente estável e dentro do qual o cidadão possa planejar sua vida. A Segurança Jurídica<sup>4</sup> se configura a partir de duas características essenciais: a) "estabilidade", que significa que as decisões tomadas pelo Estado a partir do quadro normativo posto não podem ser arbitrariamente alteradas, a não ser que haja mutações fáticas posteriores e relevantes; e b) "previsibilidade", redundando em que a cidadania tenha calculabilidade - e, por conseguinte algum grau de certeza - em relação aos efeitos jurídicos dos atos concretizados dentro do conjunto existente de normas<sup>5</sup>. A Segurança Jurídica não significa o engessamento do Direito, posto haver possibilidade de alteração do texto constitucional exceto quanto aos direitos e garantias fundamentais.

A seu turno, o dogmatismo constitucional é ideia da Filosofia Política e do Direito cujo conteúdo pode ser singelamente declarado: a Constituição é o documento jurídico máximo de um Estado, por meio do qual se traçam os limites de exercício do Poder Estatal. Assim, todo o comportamento estatal de criação, aplicação e interpretação de normas jurídicas deve estar validado pela Constituição. Para tanto, necessário que haja um órgão estatal responsável pela proteção do texto e do espírito da Constituição - no caso brasileiro, esse papel é do Supremo Tribunal Federal em última instância (em alguns casos, também em única instância, como por exemplo, na ação declaratória de constitucionalidade de lei federal). Pretende-se, pois, demonstrar a necessidade de uma fixação mínima do conceito de sujeito de

---

<sup>2</sup> O tema será objeto do capítulo terceiro.

<sup>3</sup> Vide VIGO (2010, p. 266-8) para um recorte histórico breve acerca da Segurança Jurídica. O tema tem séculos de desdobramentos filosóficos: e.g. HOBBS [(1651) 2000, capítulo XVII, p. 141-4] também alertava para a Segurança Jurídica (embora com um viés bastante físico de segurança contra males externos e contra os demais homens) como fim do Estado.

<sup>4</sup> VIGO (2010, p. 268-71) refere às posições jusfilosóficas a respeito da Segurança Jurídica, quais sejam: a do ceticismo absoluto (inexistência de tal postulado); a do valor principal no Estado (significando ordem e paz); a do valor autônomo, mas em pé de igualdade com a justiça; a do valor indiscernível à justiça; e a do valor adjetivo à justiça (tornando o conteúdo da justiça - liberdade e igualdade - previsíveis). O tema será explicitado com mais vagar no último capítulo.

<sup>5</sup> Veja-se CANOTILHO (2003, p. 264).

direitos e garantias fundamentais no Estado brasileiro<sup>6</sup>, exatamente para que a Segurança Jurídica seja prestigiada e a CF/88, rigorosamente observada.

À primeira vista, a hipótese desenvolvida nesta dissertação parece contraditória: propõe-se uma conceituação "contextual" de dignidade da pessoa humana que tenha "validade perene". Mas o problema é aparente, eis que a CF/88 prevê a dignidade da pessoa humana como cláusula pétreas<sup>7</sup> - ou seja, um componente inamovível do sistema político nacional, tornando indiscutível a busca por um conceito mínimo e inequívoco para que se possa interpretar e aplicar devidamente a CF/88. Essas cláusulas pétreas é que resolvem o aparente conflito desta pesquisa: como o rol de direitos e garantias individuais previsto na CF/88 não pode ser restringido - apenas aumentado -, a formulação de um conceito mínimo de pessoa humana como destinatário de tais direitos e garantias tornar-se-á uma baliza perene, ainda que contextual porque específica ao Brasil de hoje.

A metodologia desta pesquisa é de analisar as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, cotejando-as com o conceito de dignidade proposto pelo pesquisador à luz do valor da estabilidade das relações sociais (Segurança Jurídica). Trata-se de uma abordagem hermenêutica<sup>8</sup>, na qual o sujeito cognoscente (pesquisador) influencia o objeto a ser conhecido e os ideais de objetividade e de neutralidade são sopesados com a ciência de que o pesquisador é um sujeito histórico e cultural, possuidor de uma bagagem interna de saberes e de preferências; isso significa que o sujeito cognoscente não consegue elaborar uma análise isenta de seu objeto de estudo, pois a escolha do tema, das fontes teóricas e empíricas, por exemplo, demandam tomadas de posição que são realizadas a partir de referenciais presentes no próprio sujeito. Além disso, os dados coletados são analisados sob o prisma não apenas das hipóteses e das teorias, mas também da

---

<sup>6</sup> A dignidade humana, do ponto de vista jurídico, é observada com a concessão de direitos e garantias à cidadania, tanto em relação ao aparato estatal como reciprocamente entre os cidadãos. Esse ponto será tratado no capítulo segundo.

<sup>7</sup> As cláusulas pétreas estão listadas no artigo 60, § 4º da CF/88.

<sup>8</sup> Segundo PAVIANI (2013, p. 71), "A interpretação ligada à compreensão refere-se ao texto e ao mundo ou à realidade como texto e, nesse sentido, também privilegia a linguagem. Entretanto, a relação causal-explicativa, isto é, as relações sujeito-objeto são revistas por uma nova compreensão (hermenêutica) do fenômeno da linguagem. Ao se investigar o objeto, questionam-se ao mesmo tempo as condições subjetivas do conhecimento do sujeito. O sujeito conhecedor não domina epistemológica e metodologicamente o fenômeno que se pretende esclarecer. Aquele que conhece está histórica e existencialmente inserido na linguagem e na relação sujeito e objeto. O acesso ao real é igualmente um acesso de autoapropriação do homem. Por isso, nesse modo de conhecer, além dos conceitos e juízos, entram em cena com destaque as relações judicativas e as relações enunciativas e fáticas."

capacidade crítica e criativa do pesquisador. Tal situação não compromete a confiabilidade da pesquisa porque o sujeito leitor está ciente de que também possui suas tendências e premissas interpretativas. Dessa forma, afasta-se qualquer pretensão de verdade absoluta e final, mostrando a possibilidade de uma revisão constante e de uma reflexão crítica e contextualizada do objeto em questão.

Adequado neste momento apresentar breve justificativa do porquê se ter deixado de analisar alguns dos considerados clássicos da Filosofia do Direito. Em primeiro lugar, há os contemporâneos filósofos que se preocupam com o problema da Justiça quanto à criação de uma ordem jurídica estatal (Justiça como finalidade do Estado e legitimação política pelo procedimento, por exemplo). Incluem-se aqui Rawls e Habermas, afastando-se-os de exame porque ambos debatem o modo pelo qual um Estado deveria ser juridicamente estabelecido e dinamizado para que a justiça prevalecesse.

Em segundo lugar, há os filósofos que tematizam decisões judiciais, mas em contextos diversos e dificilmente aceitáveis dentro do recorte epistemológico desta pesquisa, qual seja, o texto da CF/88. Por exemplo, Dworkin, Habermas e Alexy. Isso porque o primeiro desenvolveu sua teoria no âmbito da *commom law* e da Constituição dos EEUU<sup>9</sup>; os demais porque tratam de decisões de suas respectivas cortes constitucionais, e nenhuma delas se baliza pelo texto da CF/88<sup>10</sup>. Ou seja, não seria adequada uma pesquisa que analisasse decisões judiciais no âmbito do Direito Brasileiro a partir de teorizações construídas no Direito Alemão ou Inglês (ou de qualquer outro país)<sup>11</sup>.

Esta dissertação é um trabalho filosófico visando a permitir que um conceito mínimo de dignidade da pessoa humana possa ser utilizado pelo Judiciário nacional (que tem como órgão de cúpula o STF) de modo a garantir a estabilidade e a Segurança Jurídicas previstas nas cláusulas pétreas da CF/88, permitindo que se

---

<sup>9</sup> Segundo TOLONEN (1997), a distinção dworkiniana entre princípios e políticas, com a preponderância dos primeiros porque designam direitos individuais e os segundo, direitos sociais, poderia ser interpretada como uma defesa de um estado liberal. O Estado brasileiro é confessadamente social, segundo dicção da CF/88: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;" - além desse, há uma pluralidade de dispositivos adiante citados no texto desta pesquisa e que deixam clara a noção de solidariedade como fundamento social no Brasil. Ainda sobre Dworkin, não parece cabível a distinção entre "principles" e "policies" no Direito Constitucional Brasileiro, já que as políticas sociais dizem com a concretização da dignidade humana, no entender tanto do STF como da maioria dos autores pátrios. Isso será retomado no capítulo segundo.

<sup>10</sup> ALEXY (2008, p. 29-31) refere expressamente desenvolver seu pensamento com vistas unicamente à lei fundamental da República Alemã, renunciando a qualquer pretensão universalista.

<sup>11</sup> Retornar-se-á a esse ponto no segundo capítulo, onde a teoria de Alexy será examinada e afastada.

module a dignidade humana com o passar do tempo, de modo ampliativo ou restritivo, sem que se ignorem as balizas postas nesta dissertação sobre início e fim da pessoa humana. O Direito é uma disciplina prática que visa à prevenção e à resolução de conflitos interpessoais. A seu turno, a Filosofia pode ser definida como a reflexão crítica a respeito dos mais diversos temas da humanidade. Assim, a Filosofia Do Direito também seria disciplina prática a questionar e tentar resolver os problemas do Direito, tais quais: 1) o que é uma norma jurídica, 2) qual a natureza de uma norma jurídica, 3) qual o conteúdo de uma norma jurídica, 4) por que se deve obedecer a uma norma jurídica e, correlatamente, por que se deve ser punido por violação desse preceito normativo, 5) como é possível conhecer o Direito e/ou lhe delimitar o conteúdo, 6) por que e como a Constituição é a norma fundamental que dá legitimidade às demais, 7) como é criado o Direito e, do mesmo modo uma norma jurídica, 8) o Direito se esgota nas normas jurídicas ou existe além delas, 9) qual a natureza das decisões judiciais etc.

A pretensão à universalidade do Direito não resiste ao exame da realidade humana. Segundo argumento desenvolvido no capítulo primeiro, o Direito se ocupa de valores humanos que são universalmente reconhecidos (liberdade, segurança, paz, riqueza, honestidade etc.); contudo, a cultura define o peso de cada um deles em determinado lugar e tempo. Exemplificando: em vários países europeus o aborto é permitido; no Brasil, ainda é crime (mesmo que com exceções). Outro exemplo: o homossexualismo é crime em países muçulmanos e em alguns da África subsaariana, enquanto em Buenos Aires o casamento homossexual goza de reconhecimento estatal. O Uruguai passou a permitir o cultivo e a comercialização de maconha como atividades estatais de modo inédito no Mundo. Inadequado, portanto, o estudo do Direito descolado da realidade.

Uma Constituição é um fato social. E a teorização acerca de tal fato deve observar o contexto no qual ele tem validade - por esse motivo é que a presente pesquisa é um exercício filosófico do pesquisador com vista a resolver problemas operacionais da rotina jurídica brasileira. O recurso a outros teóricos pode ser interessante no sentido de se aproveitar a experiência alheia; mas isso não pode, em absoluto, afastar toda e qualquer tentativa de pensamento original. Há espaço na filosofia do Direito para a exegese filosófica, para a comparação de ideias e para a criação original de soluções.

## 1 – O CONCEITO DE "PESSOA" NA CONSTITUICAO FEDERAL

Para que se possa analisar a dignidade humana nos termos propostos nesta pesquisa, torna-se imperioso fixar o conteúdo de "pessoa humana" ao qual a CF/88 imputa a respectiva dignidade. Assim, este capítulo versará sobre a conceituação de início e fim da personalidade humana no quadro constitucional brasileiro, além dos temas correlatos das relações entre Ética, Moral e Direito e do Constitucionalismo Político.

### 1.1. A ETICA, A MORAL E O DIREITO

O Direito, como disciplina prática que visa à regulação das relações interpessoais para prevenir e resolver conflitos, pode ser analisado sob dúplice prisma: o de sua gênese e o de sua aplicação. A elaboração do Direito (ou melhor dito, das normas jurídicas) por intermédio de um corpo de representantes eleitos é a realidade atual nos Estados de Direito ocidentais organizados sob a égide de constituições<sup>12</sup> (na maioria dos casos, escritas). Os modos pelos quais o Direito é elaborado variam de acordo com os costumes e o quadro constitucional posto em determinado local<sup>13</sup>. O Direito é, assim, resultado de esforços empíricos e teóricos no contexto social e histórico de determinada população<sup>14</sup>.

As sociedades humanas adotam determinados valores que lhes parecem adequados à vida comunitária. E esse valores são objeto de proteção pelo Direito como instrumento de atuação estatal. Do mesmo modo que o Direito é produto da sociedade humana, também o é a Moral, que abrange todas as áreas de conhecimento com pertinência social (Economia, Direito, Sociologia, História etc). A Moral e seus campos de aplicação são resultado de processos históricos e sociais.

---

<sup>12</sup> Vide WALUCHOW (2007, p. 02-8), com didática lição a respeito da teoria filosófica do constitucionalismo.

<sup>13</sup> As próprias constituições mudam no tempo e no espaço. Vide, e.g., a lúcida e sucinta lição de BONAVIDES (2011, p. 225-37). Também CASTRO (2011, p. 273) refere que a dignidade humana enunciada no texto da CF/88 se caracteriza por um extenso rol de direitos historicamente aceitos pela sociedade brasileira, tanto que incorporados ao texto constitucional pela Assembleia Constituinte de 1987.

<sup>14</sup> Mesmo os tratados internacionais vigem somente depois de firmados pelos países que deles participam ou a eles aderem posteriormente, de modo que necessitam ser aceitos por cada um deles - nenhum país pode ser forçado a compor um tratado internacional, pelo menos não em uma sociedade cosmopolita democrática como aquela representada pela Organização das Nações Unidas pretende ser.

Cabe tratar do tema das relações entre Ética, Moral e Direito, mesmo que de modo sucinto, para que se possa examinar posteriormente o tratamento dado a valores pela Ciência Jurídica. Um conceito simples e inicial é de que Moral corresponde a um conjunto de regras de conduta adotado por uma determinada coletividade<sup>15</sup> ou que, sob dadas circunstâncias, deveria ser adotado por essa coletividade, para que alguns valores<sup>16</sup> sejam protegidos.

Se a Moral compreende um código de condutas, como se diferencia da Ética? Ambas teriam a mesma etimologia, sendo a primeira oriunda do grego "ethos" e a segunda, do latim "mores", as duas significando "costumes"<sup>17</sup>. Mas o exame etimológico não mais se presta para diferenciar as disciplinas. Ética é a reflexão sobre Moral<sup>18</sup>, e Moral é o estudo das regras que regulam o comportamento humano<sup>19</sup>. Assim, Ética fica no campo do "dever ser" e Moral, no do "ser".

O comportamento moral do homem varia no tempo e no espaço, mas ocorre sempre em sociedade. A Ética seria a teoria explicativa do comportamento moral dos homens em sociedade<sup>20</sup>; ou seja, a teorização sobre uma forma específica de comportamento humano em sociedade. A Ética procuraria explicar a Moral a partir da existência histórica e social do ser humano. Assim, deve se fundar numa Filosofia conectada com as ciências (Sociologia, Antropologia, Direito, Sociobiologia etc.) e não meramente especulativa<sup>21</sup>. Para este pesquisador, desnecessário fazer uma clivagem entre Ética e Moral no âmbito deste trabalho, de modo que os termos serão indiferentemente usados para alcinhar a disciplina filosófica prática que se ocupa dos valores humanos em sociedade.

A Moral é, portanto, disciplina que estuda as regras de convívio social que buscam proteger valores. Existem plúrimas maneiras de fundamentar a existência de valores morais na sociedade humana, a partir da racionalidade, da vontade, da

---

<sup>15</sup> Um "código de honra" seguido por apenas uma pessoa não a eximiria de observar as demais regras morais que o restante da comunidade, na qual inserta, entende como adequado.

<sup>16</sup> Sobre o tema dos valores na moral, *vide* entre muitos MASON (2011), ZIMMERMAN (2010), HSIEH (2007), JACOBSON (2011), SCHROEDER (2012) e SHAFER-LANDAU (2012, especialmente p. 21-58).

<sup>17</sup> A lição etimológica pode ser encontrada em TUGENDHAT (1997, p. 34-5), e é brevemente referida, mas rechaçada, por RICOEUR (2008, p. 49).

<sup>18</sup> Nesse exato sentido, TUGENDHAT (1997, p. 39).

<sup>19</sup> CHAUI (2002, p. 334-56) elabora um apanhado muito didático a respeito da evolução da teoria moral e reconhece uma moralidade vinculada à história e à cultura.

<sup>20</sup> Seguindo essa linha argumentativa, *vide* VAZQUEZ (1999, p. 25). O estudo da Ética compreende, segundo lição de SHAFER-LANDAU (2012, p. 01-15) o da "normatividade", o da "metaética" e o da "teoria do valor".

<sup>21</sup> É a lição de VAZQUEZ (1989, p. 29-30).

natureza humana (inconsciente, emoções, constituição biológica<sup>22</sup>). Dentro desses pontos de vista estão os que entendem que a moralidade deva ser universal (ou seja, valer para todos os seres humanos, independente do tempo e do espaço) e os contextualistas que levam em conta fatores históricos e geográficos para definir e estudar a moralidade. Há inclusive posições filosóficas que negam que valores morais existam ou que possam ser conhecidos - são os céticos e os não-cognitivistas. Importa para esta pesquisa desvelar a relação entre Direito e Moral, dado que ambos se ocupam de analisar e regular fatos sociais. Uma postura bastante respeitada na Filosofia é a de Immanuel Kant, para quem o Direito se relaciona com a liberdade exterior, enquanto a Moral com a liberdade interior (ser mestre das próprias paixões)<sup>23</sup>. Além da distinção entre liberdades externa e interna, aduz Kant que o Direito regula os atos propriamente ditos (ações concretas) independentemente de suas motivações, enquanto a Moral se ocupa exatamente com tais motivações (vontade dirigida ao cumprimento dos deveres)<sup>24</sup>. O Direito kantiano, então, volta-se para as ações externas correspondentes ao cumprimento dos deveres que afetam aos demais, independentemente das motivações internas do agente<sup>25</sup>.

De sua parte, McCormick<sup>26</sup> entende que a diferença entre Direito e Moral é que o primeiro pode resolver problemas de um modo que o segundo não: dizendo o que é permitido, proibido ou obrigatório ao agente. O Direito é composto por instituições que podem normatizar as disputas morais de modo progressivo: através da elaboração da lei, da execução dela e de sua interpretação. O Direito é heterogêneo porque impõe deveres e obrigações às pessoas, independentemente de suas racionalizações como agentes morais autônomos. A Moral é autônoma, discursiva e controvertida, enquanto o Direito, heterônomo, peremptório e institucionalizado. A Moral não admite um texto peremptório como o Direito o faz com a lei ou a decisão judicial. Aprofundando a lição, McCormick aduz que a argumentação jurídica é uma subespécie da argumentação prática, podendo ser

<sup>22</sup> Vide os excelentes apanhados de artigos em NUCCETELLI e SEAY (2012), AYALA e ARP (2010) e ABRANTES (2011). No caso específico da genética como base da moralidade humana, veja-se AYALA (2010), ROSAS (2011), VOGEL (2004), WILSON (2012), especialmente p. 191-284 e RUSE (2010).

<sup>23</sup> KANT [(1797) 2011, 6:406-7, p. 325] As citações das obras de Kant exibirão a paginação da Academia e, também, a da edição concretamente utilizada.

<sup>24</sup> KANT [(1797) 2011, 6:219-20, p. 27-9].

<sup>25</sup> RAUSCHER (2009, p. 05).

<sup>26</sup> MacCORMICK (2007, p. 253-9).

entendida como uma especialização da argumentação moral. O fator de contraste entre Direito e Moral é que o primeiro faz respeitar a autonomia dos agentes morais ao impor normas hauridas de fontes públicas, de modo a resguardar as pessoas do jugo de decisões particularistas<sup>27</sup>.

Uma conceituação difundida é a do jusfilósofo Miguel Reale, para quem a Moral é a busca individual do "bem", enquanto o Direito persegue o bem-estar intersubjetivo. Ambos estariam vinculados à Ética, mas a Moral seria dirigida à subjetividade da consciência e o Direito, às relações sociais<sup>28</sup>.

Para os fins propostos nesta pesquisa a mais adequada distinção é a de que Moral e Direito são círculos concêntricos, tendo o da Moral maior diâmetro, de modo a compreender toda a esfera jurídica. Isso significa que a diferença entre os dois é apenas de abrangência, dado que as condutas que as pessoas entendam que devam ser reguladas e controladas pelo aparato estatal, assim o seriam pelo Direito; contrariamente, tais ações permaneceriam apenas no campo moral respectivo (histórico, social, biológico, econômico etc.). Esta é a opção tomada: as sociedades humanas têm valores que lhes são caros e, para os colocar sob a proteção do Estado, dão-lhes o qualificativo de jurídicos<sup>29</sup>.

O Direito é composto pela reunião dos valores que a sociedade tem como mais importantes, transformados em jurídicos para que se possam valer da égide do Estado constituído e não fiquem sob a tutela subjetiva e/ou aleatória de algumas pessoas. A diferença, portanto, é que as normas jurídicas se fazem cumprir por intermédio do aparato estatal; as morais não contam com essa força, mas apenas com a eventual pressão social imposta pela comunidade respectiva.

---

<sup>27</sup> MacCORMICK (2007, p. 260-1).

<sup>28</sup> REALE (2002, p. 35-9).

<sup>29</sup> A crítica que se faz a essa postura é que nem tudo o que é jurídico seria moral. Por todos, *vide* REALE (2002, p. 42-3), que aduz serem desprovidas de moral as regras que tratam de prazos processuais e trânsito nas vias terrestres. O argumento não se sustenta, dado que a fixação de prazos processuais visa a proteger o valor da razoabilidade da duração do processo - não pode ser nem muito rápido que impeça o debate qualificado entre os litigantes, nem muito lento que torne a proteção dos interesses envolvidos inútil pelo decurso de muito tempo. Quanto às regras de trânsito, elas protegem tanto o valor da liberdade de locomoção de motoristas e pedestres como o da integridade física dessas pessoas.

## 1.2. O CONSTITUCIONALISMO E OS VALORES MORAIS

Tomada a posição dentro do tema das relações entre Ética, Moral e Direito, necessário analisar o Constitucionalismo Contemporâneo e a explicitação de valores no texto das constituições<sup>30</sup>. Pode-se dizer que a norma máxima de um Estado é a sua Constituição<sup>31</sup>, e que tal documento é que regula o modo pelo qual as demais normas jurídicas são elaboradas, modificadas, interpretadas e aplicadas. Por essa razão é que se defende a supremacia da norma constitucional como postulado básico do Estado de Direito<sup>32</sup> (em inglês, *rule of law*), eis que verdadeiramente institui o Estado e permite o desempenho do Poder Estatal nos limites aceitos pelo povo.

Ocorre que há diferença no modo de produção do Direito e de aplicação e interpretação do mesmo. A elaboração normalmente observa a vontade popular<sup>33</sup>, enquanto a aplicação e a interpretação são efetuadas por corpos técnicos especializados<sup>34</sup> adrede organizados. Assim, há necessidade de fundamentação do Direito sob dois pontos de vista: o de sua criação (atividade legislativa) e o de sua

---

<sup>30</sup> Chama-se a atenção do leitor para o fato de que este pesquisador discorda da noção - amplamente difundida, segundo o avanço no tema deixará claro - de que somente no Mundo pós-Segunda Guerra é que os valores passaram a fazer parte do Direito Constitucional. Isso porque em sendo o Direito parte especializada da Moral, toda e qualquer norma jurídica terá como pressuposto a proteção de algum valor. Há que se concordar, porém, com a ideia de que somente o Constitucionalismo Contemporâneo permitiu à cidadania tomar as rédeas do Poder Estatal, exigindo do Estado a observância estrita das normas jurídicas inscritas na respectiva Constituição. Além disso, a proteção das minorias também é fato político recente.

<sup>31</sup> O Constitucionalismo atual tem como premissas metodológico-formais a normatividade, a centralidade e a superioridade da Constituição, ultrapassando a histórica prevalência da legislação civilista e o entendimento de que a Constituição era mera diretriz política; além disso, traz duas características materiais bem nítidas: a opção do legislador constituinte por valores explícitos no texto constitucional e a correlata disputa desses valores entre si - especialmente no caso brasileiro em que a Constituição é extensa e detalhista. Cabe sucinta análise sobre cada premissa e característica. A normatividade da Constituição é postulado filosófico que aduz que a Carta Política não é mera declaração de intenções a serem perseguidas: dela deriva a própria possibilidade de exercício do Poder Estatal, de modo que suas normas devem ser rigorosamente observadas por todos aqueles a elas sujeitas. A centralidade da Constituição significa que ela é o ponto de partida para o exercício de deveres e direitos dentro do território onde vige. A superioridade da Constituição é decorrência do escalonamento hierárquico do sistema jurídico: todos os cidadãos e instituições devem obediência a ela. Sobre o assunto, *vide* BARROSO (2009, p. 229-65).

<sup>32</sup> Nesse sentido LAPORTA (2007, p. 220-8).

<sup>33</sup> No Brasil, as regras jurídicas podem ser elaboradas de forma direta (projeto de lei proposto diretamente pelo povo) ou indireta (proposição oriunda do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário), mas com análise forçosamente por intermédio dos representantes eleitos pela sociedade civil - na seara federal, o Congresso Nacional.

<sup>34</sup> Tem-se no Brasil que tanto o Judiciário como o Executivo interpretam e aplicam a lei, o primeiro no caso de conflitos sobre os limites das normas, o segundo para a fiel execução das mesmas. Para a presente pesquisa interessará a atividade jurisdicional, entendida como aquela exercida pelo Judiciário na resolução de conflitos acerca da interpretação e da aplicação do Direito.

aplicação e interpretação (atividade jurisdicional). Para o primeiro caso, há uma ampla gama de teorias filosóficas que consideram razões levantadas pela Ciência Política, tais como: vontade popular, deliberação, consenso, representatividade, legitimidade etc. Para as hipóteses da interpretação e da aplicação, a especificidade é diversa e exige análise de fatores como legalidade, conformidade ao quadro constitucional e infraconstitucional entre outros.

Esta pesquisa se ocupa da fundamentação na aplicação e na interpretação do Direito pelo Supremo Tribunal Federal, que é o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, ao qual cabe dar a "última palavra" sobre a interpretação da CF/88. E as divergências de interpretação que ocorrem entre os diversos juízes e tribunais do País advêm da inexistência de conceitos unívocos no texto da CF/88, posto que o legislador constituinte agregou vários valores morais ao texto dela<sup>35</sup>. A presença de um conjunto de valores morais no Direito brasileiro contemporâneo é verificada pela análise da história política do Brasil e pela leitura da Constituição Federal de 1988. O ponto que interessa para a presente pesquisa é a evolução da Filosofia Constitucional brasileira<sup>36</sup>. Saído de um período de restrição de liberdades (1964-1985), o País passa pela experiência democratizante análoga a de outros como Alemanha, Espanha, Portugal e Itália no período pós-Segunda Guerra Mundial (1939-1945)<sup>37</sup>. Essa "revolução" da Filosofia Política tomou corpo com a edição da CF/88<sup>38</sup>, que seguiu a linha de pensamento das novas constituições dos países europeus referidos e expressamente declarou, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa. Nesse sentido, a CF/88 é um conjunto de valores, sendo a dignidade humana a diretiva moral a orientar a ação dos operadores do Direito - juízes, legisladores e administradores<sup>39</sup>. Além da referida dignidade humana, pode-se ler na CF/88, exemplificativamente, "sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I),

---

<sup>35</sup> Os pertinentes à presente pesquisa serão expressamente referidos no capítulo segundo. O objetivo é tornar congruente o amplo rol de valores descritos no art. 5º da CF/88 com vistas à concretização da Segurança Jurídica.

<sup>36</sup> No entender deste pesquisador, o Direito no Brasil sempre procurou proteger valores, e a grande inovação do Constitucionalismo Contemporâneo é a subserviência do Estado à cidadania com o reconhecimento da dignidade humana como motivação de toda e qualquer atividade estatal. Há uma utilização bastante difundida na literatura do Direito Constitucional brasileiro da ideia de que somente a partir da CF/88 é que o sistema jurídico tupiniquim protegeria valores; ocorre que toda norma jurídica encerra a proteção de algum valor.

<sup>37</sup> Entre outros, LA TORRE (2007, p. 31), onde refere que fascismo e totalitarismo na Europa levaram a uma nova percepção a respeito do constitucionalismo: a de que a dignidade humana não pode ser negada pelo sistema jurídico.

<sup>38</sup> Entre outros, BARROSO (2008, p. 62-3).

<sup>39</sup> CASTRO (2011, p. 284 e 289).

“proibição de tortura e de tratamento humano degradante” (art. 5º, III), “liberdade de consciência e de crença” (art. 5º, VI), “proibidade administrativa” (art. 14, § 9º; art. 37, § 4º), “moralidade administrativa” (art. 5º, LXXIII; art. 37, cabeça), “dever da sociedade no financiamento da seguridade social” (art. 195, cabeça) e “meio-ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos” (art. 225, cabeça). Trata-se de uma constelação de enunciados normativos que necessita de explicitação para ser coerentemente concretizada. Cabe, entretanto, examinar como esse apanhado de valores se inseriu no Direito Constitucional contemporâneo.

O Constitucionalismo é a corrente da Filosofia Política que defende a necessidade de uma Constituição – preferentemente escrita - como imprescindível ao exercício regulamentado e limitado do poder estatal<sup>40</sup>. É ramo filosófico que se ocupa de questões metajurídicas – anteriores e fundamentais ao Estado. O Constitucionalismo Contemporâneo é movimento que surgiu na Europa pós-guerra (a partir de 1946) e que procura afirmar valores que caracterizem a dignidade humana de modo textual ao Direito. Isso se explica notadamente pelo advento dos Estados nazifascistas que defendiam a aplicação do Direito despida de qualquer conteúdo dignificante ao ser humano<sup>41</sup>. Esse movimento do Constitucionalismo Filosófico ficou obscurecido no Brasil a partir dos governos autoritários da década de 1960, quando um alcunhado "positivismo estrito" imperou na aplicação e interpretação do Direito<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Veja-se a seminal lição de HAMILTON, MADISON e JAY [(1787-8) 2003], n.s 47-51, p. 297-322]. ao discutir os concretos contornos da primeira Constituição escrita do Mundo Ocidental: a dos EEUU.

<sup>41</sup> Significando, especialmente no caso do Estado Nazista, que a vontade dos dirigentes estatais suplantava qualquer valor que se pudesse atribuir a normas jurídicas; estas deveriam ser genéricas ou maleáveis o bastante para serem "interpretadas" de acordo com as necessidades do regime de terror. *Vide*, a respeito, ARENDT (1989, especialmente p. 339 e ss.).

<sup>42</sup> Segundo LA TORRE (2007) - discorrendo sobre a Europa Continental em lição aplicável ao Direito Brasileiro - para o positivismo jurídico, a um código (ou coletânea de leis) é conferido mais valor do que a uma Constituição (p. 15), esta tendo força meramente descritiva (programática), carecendo de "status" normativo (p. 21). A superação desse tipo de postura positivista é que permite o debate atual dos valores morais no Direito. Vale notar que essa ideia de positivismo não é uníssona na Filosofia do Direito, sendo adequado remeter o leitor à seguinte lição que defende uma diferente noção de positivismo dogmático - ADEODATO (2012, p. 211-2), *verbis*: "Para finalizar, pode-se sugerir que não se deve ver no positivismo dogmático - que ainda luta por se implantar no Brasil - motivo para a angústia existencial que se percebe em alguns antipositivistas, no Brasil e fora dele. O direito moderno não é mau por ser assim organizado, da mesma maneira que a ligação ontológica pré-moderna entre direito e moral não constitui um bem em si mesma. Se Jesus Cristo era um jusnaturalista, Hitler também o foi. O direito natural parte do princípio antidemocrático de que há um conteúdo de justiça apriorístico em relação ao direito positivo, o qual precisa curvar-se a esses princípios e deve ser imposto a todos os desviantes e recalcitrantes. Mesmo com as tentativas de suavizar essas normas válidas em si mesmas, transferindo-as de um consenso sobre conteúdos para um procedimento qualquer, elas continuam autoimpositivas. Aí a contribuição ética do positivismo, no amplo sentido tal como definido aqui: como não há uma justiça evidente em si mesma, os próprios

A CF/88 contém enunciados de valores em seu corpo, mas que por topologia devem obediência ao referido postulado fundamental da dignidade humana. Como a Constituição é a norma que estrutura a vida política em um Estado, imprescindível se tornou a discussão, para os juristas brasileiros, de uma teoria de valores constitucionalmente assegurados. O sistema jurídico brasileiro é hierarquizado, sendo a CF/88 a norma que valida todas as demais, dando as diretrizes sobre a elaboração, a aplicação e a interpretação destas. Para que a integridade desse sistema se mantenha, surge a necessidade de pressupor que a CF/88 esteja acima das demais normas jurídicas do País. A supremacia da CF/88 decorre de sua função de limitar e ordenar a atuação do poder estatal. Essa supremacia é garantida por uma rigidez na alteração de seu conteúdo e pelo controle de constitucionalidade a cargo do Supremo Tribunal Federal. O papel do STF como guardião último da CF/88 advém da autoridade que lhe é conferida para resolver definitivamente os questionamentos acerca da conformidade material e procedimental de leis e atos normativos com o texto e o espírito da Constituição Federal. Trata-se da teoria política dos "checks and balances" (freios e contrapesos) no desempenho das atividades que concretizem o poder estatal.

A rigidez das disposições constitucionais nada mais é do que um procedimento específico que exige maioria qualificada e votação em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional para a alteração do texto da CF/88. Além disso, há um rol de diretrizes políticas que não pode ser alterado: as chamadas "cláusulas pétreas" cujo texto está no parágrafo 4º do art. 60 da CF/88<sup>43</sup>.

O tradicional debate entre jusnaturalismo e positivismo jurídico<sup>44</sup> pode ser tido como superado porque a CF/88 prevê valores dignificantes como "cimento social" ao

---

cidadãos é que têm de tomar em suas costas o fardo de dizer, de **pôr** (daí *positivismo*) o direito. Foi o que mudou: o direito continua axiológico como inevitavelmente o é, mas seu valor não está prefixado por qualquer instância a ele anterior ou superior. Ele não é imposto pela infalibilidade do Papa ou da Santa Madre Igreja, pela natureza ou por qualquer escatologia, nem é fixado a partir desta ou daquela concepção que alguém tenha de 'justiça' ou de 'razão', A 'racionalidade', tenha dimensão ética ou meramente instrumental ou tecnológica, não se impõe por si mesma ao direito, e há profundas e inconciliáveis divergências quanto ao seu significado."(grifos no original)

<sup>43</sup> A saber: "§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais."

<sup>44</sup> Tomando, *grosso modo*, Jusnaturalismo como a corrente filosófica que defende a existência de um Direito superior ao meramente legislado pelo homem, composto por valores universais e invariáveis; de seu turno, poder-se-ia conceituar de modo breve o Positivismo Jurídico como a vertente da Filosofia que descreve o Direito como concebido sem qualquer referência à noção de "bem moral" - o que seja moralmente aceitável ou moralmente dominante no meio social. Essa discussão não subsiste quanto ao Direito Constitucional Brasileiro. Para uma detalhada lição acerca dos pontos de

citar expressamente diversos postulados nesse sentido. Como essas normas constitucionais são de cunho moral, cabe perquirir acerca de seus conteúdos para que a atividade jurídica se desenvolva dentro da finalidade de segurança que se espera do Direito. A ideia que permeia a presente pesquisa é a de que o Estado brasileiro existe para concretizar os direitos fundamentais, dado serem emanações jurídicas da dignidade humana<sup>45</sup>.

### 1.3. O CONCEITO DE "PESSOA HUMANA" NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Releva notar que a questão da definição de "pessoa humana" tem contornos bem diferentes nas áreas da Ética e do Direito. Para a primeira, há considerável corrente de pensadores que conceitua "pessoa" por meio do qualitativo "autonomia", de maneira que "pessoa" seja sempre aquela que se possa determinar ou escolher livremente entre cursos alternativos de ação<sup>46</sup>. Para o Direito, a "pessoa" é reconhecida pelo fato de ser um ser humano, sendo a questão da "autonomia" pertinente à capacidade jurídica<sup>47</sup>. Ou seja, o Direito se ocupa em assegurar os valores que são tidos como caros a determinada sociedade em termos de estabilidade das relações interpessoais e da pacificação dos conflitos. Os demais valores ficam a cargo das diferentes áreas das quais a Moral se ocupa - há um conceito histórico de pessoa, um econômico, um antropológico, um biológico etc.

A Ética estuda - dentre outros temas - a capacidade de discernimento do agente para que possa escolher entre diversas opções de ação. Essa conjugação de

---

contato entre juspositivismo e jusnaturalismo, bem como das dificuldades de se trabalhar com essa diferenciação terminológica, veja-se ADEODATO (2012, p. 151-71).

<sup>45</sup> Essa ideia de um Estado submisso a seus cidadãos fundamenta obras de cunho jusfilosófico como BARROSO (2004), LA TORRE (2007), CANOTILHO (2003) e NINO (1989) e é permitida pelo próprio texto da CF/88 conforme discutido no capítulo seguinte.

<sup>46</sup> Por todos, a lição clássica de KANT [(1797) 2011], *passim*. Para uma visão contemporânea, a seguinte noção: "Essas capacidades e o exercício delas dão aos seres humanos o *status* de pessoas. Enquanto *ser humano* é uma categoria biológica, *pessoa* é uma categoria moral, legal e social. Ser uma pessoa é, entre outras coisas, ser sujeito de direitos e deveres morais. É ser não apenas um agente, como outros animais, mas ser também um agente moral estando em relações morais recíprocas com outros, com capacidade de conhecer e fazer o bem e o mal. (...) Ser um ser humano é ser uma criatura cuja natureza é adquirir tais capacidades no curso normal de maturação em uma comunidade de seres da mesma natureza." [HACKER (2010, p. 18), grifos originais].

<sup>47</sup> Significa que o Direito separa os conceitos de autonomia e personalidade: a primeira é reconhecida a partir do atingimento de determinado marco etário e da inexistência de limitações físicas e/ou psíquicas no agente; a segunda é atribuída a todos os seres humanos, de modo "automático".

autonomia e liberdade é que seria concretização da personalidade<sup>48</sup>. O Direito, a seu turno, não analisa essa relação de autonomia/liberdade do mesmo modo, eis que imputa personalidade ao ser humano independentemente dela (da relação autonomia/liberdade)<sup>49</sup>. Isso significa que um ser humano será sempre "pessoa" do ponto de vista jurídico, mesmo que tenha autonomia e liberdade nulas ou reduzidas - essa concepção é dominante nos países de ascendência jurídica romano-germânica como o Brasil. Ocorre que a CF/88 não conceitua "pessoa humana", ficando a tarefa para a lei ordinária que somente define o início da personalidade<sup>50</sup>. Necessária a reflexão acerca do assunto, que se passa a fazer.

### 1.3.1. O RECURSO AO NATURALISMO

Ainda que altamente interessantes e instigantes pareçam os conceitos de pessoa humana embasados em alma, dualidade mente/cérebro, espiritualidade etc., não se pode olvidar que os seres humanos são animais: mamíferos e primatas, com determinada ancestralidade natural que não pode ser ignorada, por mais racional que alguém se pretenda<sup>51</sup>. Além disso, não se pode aceitar somente a razão a embasar a atividade social humana: as emoções desempenham papel importante nas relações interpessoais, e isso não pode ser afastado de modo algum por ser impossível conceber o homem despido de sua condição animal. A razão, despida do sentimento, transformaria o homem em um autômato. Sem a possibilidade de sentimentos entremeando a sociedade, restaria a vida mecânica e funcional à moda, por exemplo, dos insetos. O fato de ser dotado de um corpo sensível impele o ser humano a querer entender o mundo do qual faz parte, sem necessariamente abrir mão de seus sentimentos<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> É o caso da teoria proposta por Immanuel Kant [(1785 e 1786) 2009 e (1797) 2011].

<sup>49</sup> Eis os dispositivos pertinentes do Código Civil (Lei n. 10.406/02): "Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. (...) Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil."

<sup>50</sup> Eis a letra do texto do Código Civil: "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

<sup>51</sup> Nesse sentido, *vide* BAIER (1991) fazendo contraposição naturalística às noções lockiana e kantiana de pessoa. Sobre esse ponto, veja-se HACKER (2010, p. 289-314). Segundo WILSON [(1975) 2000, p. 03], as emoções humanas são controladas pelo sistema límbico que é parte física do cérebro, de modo que as sensações de culpa, reprovação e altruísmo (entre outras) têm fundo orgânico.

<sup>52</sup> Calha citar STRAWSON: "Afastando-se do tema do determinismo, não se poderia dizer que deveríamos nos aproximar a criaturas puramente racionais à medida que nossa relação com os outros é de fato dominada pela objetividade? Penso que isso poderia ser dito; entretanto, deveria ser

A racionalidade permite analisar as condutas levadas a cabo sob o pálio das emoções e, assim, exarar juízos morais<sup>53</sup>. Estar envolvido em relações interpessoais é estar necessariamente exposto à miríade de sentimentos e atitudes reativas que não podem ser ignoradas por qualquer teorização a respeito da ação humana<sup>54</sup>. Reconhecer a imprescindibilidade das emoções e do instinto significa admitir a falibilidade humana e, ao mesmo tempo, o imorredouro desejo do homem em se aperfeiçoar, em ser melhor<sup>55</sup>. Ainda assim, não se pode ignorar o exercício reflexivo como inerente ao conceito de ação, já que a reflexão diferencia o homem dos demais animais. Importante, então, analisar as condutas humanas sob a conjugação de instinto e deliberação.

O Direito se ocupa em regrar valores para permitir a vida pacífica em sociedade. As opções filosóficas que abarcam dicotomias como numênico/fenomênico ou fato/valor são bastante difíceis de justificar e trazem ao debate questões que não podem ser reguladas por normas jurídicas - impossível determinar o comportamento num "mundo de ideias", ou responsabilizar alguém quando se presume que a ação é determinada por Deus. Para normatizar fatos, o arcabouço filosófico do Direito tem necessariamente que se valer do Naturalismo. Isso não significa que uma opção pelo Naturalismo Moral esteja isenta de problemas. Cabe detalhar o tema.

---

acrescentado, mais uma vez, que sendo tal escolha possível, não seria necessariamente racional escolhermos ser mais racionais do que somos." (1982, nota 4 na p. 74). No original: *"Quite apart from the issue of determinism might it not be said that we should be nearer to being purely rational creatures in proportion as our relation to others was in fact dominated by the objective attitude? I think this might be said; only it would have to be added, once more, that if such a choice were possible, it would not necessarily be rational to choose to be more purely rational than we are."*

<sup>53</sup> É, por exemplo, a opção humeana [(1739-40) 2009] de analisar as escolhas feitas a partir dos sentimentos que os fatos do mundo provocam no espectador moral.

<sup>54</sup> Tratando do tema determinismo/libre-arbítrio e responsabilidade moral, STRAWSON (1982) destaca que o debate filosófico rotineiramente ignora que os sujeitos da ação moral estão envolvidos em relações interpessoais que variam da intimidade à casualidade (p. 65), havendo diferença entre participar subjetivamente de uma relação humana e simplesmente analisar objetivamente uma (p. 66). A análise objetiva de determinada relação interpessoal não permite a argumentação/ponderação com outras pessoas, dado que tal objetividade exclui a ampla gama de sentimentos reativos envolvidos, como indignação, gratidão, perdão, raiva etc. (p. 66).

<sup>55</sup> Segundo argumento da Sociobiologia a partir da teoria evolucionista darwiniana, o homem traz em sua constituição física a possibilidade de portar valores, e a vida em sociedade gera cultura que interage com esses valores e, inclusive, provoca modificações no corpo humano (obviamente, depois de várias gerações) - é o que se denomina "epigenética" [veja-se, entre outros, WILSON (2000, 2006 e 2012), AYALA (2010), ALMEIDA (2013)].

O Naturalismo filosófico, *grosso modo*, expõe que a realidade se exaure na natureza e que o método científico tudo pode investigar e explicar<sup>56</sup>. Uma teorização de Naturalismo Moral teria como pressuposto que valores e obrigações morais são propriedades do mesmo tipo daquelas investigadas pela Ciência, e podem ser analisadas por meio do método científico<sup>57</sup>. Para o Naturalismo, a Filosofia acompanha o andar das Ciências Naturais (biologia, física, química etc.) quando o objetivo da especulação filosófica seja propor soluções factíveis a dificuldades cotidianas; assim, a visão filosófica terá que ser agnóstica no que diz com questões de ontologia, dado que elas são pretensamente "resolvidas" pelo pensamento científico<sup>58</sup>. A Filosofia Naturalista imprescindível para conceituar pessoa humana pode ser definida como o ramo reflexivo e abstrato das Ciências Empíricas - no caso, da Biologia e seus sub-ramos. Significa que é uma das tarefas da Filosofia extrapolar hipóteses a partir de dados científicos<sup>59</sup>.

### 1.3.2. O CONCEITO DE PESSOA HUMANA

Posta a justificação pelo Naturalismo, eis o conceito a ser defendido<sup>60</sup>: a personalidade humana surge quando o feto já conta com estrutura cerebral que

<sup>56</sup> É a concepção, em seu viés mais forte, de que a Ciência tudo pode explicar, ou seja, que a Filosofia é análoga às ciências naturais. Nessa senda, HARMAN (2012, p. 10).

<sup>57</sup> Segundo STURGEON (2007, p. 92). Não é preocupação aqui acatar um Naturalismo "puro" ou "forte", mesmo porque debater e definir as correntes do Naturalismo não é o objetivo perseguido por este estudo; de outro lado, tampouco se pretende conceituar ou acolher uma vertente mais mitigada de Naturalismo. O escopo é o de justificar o porquê de a Filosofia do Direito necessitar de um conceito biológico de pessoa humana, adotando uma posição naturalista sem necessidade de preocupação com as diversas vertentes dessa linha de pensamento filosófico. O importante é reconhecer que, sem um apelo ao Naturalismo filosófico, não parece possível resolver problemas inerentes à vida humana em sociedade, dado que o homem é um animal gregário por sua natureza. Segundo ROSAS (2011), "(...) a explicação do motivo pelo qual acreditamos em certos princípios morais básicos, como o da imparcialidade, poderia apelar, em uma cosmovisão naturalista, para traços estáveis (em um grau ainda por estabelecer) da natureza humana como produto da evolução natural. Esses traços, por sua vez, seria estabelecidos em coerência com princípios internos da biologia evolutiva e de outras ciências consideradas relevantes para estabelecer fatos sobre esses traços - por exemplo, a psicologia e a antropologia. A coerência de nossas convicções morais básicas com os fatos relevantes estabelecidos por essas ciências dá à explicação um caráter de justificação." (p. 297). Vale referir que o uso do Naturalismo para estudar o Direito não é novidade: a escola do Realismo Jurídico nos EEUU ainda está em atividade e se utiliza de uma epistemologia naturalística para analisar as decisões judiciais, tendo como Brian Leiter - professor da Universidade de Chicago - um de seus expoentes contemporâneos [*vide* LEITER (2012)].

<sup>58</sup> Nesse sentido, LEITER (2008, p. 1 e *passim*), referindo que o homem é um animal naturalmente gregário, não sendo possível escapar às conceituações biológicas correlatas.

<sup>59</sup> Também pensa assim LEITER (2008, *passim*) embora com enfoque no estudo de decisões judiciais, não na conceituação de pessoa para o sistema jurídico.

<sup>60</sup> Esse conceito tem como base o texto da CF/88 ou, mais exatamente, a ausência de disposição a respeito do tema nesse diploma legislativo. Importa referir que, para o Código Civil em vigor, a

permita metabolismo autônomo, e termina quando ocorra a morte encefálica<sup>61</sup>. Significa que a possibilidade de um sistema cerebral autônomo existe do ponto de vista biológico, permitindo ao feto (agora pessoa humana) a característica de um ser que se autogoverna<sup>62</sup> por impulsos próprios, ou seja, é autossuficiente. Trata-se de opção por um conceito biológico que, mesmo passível de crítica (especialmente por parte dos que defendem que a vida inicia na fertilização do óvulo pelo espermatozoide), é mais adequado neste âmbito de trabalho dentro da Filosofia do Direito porque o objeto de reflexão crítica é o texto da CF/88.

A ideia de limitar a personalidade humana entre os marcos da autonomia (isto é, autossuficiência biológica) do feto e da cessação de atividade cerebral é trabalhada, com variações, por Shea<sup>63</sup>. Ela propõe que o embrião seja considerado como tendo vida autônoma (e, portanto, personalidade própria) a partir do momento em que o sistema celular do feto passe a depender, para seu desenvolvimento, do seu próprio sistema cerebral. Trata-se de uma acepção holística, onde os dois sistemas (celular e cerebral) são necessários para a caracterização de vida humana digna<sup>64</sup> - caso inexista sistema cerebral, ter-se-á somente vida humana "celular". Partindo da necessidade de atividade cerebral autônoma no feto, um amontoado de células será definido como uma "colônia", não um "organismo"<sup>65</sup>. Como a morte equivale à cessação de atividade no tronco (córtex) cerebral, o início da vida

---

personalidade começa com o nascimento. Trata-se, porém, de conceito legal, e o objetivo, aqui, é dar um conceito condizente com a CF/88, ou seja, de cunho constitucional - essa questão será analisada ainda neste capítulo. Conseqüência desse conceito seria a inconstitucionalidade do citado artigo do Código Civil, já que a personalidade e todos os direitos e garantias dela decorrentes e previstos no artigo 5º da CF/88 (objeto do próximo capítulo) seriam imputados ao feto com sistema cerebral que permitisse autonomia metabólica. Não deve preocupar a aparente inconsistência de propor um conceito que diverge daquele expresso em lei porque o campo de trabalho, aqui, é a CF/88, não a legislação que lhe é hierarquicamente inferior e lhe deve, conseqüentemente, obediência.

<sup>61</sup> Entendida como a completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro. *Vide* a respeito as resoluções n.s 1.480/97 (publicada no Diário Oficial da União de 21ago97) e 1.826/07 (publicada no Diário Oficial da União 06dez07), ambas do Conselho Federal de Medicina do Brasil.

<sup>62</sup> Não se trata de autodeterminação ou autonomia no sentido moral, mas de mera autossuficiência biológica quanto à organização dos diversos sistemas que compõem o metabolismo. Conforme referido, o Direito não se preocupa com a autonomia para conferir personalidade aos seres humanos: um deficiente mental terá personalidade, mesmo com autonomia severamente comprometida.

<sup>63</sup> SHEA, M. C. (1985), *passim*.

<sup>64</sup> O termo "digna" é utilizado por SHEA (1985), e foi mantido apenas para realçar a diferença da vida meramente "celular". Para o desenvolvimento do argumento desta pesquisa o adjetivo "personalidade" é utilizado, eis que a coexistência dos sistemas celular e cerebral desenvolvidos - pelo menos a permitir um metabolismo basal - é que define o início da personalidade humana.

<sup>65</sup> O termo "colônia" é literal em SHEA, M. C. (1985, p. 205), e foi mantido exatamente para enfatizar a diferença a que a autora aduz. Essa clivagem entre colônia e organismo permite ao Direito autorizar a reprodução assistida, sem que o médico seja caracterizado como homicida, já que várias células fecundadas são inseridas na receptora na tentativa de que pelo menos uma delas gere um ser humano.

"humana" deve ser marcado pelo início dessa mesma atividade no feto. Com a morte, a vida humana meramente "celular" é possível, desde que mantidos artificialmente funcionando os órgãos do corpo humano<sup>66</sup>. O reconhecimento de um "estado transitório" ao embrião permite tanto as pesquisas médicas (notadamente com células-tronco) como a proteção da dignidade proveniente da sua posterior condição de "pessoa"<sup>67</sup>.

Postos os limites inicial e final da personalidade humana, cabe a justificativa da adoção de um critério puramente biológico. Medo, dor, fome são todos estados de ânimo que acometem os animais de modo natural e, por conseguinte, inescapáveis à pessoa humana. Partindo da premissa de que o homem é um animal, mesmo que inteligente e evoluído<sup>68</sup>, e dado o avanço nas pesquisas da Biologia e demais Ciências Naturais, verifica-se que a sociabilidade humana é parte de uma intrincada e inata rede de imperativos ainda por ser totalmente descortinada pela ciência<sup>69</sup>. Há farta documentação científica a respeito de o comportamento humano ser socialmente gregário por imposições genéticas e evolutivas<sup>70</sup>, inclusive se orientando por valores morais que causam retroalimentação ao sistema, alterando o padrão genético humano. Os genes e a cultura "coevoluem", um influenciando o outro reciprocamente. Apenas para referir algumas importantes pesquisas na área da biologia, inferiu-se que o ser humano - por sua constituição biológica mesma - coopera altruisticamente com os indivíduos que lhe são próximos ou desconhecidos<sup>71</sup>; por outro lado, também é possível concluir desses estudos que o homem valoriza o comportamento regrado dos demais membros de sua

<sup>66</sup> SHEA, M. C. (1985, p. 206). A manutenção do funcionamento celular do corpo com morte encefálica permite a doação de órgãos. O assunto é candente na Bioética, e será tratado estritamente na medida do necessário. O Supremo Tribunal Federal reconhece como constitucional a possibilidade de transplantes *post mortem* de órgãos e tecidos, bem como a pesquisa com células-tronco, ambos com espeque na dignidade humana, segundo será tratado no capítulo III.

<sup>67</sup> SHEA, M. C. (1985, p. 208).

<sup>68</sup> O *homo sapiens* é mais evoluído do que os demais com quem divide a Terra, dado que tem múltiplas variações de cultura e busca - em geral - moldar o ambiente em que vive de todas as maneiras possíveis, criando até ambientes virtuais, como o ciberespaço.

<sup>69</sup> Vide a resenha de VOGEL (2004), atinentemente às pesquisas sobre esse assunto.

<sup>70</sup> Vide o seminal trabalho de WILSON [(1975) 2000], com destaque para os capítulos 01 a 03, 05 e 27, sendo o último onde sistematizadas e lançadas as bases para o estudo da socialização humana e seus comportamentos correlatos como decorrentes de fatores evolutivos e genéticos, mutuamente influenciados pela cultura. O mesmo autor revisita o assunto em sua recente obra de 2012, capítulos 01, 07 e 20 a 26, com especial atenção à moralidade no capítulo 24. ROSAS (2011, p. 312-4) elenca mais de meia centena de obras a respeito do tema. Veja-se ALMEIDA (2013), que trata de evolução, cultura e direito. Por fim, ARNHART (2001) argumenta que o Direito Natural tomístico pode ser repensado à luz da evolução darwiniana.

<sup>71</sup> BOYD (2006) e BOWLES (2006). WILSON (2012) cita mais de uma dúzia de livros e artigos a esse respeito. Vide também as referências na nota imediatamente *supra*.

sociedade, punindo voluntariamente (mesmo a grande custo individual e próprio) os que desobedecem às normas e recompensando os que as observam<sup>72</sup>.

A CF/88 é o pano de fundo para a presente pesquisa. Tal diploma constitucional não se preocupou em traçar os contornos de vida humana em seu texto, limitando-se a referências genéricas sobre o direito à vida, à saúde, à propriedade, à segurança, a prestações de previdência e assistência social para a manutenção de uma renda mínima, ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros valores que são, hoje, culturalmente caros aos brasileiros. E não poderia ser diferente, já que a teoria filosófica do Direito Constitucional prevê que as normas constitucionais tenham ascendência sobre todas as demais, inclusive sobre a atividade do parlamento e dos demais órgãos estatais, de modo que um Estado de Direito seja rigidamente observado pelos detentores do poder estatal<sup>73</sup>. E, para que tais normas não se tornem rapidamente anacrônicas, a técnica constitucional é a de adoção de enunciados propositalmente vagos para que possam ser delimitados por normas infraconstitucionais (essas sim, com validade pressupostamente limitada no tempo e no espaço) a partir deles<sup>74</sup>.

Assim, em primeiro plano para defender a premissa de que pessoa humana no Direito Brasileiro tem início apenas com a viabilidade de vida metabólica autônoma a partir de um sistema cerebral formado<sup>75</sup>, existe o fato de que sistema jurídico permite pesquisas com células-tronco e doação de órgãos, bem como

---

<sup>72</sup> FOWLER e HARPENDING (2005). BUCK *et alii* (2004), comprovaram as bases neurológicas de satisfação de punir indivíduos que desobedecem às normas socialmente impostas. EGAS e RIEDL (2008), postularam que a punição é importante para a manutenção e a evolução da cooperação humana, mas encontraria limite no custo-benefício quando a penalidade imposta ao infrator da norma redundasse em menor ganho de cooperação social, *i.e.*, o sentimento social oriundo da punição imposta deveria aumentar a cooperação social, sob pena de a ação violadora da norma passar impune.

<sup>73</sup> *Vide* HAMILTON, MADISON e JAY [(1787-8) 2003 n. 27 e 33, p. 170-3 e 197-201] para um tratamento seminal da supremacia da Constituição. Para LA TORRE (2007), os elementos constitutivos do conceito de uma Constituição são: a) pessoas não como sujeitos, mas como titulares do poder de arquitetar uma ordem constitucional; b) procedimento solene e formal para escrever e reescrever a Constituição como regra suprema do aparato estatal; e c) objetivo onipresente de resguardar as liberdades individuais (p. 33). Esses elementos existem na CF/88, além de outros que equilibram Judiciário, Executivo e Legislativo e celebram a soberania popular.

<sup>74</sup> Exceto no que diz com as referidas cláusulas pétreas, que somente podem ser alteradas para aumentar os direitos e garantias individuais. Por esse motivo é que o conceito de dignidade humana deve ser restrito, dentro do esquema da CF/88, para que seja perene mas possa ser aumentado na medida em que a cidadania entender que mais direitos e garantias são necessários - *i. e.*, devem ser protegidos e/ou prestados pelo Estado brasileiro. Esse tema, bem como o da norma jurídica e sua divisão entre regras e princípios será objeto do capítulo segundo.

<sup>75</sup> Como referido *supra*, isso significa autossuficiência orgânica - que o organismo tenha possibilidade de manutenção metabólica organizada desde si mesmo, ainda que dependente de fatores externos como oxigênio, comida, calor, água etc.

reprodução assistida<sup>76</sup>. A oposição seria no sentido de que determinadas células (os gametas) deveriam ser reconhecidas como portadoras de dignidade, dado que carregariam em si mesmas o potencial para gerar seres humanos. Ocorre que atualmente se podem gerar células-tronco a partir de quase todo tipo de célula, não cabendo o argumento da dignidade das células reprodutoras, posto que elas mesmas poderiam, num futuro não muito distante, ser criadas a partir de outras células-tronco. A ideia de "células dignas" não se sustenta porque até a pele e os cabelos poderão, em breve, ser origem de gametas. Nesse sentido seria impossível cortar o cabelo ou tomar banho sem observar a dignidade das células. Vê-se que a noção da dignidade celular está superada.

Indo um pouco adiante, cabe analisar a defesa do óvulo fecundado como constituindo uma pessoa; essa tese inviabilizaria procedimentos artificiais de fertilização *in vitro* e *in vivo*<sup>77</sup>, dado que instrumentalizam os óvulos fecundados porque a perda de parte dos mesmos sempre pode ocorrer<sup>78</sup>.

Ainda no tema da concepção como definidora do início da personalidade, há dados estatísticos que comprovam que de 60% a 80% dos embriões gerados a partir da fertilização são espontaneamente abortados, na maioria das vezes sem que a mulher tenha consciência disso<sup>79</sup>. Se desde a concepção houvesse uma pessoa humana a merecer proteção estatal, a gestante ver-se-ia obrigada a um sem-número de restrições em sua liberdade pessoal (*e.g.*, não poderia fumar, ingerir álcool ou medicamentos que causassem sofrimento fetal ou teratogênese) e inclusive poderia estar sujeita a intervenções médicas contra sua vontade (exames de pré-natal,

---

<sup>76</sup> Tais assuntos foram objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, conforme descrito no capítulo III e se tratam de práticas difundidas na sociedade brasileira (há décadas no caso da reprodução assistida).

<sup>77</sup> A reprodução assistida configuraria homicídio doloso por parte do médico se um ou mais dos óvulos fecundados fossem rejeitados pela mãe ou redundassem em abortos espontâneos, acaso agasalhada a ideia de que o óvulo fecundado é pessoa. Acabar com esse tipo de procedimento seria aceitar uma intromissão estatal em um valor acalentado desde sempre pelo ser humano: o de perpetuar a própria estirpe. Não parece adequado que uma posição pessoal contra esse tipo de procedimento deva ser elevada à condição de política pública; mas o debate, aqui, não vai além desta nota, já que a sociedade brasileira - por meio de leis específicas editadas por seus representantes parlamentares - e o Conselho Federal de Medicina aceitam a reprodução assistida e esse procedimento é perfeitamente adequado dentro da concepção proposta por esta pesquisa, com base na CF/88, de início e fim da personalidade.

<sup>78</sup> Por esse motivo é que o Conselho Federal de Medicina determinou que o número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro, na sua recente resolução n. 2.013/13 (publicada no Diário Oficial da União de 09maio13). Isso tanto evita o risco de múltiplos filhos como resguarda a possibilidade novas inserções, no caso de falha total da primeira tentativa.

<sup>79</sup> BAKER (2007, nota 20 na p. 74). O Direito Penal em vigor no Brasil classificaria a conduta da mulher de homicídio culposo, acaso o ovo fecundado fosse reconhecido como pessoa.

cirurgias intrauterinas etc.). A ideia de intervenções médicas forçadas cerceia a liberdade da mulher e abre precedentes para a imposição de procedimentos artificiais de manutenção de vida de modo permanente<sup>80</sup>, mesmo que contra a vontade da pessoa (seja homem ou mulher). O melhor modo de equilibrar possíveis conflitos entre interesses da gestante com os do feto (que seria, a princípio, apenas o de prosseguir na gestação sem interferências artificiais) é considerar que este passa a ser "pessoa humana" somente a partir do momento em que seu sistema cerebral permitisse uma existência metabólica autônoma. Desse modo, acaso a gestante quisesse fazer um aborto<sup>81</sup>, poderia levar a cabo tal iniciativa antes das vinte semanas, porque ainda não haveria reconhecimento do feto como "pessoa humana"; depois de tal marco temporal (a ser confirmado por exames pré-natais) o feto adquiriria personalidade perante a CF/88, não podendo ser tratado como objeto, de maneira que a gestação deveria ser levada a termo. Essa solução permitiria a descriminalização do aborto até o momento em que o feto adquirisse personalidade.

Outro problema oriundo de considerar como início da personalidade o momento da concepção é o do final da personalidade (que permanece sendo a morte cerebral). São dois marcos diversos: a personalidade inicia com a junção dos gametas masculino e feminino, porém termina com a cessação de atividade cerebral autônoma. Essa disparidade deve ser enfrentada pelos próceres da concepção como início da personalidade<sup>82</sup>, dado inexistir no argumento proposto por esta pesquisa.

---

<sup>80</sup> Seria violação da personalidade desligar um aparelho respirador de uma pessoa com morte cerebral, já que o resto do corpo ainda estaria "vivo". Isso implicaria em manter milhares de pessoas artificialmente vivas ligadas a aparelhos, mesmo que com morte cerebral, já que essas pessoas não poderiam exprimir suas vontades. A ideia é absurda, e demonstra a ladeira escorregadia do argumento que defende intervenções médicas independentemente da vontade da pessoa.

<sup>81</sup> Não é o objetivo desta pesquisa tratar sobre o aborto. A discussão surge na medida em que necessária para afastar o conceito de óvulo fecundado como início da personalidade. Em outra ordem de ideias, é de notar que a legislação brasileira atual é bastante incoerente com relação ao aborto: considera tal ato como criminoso (dónde parecer reconhecer o feto de qualquer idade como pessoa humana), menos nos casos de perigo de vida à gestante ou gravidez resultante de estupro (onde a dignidade do feto seria suplantada pela honra da mãe). Não há como, no quadro da CF/88, relativizar-se o direito à vida, eis que o mesmo é intrínseco; mas é permitido advogar, como se faz nesta pesquisa, por marcos inicial e final da personalidade coincidentes.

<sup>82</sup> A existência de vários argumentos a favor da concepção como marco inicial da vida (os denominados "concepcionistas") e, por conseguinte, da personalidade humana (que é o ponto em discussão porque não se examina o início da vida, mas a atribuição de personalidade ao ser humano pela CF/88) é tratada de modo exaustivo por FRIAS (2012, p. 33-109). O autor refuta os argumentos concepcionistas ao defender sua tese de permissibilidade de pesquisas científicas com células-tronco.

Posto o termo inicial da personalidade, cabe assinalar que o final da mesma é marcado pela cessação irreversível da atividade autônoma do córtex cerebral. É o mesmo critério para o início e o fim da personalidade. O critério da morte cerebral enfrenta obstáculos<sup>83</sup> que merecem atenção. A morte cerebral é a cessação da atividade cerebral de modo irreversível, causando a perda da condição de "pessoa" e possibilitando a utilização do corpo humano para finalidades várias (transplante, pesquisa, ensino, dissecação, funeral etc.). A experimentação com tecido cerebral leva à pergunta: qual o nível de atividade cerebral é necessário para caracterizar atividade mental? E, se a ausência de atividade mental define morte cerebral, a presença de atividade mental definiria a vida<sup>84</sup>? A essas questões, o critério proposto nesta pesquisa responde: a presença da atividade cerebral no feto somente define a pessoa humana no momento em que acompanhada da atividade celular que permita a vida autônoma, como organismo capaz de sobreviver a partir do rompimento da relação parasitária mantida com a mãe; sem tal atividade autônoma, a personalidade inexistente. O fato de depender de aparelhos e pessoas não retira a personalidade do feto (ou do bebê, quando nascido), do mesmo modo que essa dependência não retira a condição de pessoa humana de comatosos, pacientes de hemodiálise, idosos com severas limitações etc.

Aceitos os limites propostos para a pessoa humana, a existência ou não de autonomia ("capacidade" no linguajar jurídico, conforme referido) perde sua importância<sup>85</sup>, já que o Direito Brasileiro protegeria as crianças e as pessoas com limitações cognitivas e/ou físicas, respeitando-lhes o valor intrínseco, mesmo que desprovidas de total autonomia. Além disso, a consideração de "pessoa humana" tendo como marco inicial o feto com autonomia cerebral metabólica se complementa com a de fim da vida humana: morte do cérebro, que permite a doação de órgãos *post mortem*, comportamento aceito na sociedade brasileira - posto que regulado por lei editada pelos representantes parlamentares adrede eleitos - e que

---

<sup>83</sup> O argumento considera algumas das questões levantadas por BURD, GREGORY e KERBESHIAN (1998).

<sup>84</sup> BURD, GREGORY e KERBESHIAN (1998, p. 119). Outras questões como o transplante parcial de cérebro para um corpo que já tenha alguma massa cerebral, ou a união de dois hemisférios cerebrais de diferentes pessoas no corpo de um terceiro ainda pertencem ao campo da ficção literária, não merecendo tratamento nesta pesquisa.

<sup>85</sup> Veja-se bem: perde a importância para a imputação de dignidade à pessoa, não para a teoria filosófica e/ou jurídica a respeito de agência, determinismo, responsabilidade, sujeito moral/agente moral etc.

instrumentaliza o cadáver, não a pessoa que cessou de existir quando sua personalidade terminou.

Portanto, o equilíbrio entre inexistência de personalidade antes das vinte semanas de gestação e após a morte cerebral permite um critério seguro e facilmente identificável<sup>86</sup> para a caracterização da "pessoa humana" no quadro do Direito Brasileiro. Para reforçar o argumento desta pesquisa, passa-se ao exame das objeções mais difundidas no tema da "personalidade humana" dentro da Filosofia do Direito<sup>87</sup>.

Em primeiro lugar, o debate a respeito da existência de uma porção espiritual e imorredoura no ser humano não é objeto do Direito (a não ser do Canônico, que não vige no Brasil). Nem poderia ser, dado que inexistente comprovação de que "almas" existam e, ainda que houvesse, que impediria argumentar que as mesmas reencarnariam em outros corpos, de modo a se manterem dignamente intactas com a morte cerebral? Além disso, como poderia a lei posta pelo ser humano regular a dignidade de uma alma? Parece que ela seria digna *a se*. Ademais, trabalhar modelos de teoria política com seres humanos "normatizados" não leva necessariamente a resultados aplicáveis na realidade<sup>88</sup>. Mesmo que as conclusões sejam factíveis, a premissa de um homem "idealizado" ou "universal" desconsidera os fatores contextuais que necessariamente influenciarão as possibilidades/necessidades de a sociedade promover determinado valor moral<sup>89</sup>. Além disso, o propósito explícito desta pesquisa é criar um conceito filosófico para

---

<sup>86</sup> Através de exames pré-natais amplamente difundidos presentemente, no caso do feto. Os exames para atestar a morte cerebral também são corriqueiros hoje em dia, e cada vez mais apurados.

<sup>87</sup> Para um apanhado sobre "personalidade" dentro da história da Filosofia, veja-se STENT (2002, especialmente p. 79-93).

<sup>88</sup> Uma teoria política como a de Rawls (1999), que defende uma sociedade baseada no valor da Justiça como equidade/igualdade, ainda que tenha conclusões relevantes para o debate político, parte de premissa que não corresponde à realidade: a de que houve um momento inicial de igualdade entre os homens. O ponto de partida da evolução humana (genótipo), bem como o ecossistema onde essa evolução ocorreu, eram francamente iníquos. Portanto, uma teorização acerca do surgimento da sociedade humana deve considerar que as condições iniciais entre os seres humanos são desiguais (essa observação é de WILSON [(1975) 2000, p. 562]). A partir dessa premissa, pode-se pensar criticamente acerca dos limites e da adequação de eventuais postulações sobre equidade.

<sup>89</sup> O Direito não tem como missão a Justiça, mas sim, a Segurança como manutenção de um estado de coisas que permita alguma previsibilidade por parte da cidadania. O debate acerca da Justiça é prévio ao Direito, e se encontra cristalizado nas disposições da Constituição: o que a CF/88 refere como valores morais que concretizam a dignidade humana (e que será objeto do capítulo II) é exatamente o que se entendeu por justo quando se escreveu e promulgou a Constituição. Não cabe, no quadro desta dissertação, perquirir acerca de como a CF/88 poderia ser alterada para admitir conceitos mais amplos ou restritos de Justiça, posto que se parte da Constituição Federal posta, não na que poderia ser redigida. No que diz com a Segurança Jurídica, terá tratamento detalhado no capítulo IV.

ser aplicado no âmbito das práticas jurídicas postas no Brasil - não se quer mudar a CF/88, mas sim, dar-lhe o máximo de efetividade.

Em segundo lugar, uma proposta baseada meramente na autonomia não seria adequada ao Direito Brasileiro. À guisa de exemplo, analisa-se o argumento de Baker (2007). A autora propõe uma "visão constitutiva" ("constitution view", no original) da pessoa humana a partir do fato de que os seres humanos fazem parte do mundo natural e são ontologicamente únicos - posição que ela classifica de quase-naturalismo<sup>90</sup>. Pessoas humanas, segundo a citada autora, são constituídas por seus corpos, mas não são idênticas a eles, de modo que uma pessoa passa a existir quando um organismo humano desenvolve uma perspectiva em primeira pessoa, que seria aquela habilidade detida por uma pessoa de pensar a própria existência de modo consciente, apartada das demais coisas do mundo<sup>91</sup>. Ter perspectiva em primeira pessoa é conceber a si mesmo como sujeito dos próprios pensamentos<sup>92</sup>. Baker divide a perspectiva em primeira pessoa em "robusta" e "rudimentar", sendo a primeira a que diferencia as pessoas humanas dos demais seres vivos e a segunda, a atribuível a crianças e incapazes. A perspectiva robusta tem como características: 1) consciência, 2) capacidade de imitação e 3) comportamento motivado por crenças, desejos e intenções. Um ser com perspectiva rudimentar em primeira pessoa será uma pessoa somente se pertencer a um tipo de seres que normalmente desenvolvem uma perspectiva robusta em primeira pessoa. A morte seria a perda irreversível da perspectiva em primeira pessoa<sup>93</sup>.

A conclusão de Baker é adequada ao conceito de pessoa desenvolvido nesta dissertação, dado que o quadro do Direito Constitucional Brasileiro reconhece a pessoa como ser humano e lhe imputa dignidade (como será desenvolvido no capítulo II). Haveria, entretanto, a discutida diferença entre "personalidade" para o Direito (que prescindem da autonomia) e para a teoria moral (que confere a personalidade como resultante de autonomia e liberdade, nos moldes de uma deontologia kantiana)<sup>94</sup>. Entretanto, as premissas da autora são equivocadas. Ela utiliza uma perspectiva em primeira pessoa robusta para diferenciar pessoa humana

---

<sup>90</sup> BAKER (2007, p. 87 e 92).

<sup>91</sup> BAKER (2007, p. 67-9).

<sup>92</sup> BAKER (2007, p. 70). Parece que a autora mescla naturalismo e metafísica, já que reconhece o homem como animal, todavia agrega a ele uma qualidade metafísica única: a perspectiva em primeira pessoa.

<sup>93</sup> BAKER (2007, p. 75-84).

<sup>94</sup> Segundo HACKER (2010, p. 289), Kant foi o filósofo a melhor definir personalidade ao conjugar dignidade com liberdade e autonomia. No mesmo sentido, GUYER (2006, p. 239 e ss.).

dos demais tipos possíveis de pessoas e/ou seres vivos. Todavia, ao enfrentar o problema da falta dessa perspectiva em primeira pessoa em seres humanos mentalmente incapazes, ela se vale da perspectiva rudimentar, alegando que a mera possibilidade de um desenvolvimento dessa perspectiva em robusta serviria para a caracterização dessas pessoas como pessoas humanas, mesmo que tal desenvolvimento jamais ocorra. Ora, se o diferencial é a perspectiva em primeira pessoa, que pode ser relevado no caso de inexistir em determinado ser humano, o critério adotado é o biológico: pessoa é o ser humano vivo (a perspectiva em primeira pessoa se torna expletiva). Do mesmo modo, a aplicação de um critério de "autoconsciência" como definidor do ser humano, defendido por Hacker<sup>95</sup>, não se coaduna com a estrutura jurídica brasileira e padece das mesmas falhas de Baker, de modo que não merece maiores aprofundamentos.

Quanto aos obstáculos jurídicos, um aparentemente importante vem do Código Civil<sup>96</sup> que, em seu art. 2º, declara que apesar de a lei resguardar os direitos<sup>97</sup> do nascituro desde a concepção, a personalidade civil inicia com o nascimento. Ocorre que esta pesquisa se desenvolve no âmbito da CF/88, de modo que um conceito de personalidade extraído da Constituição não pode ser contrariado por norma jurídica de hierarquia inferior. Em sendo acatada a proposta desta pesquisa pelos operadores do Direito, o referido artigo do Código Civil teria que ser interpretado no sentido de que a personalidade - e todo e qualquer direito dela decorrente - inicia com a formação do sistema cerebral autônomo do feto; antes disso, não haveria pessoa humana para o Direito Brasileiro<sup>98</sup>.

Outro empecilho jurídico que poderia ser levantado diz com o Pacto de San José de Costa Rica, do qual o Brasil é signatário<sup>99</sup>, que em seu artigo 4º, 1 declara que o direito de toda a pessoa à vida deve ser respeitado e, em geral, inicia-se com a concepção. Ora, a cláusula "em geral" foi expressamente incluída para permitir a manutenção do aborto nos Estados signatário que reconhecem tal direito à gestante.

---

<sup>95</sup> HACKER (2010, p. 17), significando que tem *status* de agente moral aquela pessoa que possui consciência de si própria como tal.

<sup>96</sup> Lei n. 10.406/02.

<sup>97</sup> Especialmente os patrimoniais, embora haja decisões judiciais isoladas que autorizem o registro civil de natimortos, de modo a garantir aos pais a possibilidade de um funeral.

<sup>98</sup> Interessante notar que a interpretação proposta encaixa perfeitamente com a possibilidade de manipulações de células-tronco, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.105/05, cuja constitucionalidade foi declarada pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF. O assunto será tema dos capítulos seguintes.

<sup>99</sup> Aprovado no Brasil pelo decreto legislativo n. 27, de 25set92 e promulgado pelo decreto n. 678, de 06nov92.

Ademais, o mesmo artigo 4º, 2 refere à restrição da pena de morte nos países que não a houverem abolido. Fica claro que tal pacto interamericano não garante o direito à vida de modo irrestrito, não se podendo fazer uma interpretação em semelhante sentido.

Uma derradeira objeção que pode ser exposta não é diretamente pertinente ao critério de início e fim de personalidade eleito neste capítulo, mas sim, com a utilização dos achados da Biologia Evolucionista no Direito. Em artigo bastante informativo, Leiter e Weisberg (2007) advogam pela precariedade de dados da Psicologia Evolucionista para que sejam utilizados pelo Direito. Referem os autores que o Direito não se deve ocupar de como um traço comportamental humano evoluiu, mas apenas com o comportamento concreto das pessoas; eles reconhecem que a Ciência Empírica é importante para a Jurídica, contudo ainda não haveria estudos críveis acerca de Biologia Evolutiva e Direito<sup>100</sup>. Ocorre que a pesquisa de tais jusfilósofos é centrada no estudo de decisões judiciais<sup>101</sup>, não na conceituação de elementos da Constituição dos EEUU. Indo além, o artigo em comento trata de criticar uma tendência então em voga na Filosofia do Direito dos EEUU, desconstruindo o uso de argumentos - na visão dos autores - pseudocientíficos para a interpretação da jurisprudência ianque.

Assim, ficam superadas as principais objeções para que se aceite um conceito biológico na definição de pessoa dentro do Direito Constitucional do Brasil.

---

<sup>100</sup> LEITER e WEISBERG (2007), p. 01 e *passim*.

<sup>101</sup> Segundo o próprio LEITER (2008 e 2012).

## 2 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Sendo "pessoa humana" o indivíduo que possui sistema cerebral autônomo, possível agora expor os lindes da "dignidade da pessoa humana". Para tanto, necessário analisar alguns pontos da Teoria Filosófica do Direito indispensáveis para a justificação do argumento desta pesquisa: a dignidade humana, perante a CF/88, é concretizada com a observância dos direitos e garantias individuais previstos em seu art. 5º. O argumento passa a ser desenvolvido.

A discussão acerca da dignidade humana é tão antiga quanto a própria Filosofia Ocidental – mais antiga ainda, considerando-se a obra de Confúcio, Mêncio e outros pensadores orientais<sup>102</sup>. Trata-se, pois, de um debate que acompanha a civilização humana desde seus primórdios. A depender do momento histórico, um conceito de dignidade humana parece surgir ou prevalecer, seja baseado no valor intrínseco do ser humano, na racionalidade constitutiva ou adquirida da pessoa humana, na dádiva divina outorgada ao homem ou, até, na constituição natural do ser humano. De todo modo, a discussão sobre o tema sempre ocupou a Filosofia Política e do Direito, propondo candentes questões, *v.g.*, a lei deve meramente reconhecer a dignidade humana ou promover tal valor? Cabe ao Estado enumerar as condições pelas quais o ser humano é tido por digno ou deve simplesmente permitir a cada um que persiga os próprios ideais de dignidade, garantindo um mínimo existencial e deixando o demais por conta do próprio esforço individual? Essas questões necessitam ser retomadas constantemente, tendo em vista que o Direito é contextual e histórico, podendo ser alterado e aperfeiçoado ao longo do tempo.

O Direito nada mais é do que o apanhado de valores que a sociedade reconhece e promove como indispensáveis, tanto à seara individual como à coletiva, com o fito de regular a vida em sociedade e garantir a pacificação social. E, havendo

---

<sup>102</sup> De acordo com CHANG (1963, p. 14, 49 e 138) há tratamento da dignidade humana em Confúcio (551-479 a. C.), Mêncio (371-289 a.C.) e Lao Tzu (c. 520 a. C.), o primeiro sistematizador do pensamento taoísta. GRAHAM (1989, especialmente nas p. 18-33) esboça interessante paralelo entre a Filosofia Moral confucionista e seu súbito resgate pelo Mundo Ocidental no século XX. Também sobre o tópico, *vide* YU-LAN (1948), especialmente p. 01-37 sobre o espírito, a fundação e a origem das escolas filosóficas chinesas. Para uma evolução do tema na Filosofia do Direito Ocidental, bem como sua ligação umbilical com a evolução do conceito de Direitos Humanos, *vide* COMPARATO (2005, especialmente p. 01-68).

um rol de valores na CF/88, eles efetivamente existem e podem ser conhecidos. Esses valores aparecem como enunciados normativos, exigindo o estudo do tema das normas jurídicas para que se possa, em momento posterior, analisar os dispositivos constitucionais que refletem os direitos fundamentais no Brasil.

## 2.1. A NORMA JURIDICA

Há debate constante, na Filosofia do Direito, acerca da natureza das normas jurídicas, bem como de sua divisão entre regras e princípios. Como não se pode simplesmente importar teorias acerca de regras e princípios e querer que sejam plenamente aplicáveis ao Direito Constitucional do Brasil - seja porque são desenvolvidas para determinado contexto, seja porque pretendem ser universais - é necessário contextualizar o tema para que se possa apresentar conceituação da dignidade humana que seja utilizada pelos operadores do Direito no Brasil.

As teorias contextuais sobre norma jurídica que vêm desde Europa e EEUU não levam em conta as vicissitudes sociais e jurídicas brasileiras. Há que se perquirir, até que ponto, seria intelectualmente honesto dizer que determinado jusfilósofo tem uma teoria adequada ao Direito Brasileiro. À guisa de exemplo, vejam-se Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, ambos mundialmente conhecidos e amplamente estudados pelos filósofos e operadores do Direito.

Defender que uma teoria como a dworkiniana sobre Direito e Moral é adequada ao exame da CF/88 é errôneo. Em primeiro lugar, porque Dworkin trabalhava na estrutura jurídica da *commom law* e da constituição dos EEUU, de modo que o pressuposto epistemológico era diverso. Em segundo lugar, porque Dworkin não se ocupou do Direito Constitucional Brasileiro em seus escritos tidos como seminais<sup>103</sup>, de modo que a assertiva deveria ser invertida se quisesse ter alguma pretensão de verdade: verificar se a CF/88 está adequada ao pensamento de Dworkin seria um esforço intelectual admirável. Apesar disso, a mera suposição de um tal empreendimento intelectual seria inadequada, no mínimo por não refletir a realidade histórica do processo constitucional brasileiro<sup>104</sup>. A teoria jurídica de

<sup>103</sup> DWORKIN, 1977, 1985 e 1996.

<sup>104</sup> Apesar disso, o ministro Ayres Britto, ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0/DF, faz várias referências a Dworkin, como se tal pensador tivesse desempenhado um papel ativo, tanto na elaboração da CF/88 como na da Lei de Biossegurança, que permite a experimentação com células-tronco e embriões - isso será analisado no próximo capítulo.

Habermas<sup>105</sup>, embora pudesse se evadir da primeira observação (a Constituição da Alemanha tem previsão de direitos fundamentais e dignidade humana), não escapa da segunda, eis que tampouco se preocupou em elaborar uma teoria do Direito a partir do texto da CF/88. A pretensão de Habermas é universalista.

Ressalte-se com esses dois exemplos que não se podem aplicar as ideias de filósofos do Direito que foram desenvolvidas a partir de realidades sociais diversas daquela que a CF/88 tenta regular. Válido seria um exercício interpretativo (que os estudiosos do Direito no Brasil fazem com assaz frequência), desde que advertindo ostensivamente ao leitor acerca do contexto no qual a teoria foi desenvolvida e que o autor originário não interagiu intelectualmente com o Direito Brasileiro. Desse modo, preserva-se o autor original e, acaso malversada sua teoria, eventuais enganos devem ser atribuídos ao autor da adaptação, já que a teoria foi pensada em contexto diverso, mesmo que tenha pretensões universais.

### 2.1.1. A TEORIA DE ROBERT ALEXY

Explicitada a questão sobre a inadequação de "importação" teórica, passa-se a analisar o assunto das normas jurídicas. A classificação mais hodiernamente difundida é a que divide as normas jurídicas em princípios e regras. A teoria mais utilizada no Direito Brasileiro é a proposta por Robert Alexy (2008)<sup>106</sup>. Ela é uma teoria jurídica dos direitos fundamentais a partir da Constituição Alemã. Não é uma Filosofia dos Direitos Fundamentais que possa ser compreendida separadamente do Direito vigente na Alemanha, segundo expressa dicção do autor<sup>107</sup>. Apesar da advertência sobre a inadequação da utilização de teorias elaboradas a partir de outros contextos culturais, a teoria alexyana sobre regras, princípios, ponderação e proporcionalidade é utilizada tanto pelos pensadores nacionais com pelo próprio STF, conforme restará claro no capítulo III, de modo que será analisada agora com o intuito de revelar a atitude equivocada dos juristas brasileiros nessa "importação".

---

<sup>105</sup> A obra clássica sobre o tema é HABERMAS, 1996.

<sup>106</sup> Exemplificativamente, BARCELLOS (2005 e 2011), BARROSO (2013), SILVA (2009), SARLET (2011a) e DIMOULIS e MARTINS (2012).

<sup>107</sup> ALEXY (2008, p. 29-31).

A ideia de Alexy, que é lida como uma sofisticação da teoria dos princípios proposta por Dworkin<sup>108</sup>, apresenta os seguintes lineamentos<sup>109</sup>: há diferença entre norma e enunciado normativo, pois a primeira é o significado do segundo. Uma mesma norma pode ser expressa por meio de vários enunciados normativos. As normas dizem "o que deve ser" por meio de expressões de "dever", "proibição" e "permissão" - essas as suas expressões básicas. Nessa toada, as normas podem ser identificadas através das modalidades de "permitido", "proibido" e "obrigatório". Alexy entende que as normas de direitos fundamentais se dividem em "princípios" e "regras"<sup>110</sup>. Princípios são mandamentos de otimização, pois determinam a realização de alguma coisa na maior medida possível, observadas as possibilidades fático-jurídicas presentes. Regras são determinações concretas e definitivas sobre o que é possível do ponto de vista fático-jurídico<sup>111</sup>. Os princípios contêm mandamentos *prima facie*, pois não são definitivos. As regras são definitivas quanto à extensão de seu conteúdo no âmbito de suas possibilidades fático-jurídicas<sup>112</sup>.

Essa diferenciação entre princípios e regras tem aplicabilidade na prática do Direito. Quando houver conflito entre regras, será resolvido na base do "tudo-ou-nada": uma das regras deverá ser declarada inválida no caso de choque entre as mesmas<sup>113</sup>. De outra parte, a colisão entre princípios se resolve com a precedência de um sobre o outro, sem necessidade de declaração de invalidade ou de introdução de cláusula de exceção. Para desvelar qual princípio prepondera no caso concreto,

---

<sup>108</sup> DWORKIN (1977, p. 14-80), segundo os comentadores citados na nota 108. Contra a ideia de que Alexy e Dworkin desenvolveram teorias afins, ABOUD, CARNIO e OLIVEIRA (2013, p. 319) *verbis*: "(...) 6) O equívoco em se equiparar Alexy com Dworkin repercute na própria relação entre princípio jurídico e sistema. Isso porque esses dois pensadores ao apresentarem diferentes conceitos para princípios, conseqüentemente, conferem-lhes distintas funções. Para Alexy, os princípios jurídicos possibilitam abertura no sistema jurídico, admitindo para os casos difíceis, certa margem de discricionariedade, ou seja, por via da ponderação duas ou mais soluções jurídicas devem ser consideradas legitimamente válidas perante o sistema. Em contrapartida, Dworkin elabora a questão dos princípios sempre tendo em vista a integridade do ordenamento, sua utilização não é conflitiva (daí a impossibilidade de se utilizar a ponderação), os princípios conferem coerência e integridade ao sistema jurídico, conduzindo a interpretação para aquilo que o jusfilósofo nomeia de única *resposta correta*. Assim, em Dworkin, mesmo perante casos difíceis, não se pode admitir como válidas mais de uma única decisão para o caso judicial." (grifos originais)

<sup>109</sup> ALEXY, (2008, p. 53-5 e 87).

<sup>110</sup> ALEXY, (2008, p. 58-62). Tenha-se em mente que a investigação do jusfilósofo alemão versa sobre as normas de direitos fundamentais, não se podendo daí extrapolar para as normas jurídicas infraconstitucionais.

<sup>111</sup> ALEXY, (2008, p. 90-1).

<sup>112</sup> ALEXY, (2008, p. 104).

<sup>113</sup> ALEXY, (2008, p. 92-3). O autor alemão refere à cláusula de exceção (não-incidência expressa da regra) para resolver o conflito; mas se há essa cláusula, inexistente conflito, dado que não haverá incidência de mais de uma regra a um determinado caso concreto.

há duas opções<sup>114</sup>: lei de colisão e resultado de sopesamento. A "lei de colisão" é explicada da seguinte maneira: o exame do caso concreto permitirá a fixação de condições sob as quais um princípio prevalecerá sobre outro. Assim, deve haver razões suficientes para que um interesse contemplado por um princípio se sobreponha a outro também principializado<sup>115</sup>. Sobre o "resultado de sopesamento", eis a teorização respectiva: o sopesamento entre direitos fundamentais pode originar uma norma de direito fundamental atribuída com estrutura de regra à qual o caso sob exame pode ser subsumido<sup>116</sup>. O objetivo do Direito é formular juízos normativos sobre o que seja permitido, proibido e obrigatório. Esses juízos se concretizam em normas (regras e princípios) jurídicas. Assim é que as normas jurídicas são razões para agir (fazer, não fazer e tolerar que se faça). Os princípios são razões *prima facie*; as regras, razões definitivas<sup>117</sup>. A dignidade humana, de acordo com a formulação da Constituição Alemã ("a dignidade humana é inviolável"), seria em parte um valor absoluto, em parte uma regra<sup>118</sup>. Em brevíssimas linhas, essa a teorização alexyana.

Num esforço adaptativo das ideias de Alexy para o Direito Brasileiro, Virgílio Afonso da Silva propõe o seguinte: as regras são aplicadas por subsunção, os princípios, por sopesamento. Assim, conflitos entre regras se resolvem com a declaração de invalidade de uma delas; conflitos entre princípios, com a precedência de um sobre o outro em determinado caso concreto. O aparente conflito entre regra e princípio é resolvido pela reconstrução do trâmite do legislador ao sopesar princípios no momento de edição da regra<sup>119</sup>. Princípio é uma norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*, enquanto regra é uma norma que garante

<sup>114</sup> ALEXY, (2008, p. 93-4).

<sup>115</sup> ALEXY, (2008, p. 94-9). Cita-se: "As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência" (p. 99).

<sup>116</sup> ALEXY, (2008, p. 99-103).

<sup>117</sup> ALEXY, (2008, p. 106-8).

<sup>118</sup> ALEXY (2008 p. 111-2), *verbis*: "Seria ainda possível sustentar que a Constituição alemã estabelece pelo menos um direito absoluto, fundamentado pelo art. 1º, § 1º, 1: 'A dignidade humana é inviolável'. De fato, o art. 1º, § 1º, 1, desperta a impressão de um caráter absoluto. A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grau de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes. (...) Nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão-somente se ela foi violada ou não."

<sup>119</sup> SILVA (2009, p. 47-52).

direitos ou impõe deveres "definitivos"<sup>120</sup>. Sopesamento entre direitos e garantias conflitantes somente pode ocorrer no caso concreto, nunca em tese. Os princípios *prima facie* não são definitivos em abstrato, ao contrário das regras<sup>121</sup>. A dignidade humana é um princípio - não uma regra-princípio como pretende Alexy<sup>122</sup> - porque o fato de ser visto parcialmente como um valor absoluto impediria a ponderação com relação aos demais: não é possível sopesar valores se um deles é sempre prevalente.

Relevante, ainda, a adaptação que Barroso faz da teoria de Alexy. Barroso reconhece que as regras e os princípios nem sempre são facilmente identificáveis, fazendo uns as vezes dos outros em várias ocasiões, posto que o Direito é um sistema aberto de valores, cabendo sua concretização às regras e aos princípios constitucionais<sup>123</sup>. As regras, com limites bem determinados, prestigiam o valor da Segurança Jurídica. Os princípios, como têm contornos abstratos, homenageiam o valor da Justiça. Há três critérios distintivos possíveis para normas jurídicas como princípios e regras: conteúdo, estrutura normativa e aplicação: a) quanto ao conteúdo, os princípios albergam valores enquanto as regras, condutas; b) quanto à estrutura normativa, as regras especificam antecedente e consequente; os princípios apenas indicam fins/estados ideais a serem obtidos. Os princípios têm espaços indeterminados de alcance que devem ser objeto de limite pelo intérprete; e c) quanto à aplicação, as regras são utilizadas mediante subsunção e, na hipótese de conflito, na forma do tudo ou nada. Os princípios indicam uma direção a ser seguida, e seus eventuais choques com outros princípios são resolvidos por ponderação. Barroso ressalva que, recentemente, tem-se debatido acerca de ponderação entre regras conflitantes e subsunção entre princípios antagônicos em casos concretos - princípios lidos como regras e regras que se tornem inconstitucionais em algumas hipóteses (técnica da inconstitucionalidade sem redução de texto). Derradeiramente, o autor detalha o procedimento da ponderação, que consiste em três etapas: 1) detectar as normas aparentemente aplicáveis ao caso concreto; 2) analisar os fatos postos pelo caso concreto; e 3) examinar fatos e normas conjuntamente, para

---

<sup>120</sup> SILVA (2009, p. 64).

<sup>121</sup> SILVA (2009, p. 99). Silva se refere à dignidade humana conforme a CF/88, enquanto Alexy se debruça sobre a Lei Fundamental Alemã.

<sup>122</sup> SILVA (2009, p. 200-2).

<sup>123</sup> BARROSO (2013, p. 125-7).

determinar quais normas preponderarão. Para tanto, lança-se mão da proporcionalidade<sup>124</sup>.

Postas a teoria alexyana original e duas de suas adaptações para o Direito brasileiro por autores de escol, cabe levantar crítica sobre sua aplicação no âmbito da CF/88.

### 2.1.2. CRITICA A ALEXY<sup>125</sup> E A SUAS ADAPTACOES

Há alguns pressupostos acerca das normas jurídicas que são ignorados pela diferenciação entre princípios e regras. O primeiro deles é que a formulação das normas jurídicas ocorre no nível linguístico: é uma expressão da linguagem. A norma é o conteúdo do enunciado normativo. Um enunciado normativo mostra os possíveis e diversos significados de uma norma<sup>126</sup>. Todas as expressões linguísticas requerem interpretação - por mais claras que sejam - para evitar ambiguidades ou para lhes extrair o conteúdo. A interpretação é uma questão linguística, dado que se interpretam formulações de normas, não normas em si. A interpretação dos textos jurídicos redundando em enunciados e/ou juízos sobre os conteúdos da ordem jurídica (i. é, normas jurídicas válidas)<sup>127</sup>. O significado *prima facie* de uma expressão é genérico e/ou generalizante, ou seja, antecede à interpretação. Quando se interpreta um enunciado normativo é necessário levar em consideração todos os fatores envolvidos, de modo a se atribuir um certo significado a esse enunciado.

*Prima facie* um princípio se apresenta como um leque de alternativas de significado da norma. Quando se aplicam a essa interpretação todos os fatores envolvidos, o princípio deixa de ser *prima facie* e passa a ser detalhado, funcionando como regra. Assim, a diferenciação perde o sentido. Ademais, a mesma norma pode ser enunciada através de um princípio ou de uma regra. Traça-se um fim a partir da busca de um valor, ou se promove um valor ao ser enunciado um fim. A diferença

<sup>124</sup> BARROSO (2013, p. 149-56). A proporcionalidade será estudada no capítulo 4, cabendo adiantar aqui que se trata de critério hermenêutico de resolução de conflitos entre normas jurídicas.

<sup>125</sup> Seguem-se as ponderações de AARNIO (1997), adrede adaptadas. Importante ressaltar que Aarnio não propõe, no citado estudo, uma mudança na teoria normativa que prevê regras e princípios; ele apenas chama a atenção para o fato de que essa diferenciação não se sustenta, tanto em Alexy quanto em Dworkin.

<sup>126</sup> Nesse sentido, GRAU (2013) afirma que o intérprete produz uma norma a partir do texto normativo (p.37) e o Judiciário define a norma de decisão ao resolver um conflito interpretativo (p. 47), de modo que essa pluralidade de interpretações não poderia gerar única resposta correta como o quer Dworkin (p. 63-4).

<sup>127</sup> AARNIO (1997, p. 20).

entre as esferas axiológica e teleológica não faz sentido para as normas jurídicas, eis que valor e fim se misturam.

Especificamente no caso do Direito Brasileiro, as normas de direitos fundamentais não são apenas princípios e regras. Há enunciados "mesclados" que confundem regras e princípios conforme a classificação proposta por Alexy e referendada por Silva - essa ressalva é bem notada por Barroso. Eis um exemplo: o art. 5º, XXX da CF/88 enuncia que "é garantido o direito de herança"; isso nada significa além de uma determinação ao legislador para que regulamente tal direito. Não há como definir esse direito fundamental entre as categorias de regra e princípio: inegável que o enunciado do valor "herança é bom" é um princípio, mas também a formulação "o legislador deverá regulamentar o direito de herança" não deixa de ser uma regra. Ambas são normas que se extraem do enunciado normativo. Isso significa que o valor protegido constitucionalmente (norma) pode ser enunciado de várias maneiras sem perder seu conteúdo, ora como princípio, ora como regra<sup>128</sup>, tornando a clivagem entre as duas espécies normativas desnecessária - ou, até, inútil.

Se princípios são mandamentos de otimização, nem por isso estão isentos de serem interpretados e aplicados num caso concreto. Desse modo, a necessidade de interpretar princípios significa que seus enunciados normativos não são claros o suficiente para que daí se derivem automaticamente as normas correlatas. Portanto, caracterizar a norma *prima facie* como princípio em nada auxilia na sua interpretação. Uma caracterização normativa cognitivamente aberta em nada se diferencia de uma caracterização valorativamente aberta - os problemas interpretativos permanecem, dado que a formulação excessivamente vaga da norma impede sua aplicação imediata. Contrariamente, levando em consideração todos os fatos relevantes, o legislador poderia elaborar regras e, assim, afastar os princípios de incidirem em determinados casos concretos.

Pertinentemente à caracterização deontológica, tanto regras como princípios encerram mandamentos de proibição, obrigação e permissão. Dizer que "é garantido o direito de herança" é uma obrigação direcionada ao legislador no sentido de criar as normas que permitam o exercício de tal direito, sendo também uma proibição contra eventual legislação que extinga esse direito. E esse enunciado não tem

---

<sup>128</sup> Nesse mesmo sentido, ROTHENBURG (2011).

limites suficientes para que o legislador o possa ver como uma regra, a ser aplicada no tudo ou nada: pode haver gradações na regulamentação desse direito.

Analisando outro exemplo, o direito imputado ao preso de permanecer calado (art. 5º, LXIII da CF/88) é uma regra na classificação alexyana, já que todos os elementos caracterizadores da incidência normativa ali constam; mas tem valor absoluto porque não pode deixar de ser observado pela autoridade policial, independentemente dos contornos fáticos e jurídicos da situação - seria *prima facie*.

Tanto as regras como os princípios são bases para a interpretação e a aplicação do direito. Depois de levar em consideração todos os fatos pertinentes, o intérprete e/ou aplicador terá uma norma específica cuja suposta classificação (princípio ou regra) não terá qualquer importância na resolução do dilema jurídico posto a exame. Assim, não parece ser relevante essa clivagem dos enunciados jurídicos de direitos fundamentais entre regras e princípios.

### 2.1.3 TENTATIVA DE REFORMULAÇÃO DA DICOTOMIA REGRA/PRINCÍPIO

Mesmo que a crítica exposta fosse totalmente procedente e profusamente aceita, há que se considerar que a Constituição brasileira expressamente menciona "princípios"<sup>129</sup>. E, se existem enunciados de normas jurídicas chamados de princípios, certamente que outros existirão - do contrário bastaria enunciar os valores como valores, não princípios<sup>130</sup>. Não se pretende esgotar o assunto, mas oferecer uma alternativa que permita, para os fins desta pesquisa, validar uma diferenciação entre regras e princípios que possa ser utilizada na prática jurídica sem o recurso a teorizações externas aos Direito Brasileiro. Princípios são enunciados de valores que foram, no caso da CF/88, expressamente adotados no ordenamento jurídico brasileiro. Os valores veiculados por princípios são propositadamente vagos/abertos/difusos, com conteúdo que varia no tempo e no

<sup>129</sup> *Verbi gratia*: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos *princípios* de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98)" (destacou-se).

<sup>130</sup> Mesmo que se alegue que o art. 5º da CF/88 não se vale expressamente da palavra "princípio", a mesma é referida em outros pontos do diploma normativo e, portanto, não pode ser desconsiderada. Uma coisa é restringir o conteúdo da dignidade humana aos valores enunciados no art. 5º, como se justifica mais adiante, com base na imutabilidade do mesmo; outra coisa bastante diferente seria ignorar o texto constitucional que deve, por imperativo lógico, ser lido como íntegro.

espaço. Desse modo, a enunciação de um princípio na CF/88 nada mais seria do que a garantia de que o valor respectivo permanecerá na organização político-jurídica do Estado, mesmo que seus limites se alterem. A seu turno, as regras seriam normas que delimitam os valores, tornando-os concretos e com conteúdo inteligível ou minimamente vinculante ao Estado. Abarcariam um comando que poderia ser cumprido imediatamente por seu destinatário, sem maiores indagações a respeito de seu conteúdo.

Assim, dado o enunciado constitucional do art. 5º, XXX<sup>131</sup>, o direito de herança tanto é respeitado com a transmissão de todo o patrimônio do falecido a seus sucessores como com a transmissão de noventa por cento desse patrimônio, ou setenta por cento, ou cinquenta por cento, conforme a regra jurídica correlata o dispuser. Não poderá o legislador, entretanto, deixar de prever o direito de herança, eis que se trata de norma constitucional que expressa direito fundamental.

Por outro lado, o direito instrumental à proposição de ação popular vem delimitado, em seu conteúdo mínimo, no inciso LXXIII do art. 5º da CF/88<sup>132</sup>, de modo que o legislador deve se preocupar em elaborar as demais normas que complementem tal regra (por exemplo, competência para julgamento da ação popular, definição dos requisitos de validade de um ato administrativo, definição de atos que violem a moralidade administrativa etc.). Trata-se, à evidência, de uma regra, que também carece de detalhamento para se tornar eficaz, mas que propõe vários elementos que não podem ser desconsiderados pelo Legislativo.

Conseqüentemente, embora não pareça - do ponto de vista argumentativo - adequado querer classificar as normas jurídicas com base na distinção princípios/regras, a imposição constitucional acerca da existência de princípios exige uma teorização a respeito do tema. Propõe-se apenas a ideia de que os princípios representam valores com conteúdo "mais moldável" ou "fugidio", e as regras, valores que estão minimamente definidos em seu bojo. Independentemente da denominação que se atribua aos enunciados normativos jurídicos que exprimem os direitos fundamentais, o importante é que a interpretação e a aplicação<sup>133</sup> desses

<sup>131</sup> "Art. 5º: (...) XXX - é garantido o direito de herança;"

<sup>132</sup> "Art. 5º: (...)LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;"

<sup>133</sup> Tanto o Legislativo como o Judiciário e o Executivo, quando da interpretação e da aplicação das normas jurídicas, têm que observar os valores fundamentais.

direitos leve em conta sempre os seus semelhantes - o núcleo imutável<sup>134</sup> garantido pelo art. 5º e que será objeto de esmiuçamento adiante.

## 2.2. A DIGNIDADE HUMANA COMO NORMA CONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais<sup>135</sup> previstos na CF/88 são os caracterizadores da dignidade da pessoa humana no Brasil porque o enunciado do art. 1º, III da CF/88 deve ser entendido, de modo inarredável, a partir do elenco de valores contido no art. 5º da Lei Maior. Apesar desse rol de valores permitir a caracterização do que seja dignidade humana dentro da ordem jurídica brasileira, não é demais recordar que os dispositivos da Constituição Federal podem ser alterados (expandidos, restringidos ou até suprimidos), menos no que diz com as cláusulas pétreas referidas no seu artigo 60, § 4º, que são permanentes e imutáveis, a saber: a) a forma federativa do Estado Brasileiro; b) o voto direto, secreto universal e periódico (que reforça a democracia representativa); c) a separação dos poderes e d) os direitos e garantias individuais. Assim, a proposta desta pesquisa é que a dignidade humana terá seu conteúdo respeitado, do ponto de vista do Direito Constitucional Brasileiro em vigor, se os direitos e garantias individuais (os coletivos foram expressamente alijados do texto legal) forem observados<sup>136</sup>. E tais direitos e garantias individuais estão declinados no artigo 5º da CF/88.

Reformulando o argumento em discurso mais direto: um conceito mínimo e perene de dignidade da pessoa humana, no quadro constitucional brasileiro, deverá observar o disposto no citado artigo 5º. Os demais direitos individuais, bem como os coletivos, os sociais e os difusos, enquanto fizerem parte do texto da CF/88, poderão compor - como de fato o fazem - um conceito "expandido" de dignidade humana. Esse argumento, entretanto, não é pacificamente aceito. Há decisões do STF no sentido de que algumas determinações da CF/88, mesmo que em local diverso do referido art. 5º, configuram garantia contra a ação estatal nos mesmos moldes das

---

<sup>134</sup> Obviamente, enquanto a CF/88 tiver vigência. Nada impede que uma nova Constituição Federal seja editada e os valores tidos como fundamentais, alterados.

<sup>135</sup> Utiliza-se nesta pesquisa a nomenclatura "direitos fundamentais" porque é a textualmente utilizada na CF/88. Há, contudo, vários outros substantivos para qualificar tais direitos: liberdades mínimas, liberdades públicas, direitos da pessoa humana, direitos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades individuais, direitos humanos etc. Compartilham desse entendimento DIMOULIS e MARTINS (2012, p. 38-9).

<sup>136</sup> Nesse sentido, DUTRA (2008, p. 64).

cláusulas pétreas previstas no citado art. 60<sup>137</sup>. Também grande parte dos autores consagrados no Direito Pátrio entende que a dignidade humana se estende para além do art. 5º da CF/88<sup>138</sup>. Passa-se a referir alguns deles antes de se voltar para o conceito mínimo proposto.

Para Barroso, dignidade humana é valor e princípio<sup>139</sup>, sendo composta, minimamente, por três elementos - valor intrínseco do ser humano, autonomia e valor comunitário: a) valor intrínseco significa que o ser humano tem destaque sobre os demais seres vivos. É o elemento ontológico da dignidade humana; b) autonomia é o elemento ético da dignidade humana, ligado à capacidade de autodeterminação (isto é, de propor os próprios fins); c) valor comunitário trata da vida em sociedade, a limitação da autonomia que permita a vida em comunidade, já que somente em comunidade é que a dignidade pode ser reconhecida<sup>140</sup>. Finaliza Barroso por declarar que o núcleo da dignidade da pessoa humana é o mínimo existencial, ou seja, renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça<sup>141</sup>.

De sua parte, Sarlet<sup>142</sup> advoga a tese de que o Estado existe em função da pessoa humana, sendo instrumento de concreção da dignidade. Os direitos fundamentais são expressão jurídica dos valores comunitários e a dignidade humana existe somente no âmbito social, eis que presume a reciprocidade entre as pessoas. A dignidade humana é vetor axiológico na aplicação, interpretação e integração do ordenamento jurídico, sendo substrato dos direitos fundamentais, e pode ser caracterizada através dos direitos fundamentais, embora não se restrinja a eles. Uma interpretação restritiva dos direitos fundamentais como aqueles referidos no art. 5º da CF/88 deve ser tida como equivocada porque: 1) a CF/88 não dá primazia aos direitos individuais sobre os sociais; 2) os direitos sociais não são meramente contraprestacionais, mas verdadeiros direitos de defesa contra o Estado; e 3) permitiria entender que os direitos políticos e os de nacionalidade, por estarem em outros artigos da CF/88 que não o 5º, não seriam cláusulas pétreas<sup>143</sup>.

<sup>137</sup> É o caso da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, b da CF/88 e tido pelo STF como cláusula pétrea por expressar garantia individual do contribuinte, segundo o decidido por maioria do tribunal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF, cujo relator foi o ministro Sydney Sanches, publicada no Diário de Justiça da União de 18mar94.

<sup>138</sup> É o caso de BARROSO (2013), BARCELLOS (2011), CORDEIRO (2012) e SARLET (2011a e 2011b).

<sup>139</sup> BARROSO (2013, p. 43). O autor não justifica essa assertiva.

<sup>140</sup> BARROSO (2013, p. 44-7).

<sup>141</sup> BARROSO (2013, p. 179).

<sup>142</sup> SARLET (2011a, p. 80; 86-7; 95 e 124-5).

<sup>143</sup> SARLET (2011b, p. 422-6).

Barcellos, a seu turno, aduz que a CF/88 fixa o conteúdo mínimo da dignidade humana, que será desenvolvido a partir das ideias eleitas pelo povo em cada pleito político<sup>144</sup>. A proposta da autora é semelhante à de Barroso: o núcleo da dignidade da pessoa humana é o mínimo existencial, ou seja, renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.

De sua parte, Cordeiro<sup>145</sup> defende que os direitos fundamentais devem ser compreendidos como 1) direitos de defesa contra o Estado e 2) direitos a prestações estatais, sendo 2.1) em sentido amplo e 2.2) em sentido estrito. A dignidade humana é conceitualmente aberta, em permanente construção/transformação, cabendo aos juristas definir seus contornos, mas sem o fazer de modo definitivo e absoluto porque é um conceito cultural e histórico, não podendo ser rígido. Para a autora, a dignidade pressupõe autodeterminação/autonomia, ou seja, a capacidade e a possibilidade para escolher os próprios fins, sendo um parâmetro valorativo-interpretativo da CF/88; nem todos os direitos fundamentais podem ser igualmente reconduzidos à/extraídos da dignidade humana.

As posições citadas - todas coincidentes com o entendimento do STF quanto a haver direitos fundamentais além do art. 5º da CF/88 e que podem caracterizar a dignidade humana - parecem olvidar a possibilidade de emendas ao texto da CF/88. E o objetivo de o sistema constitucional permitir alterações a si mesmo repousa na indefectível ideia da mudança cultural: o peso que determinada sociedade atribui a seus valores varia no tempo e no espaço - alguns desses valores, inclusive, desaparecem e dão lugar a outros -, de modo que uma Constituição perderia sua função de garantir a Segurança Jurídica se não fosse adaptável aos cambiantes anseios sociais. Assim, somente aquilo que for inatingível é que servirá para conceituar a dignidade humana de modo perene. À guisa de exemplo, em determinado momento, o direito às práticas desportivas pode ser caracterizador da dignidade humana (como o é agora, nos exatos termos do artigo 217 da CF/88 e das posições majoritárias supracitadas). Ocorre que as contingências da vida humana, especialmente as modificações culturais, poderão levar à supressão desse dispositivo constitucional, sem que o núcleo mínimo da dignidade humana seja atingido.

---

<sup>144</sup> BARCELLOS (2011, p. 33). A tese da autora versa sobre a eficácia dos direitos fundamentais, de modo a dar contornos à dignidade humana. A apresentação que se faz da tese dela é mero esboço com o fito de ilustrar a diversidade conceitual no tema.

<sup>145</sup> CORDEIRO (2012, p. 34, 79 e 85-92).

Especificamente quanto às críticas de Sarlet, apresentar contraponto a elas não é difícil. A primazia que a CF/88 dá aos direitos individuais sobre os demais (coletivos, sociais e difusos) está evidente na impossibilidade de Emenda Constitucional que os suprima. Como referido, não será admitida proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais, segundo o texto da CF/88, que não refere a direitos e garantias sociais, coletivas ou difusas. A seu turno, a preocupação com respeito aos direitos de nacionalidade e eleitorais pode ser desconsiderada porque o vínculo de nacionalidade entre o cidadão e o Estado já foi modificado pelas Emendas Constitucionais n.s 23/99 e 54/07 e pela Emenda Constitucional de Revisão n. 03/94, sem qualquer declaração de inconstitucionalidade das mesmas<sup>146</sup>. Quanto aos direitos eleitorais, estão garantidos na cláusula pétreia de proibição de abolição do voto direto, secreto, universal e periódico, sendo os demais perfeitamente modificáveis - por exemplo, idade mínima para concorrer a determinados cargos, reeleição para cargos do Executivo (que foi criada pela Emenda Constitucional n. 16/97), previsão de casos de inelegibilidade (inalistáveis, analfabetos, e demais elencados inclusive pela Lei Complementar n. 135/10 - Lei da "Ficha Limpa", cuja constitucionalidade será descrita no capítulo 3). Finalmente, alcunhar como "direitos de defesa" determinados direitos e garantias é partir do pressuposto de que o Estado pode se tornar totalitário, premissa essa incongruente com o próprio texto da CF/88 que torna o Estado subserviente aos cidadãos brasileiros.

Há uma caracterização mínima da dignidade humana para o Estado brasileiro, cuja manifestação pode ser depreendida a partir do rol de direitos e garantias individuais ostentado pelo art. 5º da CF/88<sup>147</sup>. Essa opção por um conteúdo mínimo da dignidade humana se contrapõe à tese defendida por muitos jusfilósofos de que a CF/88 não permite o "retrocesso social" - ideia essa cunhada de "proibição de retrocesso". A "proibição do retrocesso" - que não consta expressamente no texto da CF/88 - significa que, uma vez havendo previsão legal concretizada faticamente, não poderá o Estado suprimir o direito daí oriundo; seria algo como um "redimensionamento" da atuação estatal que não pode ser diminuído

---

<sup>146</sup> Quem já é portador de nacionalidade brasileira não pode ter tal qualitativo afastado pelo Estado; quanto aos futuros pretendentes a essa nacionalidade, não têm qualquer garantia a referido direito, dado que o texto constitucional pode ser alterado: trata-se de mera expectativa de direitos.

<sup>147</sup> No sentido de que a dignidade humana é caracterizada pelo extenso rol de direitos e garantias previstos não apenas no art. 5º, mas em toda a CF/88, *vide* CASTRO (2011, p. 273).

ou retraído, mas apenas continuamente expandido. Dito de outro modo: a postulação de uma proibição de retrocesso significa que as prestações estatais que configuram a dignidade humana nunca podem ser diminuídas - somente aumentadas<sup>148</sup>. Essa ideia está embasada em premissas equivocadas, quais sejam: a de que o progresso social e econômico é perpétuo e a de que inexistente um conteúdo mínimo de dignidade social na CF/88 que jamais possa ser obliterado. A desconstrução do argumento da proibição de retrocesso será proposta no capítulo 4.

### 2.2.1 - CARACTERIZACAO JURIDICA DA DIGNIDADE HUMANA

A hipótese defendida nesta pesquisa é a de que a dignidade humana no Brasil se caracteriza pelos direitos individuais elencados no art. 5º da CF/88; cabe, portanto, citar os mesmos para que se tenha uma ideia do "quebra-cabeças" teórico da dignidade a ser montado. Imperioso notar que a cabeça do art. 5º caracteriza os direitos fundamentais como "a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"; as explicitações feitas nos incisos que se seguem são os limites dados ao referido enunciado normativo, aceitando-se a premissa de que os incisos do artigo devem obediência à cabeça do mesmo, dado que seriam mera explicitação dela. Há necessidade de separar os direitos e garantias relacionados no art. 5º da CF/88 entre aqueles que são individuais, os de exercício coletivo e os procedimentais.

#### 2.2.1.1 PREVISÕES COLETIVAS DO ART. 5º DA CF/88

Primeiramente, faz-se referência aos direitos que não têm conotação individual, eis que atinam a uma coletividade ou a pelo menos duas pessoas. São os enunciados do art. 5º que tenham natureza ou finalidade de proteção coletiva, excluídos do conceito de dignidade humana aqui proposto, eis que a cláusula pétreia do art. 60, § 4º diz somente com direitos e garantias individuais:

---

<sup>148</sup> Por exemplo, a lição de MARMELSTEIN (2013, p. 275): "Assim, em tese, somente seria possível cogitar (sic) na revogação de direitos sociais se fossem criados mecanismos jurídicos capazes de mitigar os prejuízos decorrentes de sua supressão. (...) A ideia por detrás do princípio da proibição de retrocesso é fazer que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população." No mesmo sentido, BARCELLOS (2011, p. 85-93), BARROSO (2013, p. 173) e SARLET (2011a, p. 146).

a) inviolabilidade do sigilo das comunicações e correspondência, exceto no caso de investigação criminal por ordem judicial e exclusivamente dos dados telefônicos (inciso XII). Apesar de as comunicações terem, muitas vezes, caráter íntimo, elas pressupõem pelo menos duas pessoas: a que emite a mensagem e a destinatária da mesma, de modo que não se pode ter como direito meramente individual. Não seria o caso, por exemplo, de um diário, onde o emissor e o destinatário da comunicação são a mesma pessoa. A garantia aqui analisada diria com a vedação da intervenção na vida alheia por parte do Estado ou de terceiro, valor esse que está englobado no direito individual à intimidade.

b) liberdade de reunião e/ou agrupamento em local público, desde que sem armas (inciso XVI) e de associação desde que sem caráter paramilitar (inciso XVII), aqui compreendidos os direitos de criar, modificar, extinguir associações (inciso XVIII), o de se associar ou permanecer associado<sup>149</sup> (inciso XX) e o de extinção compulsória da associação ou de suspensão de suas atividades somente por decisão judicial (inciso XIX);

c) garantia processual de representação individual por intermédio da associação representativa (inciso XXI), ou seja, associação pode defender, em nome próprio, interesses de seus componentes;

d) impenhorabilidade da pequena propriedade familiar e rural (inciso XXVI), já que família pressupõe pelo menos duas pessoas e é o objeto de proteção do enunciado normativo;

e) direito ao procedimento de mandado de segurança coletivo (inciso LXX) que legitima a proposição de tal ação por coletividades.

#### 2.2.1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCEDIMENTAIS

Em segundo lugar, é preciso destacar os direitos de cunho procedimental. São prescrições que garantem a legitimação da atuação estatal através de determinado procedimento, de maneira que o processo é o fim em si mesmo, independentemente do resultado a que se chegue. Servem para caracterizar a dignidade humana através de procedimentos mínimos a serem observados pelo Estado. A materialidade de tais valores procedimentais poderia ser enunciada como:

---

<sup>149</sup> O direito de se retirar de uma associação é individual, dado caber a cada um dos associados.

"a dignidade humana será respeitada desde que observados os seguintes procedimentos". A justificativa para o enunciado desses valores reside na prevenção à repetição dos abusos cometidos no período ditatorial antecedente à CF/88, bem como em procedimentos sedimentados na tradição jurídica nacional como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. São eles<sup>150</sup>:

a) direito à legislação mais favorável no caso de sucessão de bens estrangeiros no Brasil (inciso XXXI);

b) direito de petição ao Estado por providências ou obtenção de documentos (inciso XXXIII);

c) possibilidade de revisão judicial de todo e qualquer ato que ameace ou lesione direitos (inciso XXXV), com as correlatas garantias de que a lei não poderá malferir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (inciso XXXVI), da inexistência de tribunal ou juízo *ex post facto* (inciso XXXVII) e da assistência jurídica integral e gratuita aos que dela necessitarem (inciso LXXIV). Ainda dentro do tema do procedimento judicial, que o mesmo se desenvolva a partir de uma autoridade competente para tanto (inciso LIII) e que a privação de liberdade e/ou de patrimônio obedeça a um processo previsto em lei (inciso LIV) que assegure contraditório e ampla defesa (inciso LV) e inadmita provas ilícitas (inciso LVI), bem como seja público (inciso LX). A prisão civil existirá exclusivamente no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia (inciso LXVII)<sup>151</sup>. Finalmente, dentro deste tópico e abrangendo também os procedimentos não-judiciais, a celeridade e a razoável duração do processo foram alçadas à categoria de direito procedimental pela Emenda Constitucional n. 45/04, que incluiu o inciso LXXVII ao art. 5º da CF/88<sup>152</sup>;

d) direitos específicos em procedimentos criminais, como julgamento dos crimes dolosos contra a vida por um tribunal do júri (inciso XXXVIII), presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória (inciso LVII), ação

---

<sup>150</sup> O valor da Segurança Jurídica também é direito fundamental, mas sua caracterização será objeto de análise no último capítulo, quando o cotejo da mesma com as decisões do STF será feito.

<sup>151</sup> A prisão do depositário infiel, apesar de constar no texto da CF/88 foi afastada pelo Decreto n. 679/92 e pela Súmula Vinculante n. 25 do STF. Isso porque o STF interpretou o § 2º do art. 5º da CF/88 no sentido de que o Brasil aumentou a garantia contra a prisão civil ao editar o referido decreto (que nada mais é do que o reconhecimento jurídico interno de que Brasil é signatário do Pacto de San José de Costa Rica). Essa decisão do STF será objeto de análise no próximo capítulo.

<sup>152</sup> Essa inclusão pouca efetividade apresenta porque a ideia de razoabilidade depende de vários fatores, como: tipo de procedimento, quantidade de processos esperando julgamento, fixação de um prazo para o processo ser finalizado etc.

penal privada subsidiária da pública (inciso LIX), direito à comunicação imediata da prisão ao juiz competente e à pessoa indicada pelo preso (inciso LXII) com a informação de seus direitos (especialmente o de ficar calado) e a assistência da família e de seu advogado (inciso LXIII) e explicitação do nome dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial (inciso LXIV). Garante ainda a CF/88 que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pelo Judiciário (inciso LXV) e que ninguém será preso ou mantido preso caso a lei preveja liberdade provisória (inciso LXVI);

e) direito aos procedimentos de *habeas corpus* (inciso LXVIII), mandado de segurança (inciso LXIX), mandado de injunção (inciso LXXI), *habeas data* (inciso LXXII), ação popular (inciso LXXIII). As ações de *habeas corpus* e *habeas data* são gratuitas, assim como os atos necessários ao exercício da cidadania (inciso LXXVII).

### 2.2.1.3 OS DIREITOS INDIVIDUAIS DE CONTEUDO MATERIAL

Enunciados e brevemente explicados os direitos coletivos e os procedimentais, cabe examinar os direitos individuais de conteúdo material. Esses direitos são os que, adicionados aos procedimentais, caracterizam a materialidade da dignidade humana, dentro da leitura da imutabilidade constitucional feita nesta pesquisa.

Analisando os direitos fundamentais, cabe levar em consideração que cada um deles permitiria uma pesquisa autônoma quanto a seus limites, origem histórica etc. Como se trata de enunciados de valores que, conforme adiante desenvolvido, somente podem ser limitados uns pelos outros e em casos concretos, passa-se a fixar um conteúdo mínimo para fins de compreensão. São eles:

a) proibição de discriminação meramente por gênero (inciso I), significando que os direitos e obrigações de homens e mulheres têm que ser iguais dentro do quadro constitucional posto;

b) legalidade como único fator de coatividade das condutas (inciso II e VIII), querendo dizer que nem o Estado, nem outros cidadãos, podem obrigar uma pessoa a se comportar de determinada maneira sem que a lei o permita ou o exija e, ainda em tais casos, existindo a possibilidade de prestação alternativa nas hipóteses de convicções políticas, filosóficas ou religiosas conflitantes com a obrigação universal. Dentro da legalidade também se encontra a estrita legalidade penal, com a necessidade de lei anterior para a definição de crime, bem como a de previsão

expressa de penas na lei (inciso XXXIX) e a irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (inciso XL). Ainda no campo da legalidade penal, há previsão de que a pena não se estenda a outras pessoas além do condenado, a não ser pelos efeitos patrimoniais do ressarcimento, limitados todavia ao montante da herança deixada pelo condenado a seus sucessores (inciso XLV), bem como a individualização da pena regulada por lei (inciso XLVI) e a interdição de penas de morte (a menos que haja estado de guerra declarado), de trabalhos forçados, de caráter perpétuo, de banimento ou cruéis (inciso XLVII) e de extradição ao brasileiro nato (inciso LI), devendo o cumprimento da pena considerar as idiossincrasias do condenado (inciso XLVIII), suas integridades física e moral (inciso XLIX) e a amamentação dos filhos das recolhidas aos presídios (inciso L);

c) vedação de tortura, tratamento desumano ou degradante (inciso III), com a exigência de lei prevendo a punição de condutas discriminatórias e/ou que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI), que fomentem o racismo (inciso XLII) ou a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os crimes hediondos (inciso XLIII). Também deve ser punida por lei a formação de grupos armados que atentem contra o Estado Democrático e a ordem constitucional (inciso XLIV);

d) liberdade de manifestação do pensamento com vedação de anonimato (incisos IV, VI e IX), englobando a crença religiosa ou a ausência dela e a possibilidade de ineditismo do pensamento (ou seja, a liberdade de apenas pensar sem tornar as ideias públicas), tudo independentemente de licença ou censura.

e) direito de resposta proporcional ao agravo sofrido, com as correlatas indenizações material, moral ou à imagem (inciso V);

f) a prestação de assistência religiosa em hospitais e assemelhados (inciso VII), sejam de natureza militar ou civil;

g) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (inciso X), com a garantia das respectivas indenizações por danos decorrentes de suas violações, especialmente no caso de erro judiciário e de prisão além do tempo devido (inciso LXXV). Dentro deste tópico cabe também o direito à não-identificação criminal (ou seja, com detenção policial e encaminhamento ao cárcere) desde que haja a civil (inciso LVIII) e o direito de ser preso somente no caso de flagrante delito ou por intermédio de ordem judicial fundamentada (inciso LXI);

h) inviolabilidade da residência, salvo em caso de flagrante delito ou para a prestação de socorro aos residentes ou, durante o dia por determinação judicial (inciso XI);

i) liberdade de exercício laboral (inciso XIII);

j) acesso à informação (inciso XIV), especialmente dos dados assentados em registros públicos (inciso XXXIII), com gratuidade para os pobres do registro civil de nascimento e de óbito (inciso LXXVI);

k) liberdade de locomoção em tempo de paz (inciso XV);

l) direito de propriedade (inciso XXII), inclusive dos direitos autorais (inciso XXVII) e de participação em obra coletiva (inciso XXVIII) e os direitos de patentes industriais (inciso XXIX), modulado expressamente por casos de desapropriação por interesse ou necessidade pública ou interesse social (inciso XXIV) ou por desapossamento provisório em casos análogos (inciso XXV);

m) direito à herança (inciso XXX), que não deixa de ser um desdobramento do direito de propriedade;

n) o direito à promoção estatal da defesa do consumidor (inciso XXXII);

o) o direito ao estrangeiro de não ser extraditado por crime político ou de opinião (inciso LII).

Importa, em maior medida, expor outras questões que permitam uma "concepção material" de dignidade humana<sup>153</sup>; com isso, pretende-se verificar se a CF/88 atende a um mínimo dessa materialidade. Em primeiro lugar, o sistema constitucional brasileiro reconhece dignidade humana aos brasileiros e aos estrangeiros que estiverem no território nacional<sup>154</sup>. Tanto os brasileiros como os estrangeiros dever-se-ão enquadrar no conceito de pessoa exposto no capítulo I.

Em segundo lugar, no Brasil a dignidade humana se caracteriza pela observância dos direitos e garantias individuais previstos na CF/88. Há uma derivação necessária do primeiro conceito a partir dos segundos: a dignidade humana minimamente reconhecida no país é aquela onde os comportamentos previstos na CF/88 são respeitados. Topologicamente, a enunciação da dignidade humana precede ao rol dos direitos e garantias fundamentais<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Aqui se utiliza a lição de DÜWELL (2011, p. 222-9), ligeiramente adaptada porque o autor trabalha com dignidade humana no Direito Internacional.

<sup>154</sup> Ver cabeça do art. 5º da CF/88.

<sup>155</sup> Essa topologia da CF/88 evita vários problemas para um conceito de dignidade, conforme levantado por ASHCROFT (2005, p. 680) ao examinar a dignidade humana no Direito Internacional,

Em terceiro lugar, existem limites materiais para a concretização dos direitos fundamentais. Os recursos materiais de exploração econômica são limitados e, conforme se argumenta no capítulo IV, não se pode conceber uma ampliação ilimitada e irretroativa dos direitos fundamentais. A fixação de um mínimo se torna, assim, indispensável para a perenidade da Constituição.

Em quarto lugar, considerando que os direitos fundamentais têm estatuto de norma constitucional, todos dentro da imutabilidade das cláusulas pétreas, inexistem hierarquia entre os direitos fundamentais.

Em quinto lugar, o peso dado aos valores morais é contextual, mas existe um núcleo básico que se pretende imutável, como direito à vida e à liberdade e os demais citados neste tópico como constituintes da dignidade humana. Assim, o que se pode entender como dignidade humana está devidamente caracterizado pelo art. 5º da CF/88.

Em sexto lugar, a justificação da dignidade humana no Brasil é oriunda de um processo histórico: advém de um rompimento institucional com um modelo autoritário e totalitarista, de modo que novos valores plurais - todos necessários à caracterização da dignidade humana - foram alçados ao patamar de enunciados normativos constitucionais. A dignidade humana deve ser respeitada porque se trata de norma imposta pela coletividade a si mesma, no intuito de que se torne parte do dia-a-dia dos brasileiros e, conseqüentemente, seja seguida de modo espontâneo, permitindo o alcance da ideia de Justiça traçada na CF/88.

As atribuições do Estado brasileiro são necessariamente exercidas com vistas à concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tendo como vetor axiológico imperativo a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é pertinente a lição de Barroso (2008, p. 62-3) sobre o conteúdo moral do preceito da dignidade humana como resultado do ambiente filosófico e político que deu origem à CF/88, de modo que tal valor foi escrito expressamente no texto constitucional com o objetivo de se impor à atividade estatal como norma inescapável. Portanto, o postulado da dignidade da pessoa humana deve ser observado em toda e qualquer atividade estatal, que deve ter como diretiva a concreção dos direitos fundamentais individuais previsto na Constituição Federal. Entretanto, cabe ao legislador densificar

---

quais sejam: a) por que a dignidade funda os demais valores morais? b) qual a relação de mensuração dos demais valores morais em relação à dignidade? c) como a dignidade se corporifica em casos práticos? entre outros.

esse postulado em regras, diminuindo a possibilidade de desvios axiológicos por parte do aplicador da norma (no caso, o juiz).

Sempre que o legislador elabora uma regra, deve considerar os valores constitucionais em jogo para evitar a iniquidade aos direitos fundamentais. O exame hermenêutico de equilíbrio valorativo é feito pelo Legislativo, que tem a missão de sopesar os valores que caracterizam a dignidade humana. Essa ponderação não pode ser afastada pelo Judiciário quando da aplicação da lei, sob pena de quebra dos freios e contrapesos constitucionais e de achaque à presunção de constitucionalidade das normas<sup>156</sup>.

Examinado o extenso rol de direitos e garantias individuais, tanto procedimentais como materiais, previsto pelo art. 5º da CF/88, esta pesquisa advoga que os mesmos são suficientes para uma composição do postulado da dignidade humana previsto no mesmo diploma normativo, garantindo a imutabilidade desse conteúdo mínimo com vistas à Segurança Jurídica.

---

<sup>156</sup> Sobre a presunção de constitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais, bem como sobre a técnica da "interpretação conforme", veja-se MENDES (2004 p. 316-9). O tema da interpretação constitucional dos direitos fundamentais será objeto do capítulo 4.

### 3 - ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA DIGNIDADE HUMANA

#### 3.1. ADVERTENCIA E GENERALIDADES - COMO FUNCIONA O JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Passa-se a transcrever os delineamentos que o STF dá à dignidade da pessoa humana a partir da leitura dos seus julgados. Cabe, porém, advertência preliminar. O STF é composto por onze ministros, divididos em duas turmas (cada uma com cinco julgadores) ou unidos no órgão plenário (Pleno, doravante); como colegiado que é, está sujeito a diversas opiniões a respeito dos temas que lhe são submetidos à interpretação: cada ministro pode externar sua opinião do que seja a vontade da CF/88 num caso concreto. Além de o Pleno ser órgão integrado por várias pessoas, sua composição varia no tempo porque ministros se aposentam ou falecem e são substituídos.

Em termos simplificados<sup>157</sup>, a metodologia de trabalho do Pleno do STF, quando de julgamentos, é a seguinte: o ministro relator expõe os dados fáticos que levaram o caso à análise do STF e profere seu voto. A partir daí, os demais ministros se manifestam, concordando com o relator ou discordando dele. Destaque-se que, ao concordar com o voto do relator, os demais ministros o podem fazer sob justificção diversa - ou seja, concordam com a conclusão do argumento, mas não com o desenvolvimento dele. No caso da divergência, o procedimento é o mesmo. O primeiro ministro a divergir pode ser acompanhado por outros que concordem integralmente com o voto ou apenas com sua conclusão. O que importa é que, acaso o voto do relator seja acatado pela maioria do Pleno, será tido como "vencedor", de modo que suas razões e conclusão passam a ser as do Pleno; no caso de a divergência atingir a maioria dos votos, o ministro que inaugurou o dissenso é que passa a ser o relator (diz-se "relator para o acórdão"), e suas justificção e conclusão passam a caracterizar o entendimento do Pleno.

Este capítulo analisará somente julgados (também denominados "acórdãos") oriundos do Pleno do STF, dado caracterizarem a opinião jurídica máxima do tribunal e permitirem a presunção de que se trata do argumento desenvolvido pelo

---

<sup>157</sup> Justifica-se a simplificação porque esta dissertação é desenvolvida no âmbito de um mestrado em Filosofia, não em Direito. Assim, o jargão jurídico deve ser utilizado na medida do indispensavelmente necessário. Se o público-alvo deste trabalho fosse o meramente jurídico, a referência ao Regimento Interno do STF seria suficiente.

órgão<sup>158</sup>. Significa que se presume que o Pleno dá a última palavra sobre o que seja dignidade humana nas mais variadas situações, sendo, portanto, a opinião a ser seguida pelas ramificações do Estado brasileiro (Legislativo, Judiciário e Executivo).

Ainda dentro da necessidade de limitar a pesquisa, analisar-se-ão acórdãos que examinam expressamente a dignidade da pessoa humana dentro dos limites fixados no capítulo 2 - ou seja, dentro do campo de abrangência do art. 5º da CF/88 para que se possa fazer a contraposição entre o conceito proposto por este pesquisador e o eventualmente utilizado pelo STF. Existem milhares de julgados onde o tema não é o assunto principal, mas meramente tangenciado. Como é possível pesquisar de modo virtual os julgados do STF desde antes de a CF/88 entrar em vigor<sup>159</sup>, valeu-se esta pesquisa do página do tribunal na *internet* criada para esse tipo de investigação. Foram utilizados os seguintes filtros de pesquisa: os termos "dignidade" e "humana", onde houver referência expressa ao art. 5º da CF/88, em decisões colegiadas do órgão plenário<sup>160</sup>, tendo como resultado os acórdãos seguintes: ADPF n. 54/DF, ADI n. 2937/DF, Inq n. 2131/DF, RE n. 603583/RS, Rcl n. 11243/República Italiana, RE n. 363889/DF, AO n. 1390/PB, ADPF n. 132/RJ, ADI n. 4277/DF, RE n. 633703/MG, RE n. 631102/PA, RE n. 630147/DF, MS n. 25403/DF, MS n. 25116/DF, RE n. 564354/SE, ADPF n. 153/DF, ADI n. 3106/MG, Pet n. 3898/DF, Rcl n. 5758/SP, ADPF n. 130/DF, Pet n. 3388/RR, HC n. 91676/RJ, RHC n. 93172/SP, HC n. 84078/MG, HC n. 87585/TO, RE n. 466343/SP, RE n. 349703/RS, HC n. 91952/SP, ADI n. 3510/DF, ADI n. 2649/DF, RE n. 551453/MG, ADPF n. 130 MC/DF, Ext n. 932/IT, MS n. 24448/DF, HC n. 91657/SP, Ext n. 986/BO, Ext n. 1008/CB, HC n. 85779/RJ, RE n. 415454/SC, RE n. 398041/PA, HC n. 82959/SP, RE n. 407688/SP, ADPF n. 54 QO/DF, HC n.

<sup>158</sup> Existe possibilidade de julgamento monocrático em algumas hipóteses, com recurso para a turma respectiva e, acaso seja do entendimento da turma, afetação posterior do julgamento ao Pleno. Analisar decisões monocráticas e das turmas seria desonesto para fins desta pesquisa, posto que o objetivo é depreender o conceito de dignidade da pessoa humana que o órgão de interpretação definitiva da CF/88 pode dar.

<sup>159</sup> Não se pode ignorar que a CF/88 está em vigor há mais de vinte e cinco anos. A pesquisa manual seria folhear todos os Diários de justiça da União, que é o veículo oficial desse tipo de publicação, desde 06out88. Considerando que há, no mínimo, cinco edições semanais - edições extraordinárias ocorrem - e fazendo uma multiplicação grosseira de quarenta e duas semanas por ano (há recesso no STF em janeiro e julho de cada ano, mais um período que medeia 20dez a 06jan, nos termos da Lei n. 5.010/66, art. 62, I, de modo que extirpar dez semanas de cada ano não é tão desarrazoado) por vinte e cinco (out13), ter-se-ia a "bagatela" de mil e cinquenta edições a analisar. A pesquisa via internet pode ser tida como confiável, desde que se pense que o *software* de busca do STF foi devidamente programado para aceitar os parâmetros postos pelo eventual pesquisador e que a assessoria do tribunal faz a indexação correta dos julgados.

<sup>160</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, acessado em 06set13 - marco final da pesquisa de julgados.

85237/DF, RE n. 359444/RJ, HC n. 84025/RJ, Inq n. 1458/RJ, HC n. 82424/RS, HC n. 82638/SP, HC n. 79512/RJ, HC n. 77527/MG, ADI n. 1646 MC/PE, Ext n. 633/CH, HC n. 72131/RJ, HC n. 71373/RS, HC n. 70389/SP<sup>161</sup>.

Como derradeiro ponto dentro desta advertência preliminar, dada a ocorrência de votos com justificção diversa mas com conclusões iguais, presumir-se-á sempre que o voto do relator do julgamento equivale à opinião do STF no caso estudado. Isso porque não seria possível retirar uma opinião uniforme a respeito de determinado direito fundamental se fosse necessária a construção frankensteiniana de teorias a partir de posicionamentos diversos quanto à justificção. O que realmente importa é o voto prevalente e a sua justificativa, posto ser o efetivamente utilizado para a extração da súmula do julgamento e posterior publicação no Diário de Justiça da União. Passa-se ao recorrido, dividido em temas para permitir o cotejo com os direitos enumerados no capítulo 2.

### 3.2. JURISPRUDENCIA DO PLENARIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATERIA DE DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este é o momento da pesquisa onde o Direito se apresenta como o fato social em sua concretude, de maneira a que a dignidade da pessoa humana seja analisada, dentro dos valores enunciados no art. 5º da CF/88, e devidamente sopesados os fatos e as normas jurídicas sobre eles incidentes.

Em alguns dos julgados analisados, o STF trata de assuntos que não dizem respeito aos direitos fundamentais, mas sim, a leis meramente procedimentais ou a outros dispositivos da CF/88 que não foram objeto de análise no capítulo anterior. Desse modo, serão deliberadamente ignorados assuntos que fujam ao cerne da pesquisa, sendo feitas as devidas referências para que a honestidade intelectual se veja plenamente observada. Da mesma forma, não serão aqui tecidas críticas aos argumentos apresentados pelo STF, dado ser tema do capítulo 4. O presente recorrido é meramente descritivo.

---

<sup>161</sup> Vários desses julgados, especialmente as ações criminais de *habeas corpus*, tratam de matéria idêntica. Quando esse for o caso, será referido expressamente no texto. Cabe registrar que os julgados da ADPF n. 130 MC/DF e da ADPF n. 54 QO/DF por serem, respectivamente, medida cautelar e questão de ordem dentro de processos que foram julgados quanto à matéria de fundo, serão tratadas apenas na medida do útil ao esclarecimento do entendimento do STF. Isso porque a medida cautelar e a questão de ordem tratam de temas de modo perfunctório e indireto, não da questão de direito fundamental posta em exame.

### 3.2.1. INTIMIDADE

No *Habeas Corpus* n. 71.373-4/RS<sup>162</sup> o Pleno discutiu se seria possível obrigar um homem a fisicamente ter seu sangue extraído para fins de exame de paternidade por análise de seu DNA<sup>163</sup>. As instâncias ordinárias do Judiciário tinham entendido que, acaso o suposto pai não se voluntariasse a oferecer material genético para tal exame, poderia ser conduzido a um laboratório para que a coleta fosse executada *manu militari*. A questão foi analisada pelo STF e, por maioria (seis a quatro) capitaneada pelo ministro Marco Aurélio, ficou decidido que a submissão de pessoa a procedimento dessa espécie somente poderia ser voluntária, sob pena de violação do direito à intimidade expresso no art. 5º, X da CF/88. O Pleno entendeu que a recusa à submissão de exame semelhante deveria ser interpretada em conjunto com as demais provas do processo de investigação de paternidade, mesmo que daí surgisse - ou não - a presunção da paternidade<sup>164</sup>. A dignidade humana estaria caracterizada, então, pela impossibilidade de sujeição de uma pessoa a intervenção médica involuntária, com o fito de resguardar a intimidade, a menos que se trate de questão de saúde pública.

Analisando o *Habeas Corpus* n. 84.025-6/RJ<sup>165</sup>, o STF deixou de fixar entendimento a respeito da possibilidade legal de aborto de feto anencéfalo. Isso porque, de acordo com o relato do ministro Joaquim Barbosa - que foi acatado à unanimidade - ocorrera o parto antes do julgamento do feito pelo tribunal, de modo a esvaziar o objeto posto em discussão. Assim, não subsistiria razão para analisar uma ação que solicitava autorização para aborto, posto que o nascimento ocorrera antes do julgamento da questão.

Retomando a questão sobre o aborto de anencéfalo, o STF decidiu<sup>166</sup> que o mesmo não configura crime, nos termos do Código Penal<sup>167</sup>, ao referendar, por

<sup>162</sup> HC 71.373-4/RS, publicado no Diário de Justiça da União de 22nov96.

<sup>163</sup> Abreviatura de "ácido desoxirribonucleico", componente do material genético de todas as células, segundo THAIN e HICKMAN (2004, p. 209).

<sup>164</sup> Assinala-se que essa diretriz do STF foi seguida, anos depois, no Código Civil (lei n. 10.406/02), em seus artigos n. 231 e 232. Tratando do assunto da presunção de paternidade está o art. 2º-A da lei n. 8.560/92, incluído pela lei n. 12.004/09.

<sup>165</sup> HC n. 84.025/RJ, publicado no Diário de Justiça da União de 25jun04.

<sup>166</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, publicada no Diário de Justiça da União de 30abr13. Deixa-se de relatar o ocorrido na Questão de Ordem prévia ao mérito dessa decisão porque tratou apenas de questões da adequação do tipo de procedimento judicial ajuizado,

maioria, a justificação do Ministro Marco Aurélio no sentido de que o feto anencéfalo não seria objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro, fixou-se que a nomenclatura deveria ser antecipação terapêutica do parto, já que o tipo penal que veda o aborto teria como objetivo proteger a vida, e vida e feto anencéfalos seriam mutuamente excludentes, de acordo com os dados da Biologia e da Medicina. Depois, decidiu-se ser impossível obrigar uma mulher a levar uma gravidez de anencéfalo até o fim simplesmente para que os órgãos deste fossem doados a outros neonatos, sob pena de ignorar que a mulher deve ser vista como um fim em si mesma, não um mero meio para a doação de órgãos.

Afastando expressamente o direito à vida do feto anencéfalo, ficou consignado que nem mesmo vida em potencial poderia ser considerada em tal caso, tratando-se de natimorto cerebral. Assim, o feto anencéfalo não seria considerado "pessoa" para fins de proteção pela CF/88. Ademais, o direito à vida não seria hierarquicamente superior aos demais nem absoluto e, no caso do feto anencéfalo, mesmo que tivesse direito à vida, não superaria os direitos da mãe à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade, especialmente porque esse tipo de gravidez seria de risco para a gestante. Haveria desproporcionalidade em proteger o feto anencéfalo em detrimento dos direitos da gestante. A dignidade da gestante, ao ser obrigada a se submeter a uma completa gestação que, afinal, não geraria uma criança viável, seria amplamente violada. A liberdade de escolha da gestante, em interromper ou não a gravidez, deveria ser preservada pelo Estado através do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico a ela.

### 3.2.2 LIBERDADE DE ASSOCIACAO E SEUS CORRELATOS

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.937/DF<sup>168</sup>, o autor Partido Progressista alegava que a Lei n. 10.671/03 - Estatuto de Defesa do Torcedor:

---

da suspensão dos milhares de processos em curso no País com o mesmo objeto e do descabimento de concessão de liminar.

<sup>167</sup> Decreto-lei n. 2.848/40: "Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. (...) Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal."

<sup>168</sup> ADI n. 2937/DF, publicada no Diário de Justiça da União de 29maio12.

a) extravasaria a competência legislativa da União (eis que, no caso, teria descido a minúcias de competência dos Estados, cabendo à União apenas enunciar as regras gerais acerca de desportos)<sup>169</sup>;

b) redundaria em intromissão indevida no direito de criação das regras de associações privadas, b1) ao determinar que o calendário mínimo de atividades desportivas deveria ser de dez meses por ano (art. 8º, I da lei), b2) ao vedar alterações no regulamento das competições desportivas salvo após dois anos e/ou com aprovação do Conselho Nacional do Esporte (art. 9º, § 5º da lei), b3) ao determinar a desconsideração de pontuação em desconformidade com critérios técnicos prévios (art. 10, § 4º da lei), b4) ao tornar pública e obrigatória a divulgação da súmula das competições, fixando prazos e procedimentos para tanto (art.s 11 e 12 da lei), b5) ao prever que cabe à respectiva liga organizada ou entidade de administração do desporto o pagamento dos árbitros/juízes dos eventos desportivos (art. 30, parágrafo único da lei), b6) ao obrigar a ocorrência de sorteios públicos de árbitros de modo anterior a cada partida (art. 32 da lei), b7) ao determinar a previsão de órgãos dentro das associações desportivas compostos por torcedores não associados ou reconhecimento de sócios-torcedores com direitos mais restritos que os demais sócios (art. 33, II e III da lei);

c) criaria punições plúrimas para uma mesma conduta, violando a proporcionalidade entre fato ilícito e pena correlata e a razoabilidade, tornando sem efeito o *due process of law* (devido processo legal) e seus consectários - ampla defesa, contraditório e presunção de inocência, ao determinar que tanto os dirigentes como as associações respondam objetivamente por danos causados aos torcedores decorrentes de falta de segurança nos estádios (art. 19 da lei) e que os dirigentes das associações esportivas poderiam ser afastados cautelarmente dos cargos nos casos de investigação preliminar, bem como suspenso o repasse das verbas públicas até o final da investigação (art. 37, § 3º da lei);

d) criaria punições desproporcionais e irracionais, ecoando em ingerência indevida em assuntos íntimos de associações privadas e à macula da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos dirigentes desportivos, ao prever a possibilidade de suspensão e afastamento dos mesmos (art. 37, I e II da lei).

---

<sup>169</sup> O ponto não interessa no âmbito desta pesquisa, eis que não diz com direitos fundamentais elencados no artigo 5º da CF/88. Mas o registro merece ser feito, bem como o entendimento do STF de que não houve o extravasamento da competência geral por parte da União.

O Tribunal, por unanimidade, seguiu o voto do relator ministro Cezar Peluso no sentido de que os direitos fundamentais não são absolutos e que as ingerências previstas na citada lei em nada arranhavam o direito de livre regulamentação das associações desportivas ou o direito à intimidade de seus dirigentes; pelo contrário, as disposições do Estatuto de Defesa do Torcedor viriam a concretizar os direitos dos espectadores de eventos desportivos quanto à segurança física e ao devido desenrolar dos mesmos. No que diz com a responsabilidade objetiva dos dirigentes desportivos, não seria novidade no Direito Pátrio, dado estar consolidada desde a edição do Código de Defesa do Consumidor. Inexistiria, materialmente, duplicidade de sanções, eis que as condutas previstas na lei como apenas seriam diversas. E o afastamento e a suspensão de dirigentes teriam o condão de possibilitar a apuração de supostos ilícitos, assegurando resultado útil à investigação, sendo que tais medidas seriam impostas apenas pelo Judiciário, mantida ilesa a garantia fundamental do *due process of law*. Finalmente, o cunho social das atividades desportivas seria a fundamentação última para a intervenção estatal através do Estatuto de Defesa do Torcedor.

### 3.2.3. REDUCAO DE TRABALHADOR A CONDICAO DE ESCRAVO

Ao julgar o Recurso Extraordinário n. 398.041-6/PA<sup>170</sup>, o STF teve oportunidade de, por maioria e agasalhando o voto do relator - ministro Joaquim Barbosa - firmar o entendimento de que o crime de redução de trabalhador à condição análoga à de escravo<sup>171</sup> viola diretamente a dignidade da pessoa humana e, por atacar a organização do trabalho, acaba por repercutir sobre todo o arcabouço sistemático de órgãos e instituições a proteger coletivamente os direitos dos trabalhadores. Afinal, a organização do trabalho pressupõe o trabalhador, ser humano indispensável a tanto. Qualquer violação criminosa à esfera do trabalho repercutiria em igual afronta à dignidade humana, de maneira que a competência para julgamento de semelhante crime seria da Justiça Federal, nos termos da

<sup>170</sup> RE n. 398.041/PA, publicado no Diário de Justiça da União de 19dez08.

<sup>171</sup> Tal crime está previsto no Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), nos seguintes termos: "Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)".

CF/88<sup>172</sup> - esse era o cerne processual da questão, posto que a decisão prolatada por juiz federal de primeiro grau jurisdicional havia sido anulada pelo correlato tribunal federal sob a alegação de incompetência da justiça federal porque o crime de redução de trabalhador à condição de escravo violaria interesses apenas da vítima, não do Estado. A decisão do STF deixou transparecer que esse tipo de crime viola a dignidade da coletividade também, a merecer especial proteção e tutela porque o trabalho também é fundamento da República Brasileira<sup>173</sup>.

Mesmo destino teve a interpretação da lei no Inquérito n. 2.131/DF<sup>174</sup>, onde o Ministério Público Federal solicitou ao Supremo Tribunal Federal o recebimento de denúncia (pedido inicial de ação criminal) contra senador<sup>175</sup> (e seu comparsa) suspeito de frustrar direitos trabalhistas previstos em lei, aliciar trabalhadores e reduzir os mesmos a condição análoga à de escravo<sup>176</sup>. O denunciado alegou 1) que somente após a análise recurso interposto perante a Delegacia Regional do Trabalho no Pará, onde os fatos narrados pelo Ministério Público foram devidamente contestados, é que restaria configurada a exploração de trabalhadores; ademais,

<sup>172</sup> "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;"

<sup>173</sup> CF/88: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...) Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:"

<sup>174</sup> Inq 2.131/DF, publicado no Diário de Justiça da União de 07ago12.

<sup>175</sup> Nos termos do art. 53, § 3º da CF/88, o senador ou deputado federal, por crime ocorrido após a diplomação respectiva, será julgado pelo STF que notificará à respectiva casa parlamentar acerca do recebimento da denúncia, fato que pode ser obstado por maioria dos membros do Senado ou da Câmara de Deputados, respectivamente. Assim, o Ministério Público Federal encaminha a denúncia ao STF que, ao determinar a instauração do correlato processo criminal, deverá notificar o parlamento para, querendo, suspender o processo.

<sup>176</sup> Crimes previstos no Código Penal, *verbis*: "Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998) § 1º Na mesma pena incorre quem: (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998) I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida; (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998) II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998) § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)(...) Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional: Pena - detenção de um a três anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998) § 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998) § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)"

referiu que os fatos não haviam sido devidamente comprovados pelo Ministério Público, 2) que as precárias condições em que se encontravam os trabalhadores eram idênticas às difundidas pelo interior do Estado do Pará, 3) que ofertava três refeições diárias a seus empregados e que nenhum deles enfrentava qualquer óbice a se retirar do local de trabalho, 4) que as infrações alegadamente cometidas teriam natureza trabalhista, podendo ser remediadas com condenações pecuniárias, sem necessidade de criminalização de condutas, sob pena de o Estado de Direito se ver substituído por uma ditadura.

O STF, por maioria e acatando decisão da ministra Ellen Gracie, entendeu que o Código de Processo Penal<sup>177</sup> só permitiria a rejeição da denúncia quando ela fosse manifestamente inepta, faltasse pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou, ainda, faltasse justa causa para o exercício da ação penal, sendo que nenhuma dessas hipóteses ocorrera no caso concreto. Ademais, o Tribunal reforçou a noção de que a criminalização de tais condutas tinha como escopo a concretização da dignidade da pessoa humana, segundo mandamento da CF/88 no que diz com o direito à liberdade e com o direito ao trabalho digno.

### 3.2.4. AMPLA DEFESA, CONTRADITORIO E PRESUNCAO DE INOCENCIA

#### 3.2.4.1. utilização de prova ilícita

Na Reclamação n. 11.243/República Italiana<sup>178</sup> o STF analisou vários questionamentos opostos contra uma negativa de extradição exarada pelo Presidente da República, na questão amplamente coberta pela mídia brasileira e alcunhada de "caso Battisti". Deixam-se de lado as discussões acerca da extradição, da sua recusa e possível vinculação do Presidente da República à declaração anterior do STF, da soberania nacional e outros temas amplamente debatidos no julgamento, eis que somente diz com esta pesquisa o fato de a República Italiana haver requerido o exame de provas (em favor da extradição) que não tinham sido analisadas anteriormente pela defesa: tratava-se de cópias de processos criminais

<sup>177</sup> Decreto-lei n. 3.689/41, especificamente o art. 395: "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). Parágrafo único. (Revogado) (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)"

<sup>178</sup> Recl n. 11.243/IT, publicada no Diário de Justiça da União de 05out11.

onde o extraditando fora condenando *in absentia* por homicídios dolosos. O voto vencedor<sup>179</sup>, acatado pela maioria do Pleno, foi do ministro Luiz Fux, derrubando o voto do relator originário Gilmar Mendes. Segundo o trecho que diz com dignidade humana, a prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, redundaria em violação da ampla defesa e do contraditório, e, desse modo, estaria caracterizada como prova ilícita.

Em exame do *Habeas Corpus* n. 79.512-9/RJ<sup>180</sup>, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o STF acatou por maioria o entendimento de que a apreensão de documentação contábil pela Receita Federal, autorizada a adentrar a sede da sociedade empresarial por um dos sócios, não redundaria em prova ilícita por violação de domicílio<sup>181</sup>. Ficou expressamente consignada a retidão do "apelo ao critério da proporcionalidade para solver a colisão entre valores constitucionais". Essa ponderação teria sido feita pelo legislador constituinte ao afastar a possibilidade de persecução criminal (em favor da sociedade) embasada em provas ilícitas (em favor da dignidade individual).

#### 3.2.4.2. suspensão condicional do processo e recebimento de denúncia

Entendeu o STF na Petição n. 3.898/DF<sup>182</sup>, por maioria que acatou o voto do relator Gilmar Mendes, que o benefício da suspensão condicional do processo penal<sup>183</sup> deve ser ofertado ao réu somente após o recebimento da denúncia<sup>184</sup> pelo

<sup>179</sup> A tese central foi no sentido de que a República Italiana não poderia manejar o instrumento da reclamação constitucional for falta de legitimidade, eis que o ato do Presidente da República que se buscava impugnar seria insindicável por concretizar a soberania nacional diante de tratado de extradição celebrado.

<sup>180</sup> HC n. 79.512/RJ, publicado no Diário de Justiça da União de 16maio03.

<sup>181</sup> CF/88, art. 5º: "XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"

<sup>182</sup> Pet n. 3.898/DF, publicada no Diário Oficial da União de 18dez09.

<sup>183</sup> Trata-se de benefício que permite a um acusado de crime de menor potencial ofensivo o cumprimento de determinadas medidas administrativas sem que lhe possa ser imputada a pecha de ser condenado em processo criminal - cumpridas as condições, a punibilidade é extinta e não resta qualquer mácula ao nome do acusado. Eis o teor do que prevê a lei n. 9.099/95: "Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova,

juízo, sob pena de violação da ampla defesa e da presunção de inocência previstos no art. 5º da CF/88. Tratava-se de ação penal de competência originária do STF por ter entre os denunciados um deputado federal. Como era uma ação penal de rito especial, a defesa argumentou que a supressão do rito de oferta de suspensão condicional do processo, conforme previsto na legislação ordinária respectiva, violaria garantias constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. Ainda no mesmo voto, ficou assentado que o recebimento de denúncia sem o adequado lastro probatório ou ausente a correlação entre os fatos narrados e os tipos penais<sup>185</sup> existentes reverberaria em violação direta do postulado da dignidade humana.

### 3.2.4.3. prisão provisória

Ao julgar o *Habeas Corpus* n. 91.676-7/RJ<sup>186</sup>, que teve como relator o ministro Ricardo Lewandowski, a Corte entendeu por maioria que a prisão provisória<sup>187</sup> só é admissível se houver robusta justificativa para tal segregação, sob pena de violação da presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição e da necessidade de fundamentação judicial para o mandado de prisão. Idêntico entendimento foi declarado pelo STF ao julgar os seguintes processos: Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 93.172/SP<sup>188</sup> e *Habeas Corpus* n. 84.078/MG<sup>189</sup>. Anteriormente e dentro

---

sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos."

<sup>184</sup> A denúncia é a pela acusatória inicial em processos criminais, elaborada pelo Ministério Público.

<sup>185</sup> Tipos penais são as descrições legais das condutas classificadas como crimes.

<sup>186</sup> HC n. 91.676/RJ, publicado no Diário de Justiça da União de 24abr09.

<sup>187</sup> A fundamentação para a prisão preventiva deve observar o art. 312 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41), *verbis*: " Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)."

<sup>188</sup> Por maioria e com relatoria da ministra Cármen Lúcia, publicado no Diário de Justiça da União de 06maio11.

da mesma linha decisória, o STF afastara a prisão preventiva automática para os casos de pedido de extradição ao analisar do Habeas Corpus n. 91.657-1/SP<sup>190</sup>, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes e que teve seu voto acatado pela maioria. O tribunal entendeu que há necessidade de fortes motivos para tolher a liberdade individual, mesmo de um réu em processo de extradição, sob pena de violar a igualdade de tratamento com os brasileiros que respondem a processos criminais no Brasil. Além disso, declarou que a prisão é medida excepcional dentro de um Estado Democrático de Direito<sup>191</sup> e que, no caso concreto, violava o critério da proporcionalidade. Em suma, a prisão do extraditando violava a dignidade humana por contrariar os direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF/88.

#### 3.2.4.4. extradição e dignidade do extraditando

O debate nos autos da Extradição n. 932-0/República Italiana<sup>192</sup> revolveu acerca da superveniência de incapacidade mental a afetar o extraditando após o regular processo criminal ter iniciado no País de origem (Itália). O argumento de defesa do extraditando foi no sentido de que o STF deveria examinar a incapacidade mental então presente e, com isso, denegar a extradição, já que o tratado bilateral que permitiria tal ato não contemplara o cumprimento de medida de segurança, mas apenas de pena<sup>193</sup>. O ministro Joaquim Barbosa, relator seguido pela maioria do tribunal, entendeu que não caberia ao STF analisar a suposta incapacidade, mas sim, ao juízo da origem. Além disso, alegou que não seria possível prever o resultado do julgamento na Itália, que poderia inclusive inocular o extraditando.

---

<sup>189</sup> Por maioria e com relatoria do ministro Eros Grau, publicado no Diário de Justiça da União de 26fev10.

<sup>190</sup> HC n. 91657/SP, publicado no Diário de Justiça da União de 14mar08.

<sup>191</sup> Cita-se trecho do voto que encerra noção defendida ao longo desta dissertação: "A ideia do Estado de Direito imputa, portanto, ao Poder Judiciário, o papel de garante dos direitos fundamentais." (p. 312 dos autos). Ressalvar-se-ia, apenas, que cabe também esse papel ao Executivo e ao Legislativo, dentro das respectivas esferas de atribuições.

<sup>192</sup> Ext n. 932/República Italiana, publicada no Diário de Justiça da União de 28mar08.

<sup>193</sup> Medida de segurança é a sanção penal a ser cumprida por criminosos, no Brasil, que sofram de incapacidade mental que os torne inimputáveis. Poderá ser internação hospitalar ou tratamento ambulatorial. Eis o regramento pelo Código Penal: "Art. 96. As medidas de segurança são: I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - sujeição a tratamento ambulatorial. Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial."

Já na Extradução n. 1.008-5/República da Colômbia<sup>194</sup>, o STF acatou por maioria o voto relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que, uma vez atribuído ao extraditando o status de "refugiado"<sup>195</sup> e tendo a conduta alegadamente criminosa contornos políticos<sup>196</sup>, o pedido de extradição não poderia ser apreciado pelo STF.

#### 3.2.4.5. extradição e garantia de devido processo legal

Ao examinar a Extradução n. 986-9/República da Bolívia<sup>197</sup>, o STF por unanimidade acatou o voto relatado pelo ministro Eros Grau no sentido de que, apesar de haver certa instabilidade institucional na Bolívia - com rugas entre o Presidente da República e a Corte Constitucional locais a respeito de nomeações feitas pelo primeiro para a Suprema Corte boliviana - o Estado de Direito ali imperava, de modo que as garantias de contraditório e ampla defesa, bem como da proibição de julgamento de exceção - caracterizadoras da dignidade humana - seriam respeitadas quando do julgamento do extraditando pelo judiciário boliviano.

Contra a entrega do extraditando foi o entendimento unânime do STF ao julgar a Extradução n. 633-9/República Popular da China<sup>198</sup>, relatada pelo ministro Celso de Mello, sob o fundamento de que não haveria garantias de devido processo legal - especialmente de contraditório, ampla defesa e publicidade de julgamento - no Estado de origem. Ademais, haveria comprovação de que o processo criminal iniciado na China teria motivações políticas, posto que o extraditando teria opinião acerca da necessidade de democratização chinesa nos termos vigentes em Taiwan, de modo a permitir a reunificação da ilha com o continente. A extradição, no caso, seria incompatível com a dignidade humana a que faria jus o estrangeiro residente no Brasil.

<sup>194</sup> Ext. n. 1.008/República da Colômbia, publicada no Diário de Justiça da União de 17ago07.

<sup>195</sup> Diz a Lei n. 9.474/97, que versa sobre o Estatuto dos Refugiados: "Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio. Art. 34. A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio."

<sup>196</sup> CF/88, art. 5º: "LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;"

<sup>197</sup> Ext. n. 986/República da Bolívia, publicada no Diário de Justiça da União de 05out07.

<sup>198</sup> Ext. n. 633-9/República Popular da China, publicada no Diário de Justiça da União de 06abr01.

### 3.2.4.6. uso de algemas durante julgamento criminal e custódia

Ao julgar o *Habeas Corpus* n. 91.952-9/SP<sup>199</sup>, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade ao acatar o entendimento do relator - Ministro Marco Aurélio Mello - declarou que submeter um réu ao uso de algemas durante o julgamento pelo Tribunal do Júri implica em prejuízo à defesa. O caso versava sobre condenado por homicídio qualificado que havia permanecido algemado durante todo o julgamento. Na visão do relator, isso violaria o princípio da não-culpabilidade pois poderia incutir nos jurados a sensação de excessiva periculosidade do réu, de modo a desequilibrar o julgamento em favor da acusação. Ficou assentado pelo tribunal que o uso de algemas é excepcionalidade que deve ser justificada ante a periculosidade do réu ou o risco concreto de fuga<sup>200</sup>.

### 3.2.4.7. defesa prévia

Analisando alegação de que a ausência de defesa prévia violaria o contraditório e a ampla defesa, afrontando-se assim a dignidade humana, o STF - por maioria e nos termos do voto proferido pela relatora ministra Cármen Lúcia - decidiu no *Habeas Corpus* n. 85.779-5/RJ que tal não ocorreria quando o crime praticado por servidor público fosse exercido com violência e grave ameaça, por ser insuscetível de fiança<sup>201</sup>. Ressaltou-se que, no caso em exame, a ampla defesa fora exercitada plenamente nos autos do processo criminal originário, inexistindo qualquer fato que comprovasse afronta à dignidade humana.

<sup>199</sup> HC n. 91.952/SP, julgado em 07ago08 e publicado no Diário de Justiça da União de 19dez08.

<sup>200</sup> Releva notar que essa decisão foi um dos fundamentos do enunciado n. 11 da súmula de jurisprudência vinculante do STF, publicada o Diário de Justiça da União de 22ago08: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

<sup>201</sup> Eis os enunciados normativos pertinentes, hauridos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41): "Art. 513. Os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas. Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias. Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar. (...) Art. 516. O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação." (destacou-se)

### 3.2.5. SEGURANCA JURIDICA E DIGNIDADE MATERIAL

#### 3.2.5.1. segurança *versus* identidade genética

No Recurso Extraordinário n. 363.889/DF<sup>202</sup>, o STF analisou o confronto entre dois direitos fundamentais: o da Segurança Jurídica, cristalizado na prescrição do instituto da coisa julgada e o da intimidade, no que diz com a possibilidade de sedimentação da personalidade através do reconhecimento de paternidade. Tratou-se de repositura de ação de investigação de paternidade. Na primeira ocasião não havia sido levado a cabo o exame de DNA porque as partes não dispunham de dinheiro para pagar pela realização de tal prova, e o Estado não se dispôs a ofertar o custeio respectivo. Esse processo estaria acobertado pela garantia da coisa julgada, de modo que a questão não poderia ser objeto de novo exame jurisdicional. Ocorreu, entretanto, que o ministro relator Dias Toffoli - no que foi acompanhado pela maioria de seus pares - argumentou que deveriam ser desconsiderados eventuais óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. Além disso, declarou que o "princípio da paternidade responsável", imposto como dever pela CF/88, ver-se-ia concretizado com o reexame da matéria.

#### 3.2.5.2. segurança como projeção objetiva da dignidade humana

O STF entendeu que o cancelamento de aposentadoria ou pensão de servidor público federal, por parte do Tribunal de Contas da União e após cinco anos do ato concessório do benefício, somente poderia ter lugar mediante contraditório e ampla defesa. Nos autos do Mandado de Segurança n. 25.116/DF<sup>203</sup>, relatado pelo ministro Ayres Britto e acatado pela maioria, o STF entendeu que a Segurança Jurídica é uma projeção objetiva da dignidade da pessoa humana, de modo que, associado à lealdade que decorre da moralidade administrativa inscrita na CF/88<sup>204</sup>,

---

<sup>202</sup> RE n. 363.889/DF, publicado no Diário de Justiça da União de 16nov11.

<sup>203</sup> MS n. 25.116/DF, publicado no Diário de Justiça da União de 10fev11.

<sup>204</sup> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

um benefício previdenciário concedido a servidor público somente poderia ser cassado unilateralmente pelo Tribunal de Contas da União dentro do prazo de cinco anos a partir de sua concessão<sup>205</sup>. Ultrapassado o lustro, como no caso analisado, incidiria a estabilização da relação previdenciária a exigir processo calcado em contraditório e ampla defesa para a cassação do ato administrativo de concessão do benefício<sup>206</sup>. Assim, a fixação de termo final para o exercício de poder de revisão de ato administrativo favorável ao cidadão se coaduna perfeitamente com a Segurança Jurídica, evitando-se a eternização de situações precárias e, portanto, garantindo-se a estabilidade das relações jurídicas com o afastamento do estado de incerteza. No mesmo sentido foi a decisão unânime do STF no Mandado de Segurança n. 24.448-8/DF<sup>207</sup> e por maioria no Mandado de Segurança n. 25.403/DF<sup>208</sup>, ambos relatados pelo ministro Ayres Britto e que versavam sobre matéria idêntica: cassação de benefício previdenciário pelo Tribunal de Contas da União após o prazo de cinco anos da concessão do benefício.

### 3.2.5.3. Segurança Jurídica, ato jurídico perfeito e mudança legislativa

No Recurso Extraordinário n. 564.354/SE<sup>209</sup>, a maioria dos membros do STF acatou o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, no sentido de que as alterações dos tetos de valores de benefícios previdenciário do regime geral<sup>210</sup> operadas pelas Emendas Constitucionais n.s 20/98 e 41/03 não ofendiam o ato jurídico perfeito. A questão dizia com a aplicação dos novos e expandidos tetos aos benefícios previdenciários já concedidos quando da entrada em vigor das referidas emendas constitucionais. A lei ordinária impunha determinado limite ao pagamento de

---

moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

<sup>205</sup> O art. 54 da Lei n. 9.784/99 determina o prazo de cinco anos para que a Administração anule ato administrativo de que decorram efeitos favoráveis ao destinatário. Por analogia, o STF entendeu que a revisão dos atos administrativos concessórios de benefícios previdenciários por parte do Tribunal de Contas da União deveria ocorrer dentro do lustro iniciado com a mesmíssima concessão, de modo a evitar a eternização do procedimento.

<sup>206</sup> O STF não impediu o reexame do ato de concessão de aposentadoria; apenas afastou a possibilidade de isso ocorrer de modo unilateral, tal qual o Tribunal de Contas da União o havia feito. Assim, caberia a instrução de novo processo administrativo, onde o contraditório e a ampla defesa fossem garantidos ao interessado. Após, o recurso ao Judiciário ainda seria possível, já que o exame pela Administração Pública não afasta o *judicial review*, conforme tratado no capítulo 2.

<sup>207</sup> MS n. 24.448/DF, publicado no Diário de Justiça da União de 14nov07.

<sup>208</sup> MS n. 25.403/DF, publicado no Diário de Justiça da União de 10fev11.

<sup>209</sup> RE n. 564.354/SE, publicado no Diário de Justiça da União de 15fev11.

<sup>210</sup> Ou seja, aqueles que são mantidos e pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

benefícios, mesmo que o segurado tivesse contribuído de modo a extrapolar tal teto. O STF entendeu que os benefícios que eram pagos no valor-teto antes das emendas constitucionais citadas deveriam ser recalculados, de maneira que os que fizessem jus a acréscimos dentro dos novos limites os passassem a receber de imediato. Haveria, pois, direito imediato de recálculo e pagamento aos que recebiam em valores inferiores aos novos tetos e aos anteriores estivessem limitados. Esse entendimento não violaria o ato jurídico perfeito - no caso, o ato de concessão do benefício - nem a irretroatividade da lei, que é um consectário da Segurança Jurídica.

Em julgamento anterior, ao examinar o Recurso Extraordinário n. 415.454/SC<sup>211</sup>, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, o STF entendeu por maioria que a lei n. 9.032/95, que aumentava o percentual da renda mensal inicial das pensões por morte, não poderia ser aplicada a benefícios concedidos anteriormente a tal lei, sob pena de violação do ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, consectários da Segurança Jurídica, bem como à regra da precedência da fonte de custeio para a majoração de benefícios prevista na CF/88<sup>212</sup>. A justificativa foi no sentido de que, como o legislador não previu expressamente que a nova lei se aplicasse às pensões anteriormente concedidas, vigoraria o *tempus regit actum*, de maneira a estar plenamente consolidada a concessão da pensão nos termos anteriores à lei n. 9.032/95.

### 3.2.6. LIBERDADE DE EXPRESSAO E SEUS CONTORNOS

#### 3.2.6.1. limites da liberdade de expressão em outros direitos fundamentais

Na Ação Originária n. 1.390/PB<sup>213</sup> o STF declarou que a liberdade de expressão não é direito absoluto, eis que encontra limites na honra, na intimidade e na imagem alheios. Assim, como a conduta do réu foi no sentido de criticar o autor (Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba) sem a devida fundamentação, o direito à livre manifestação teria sido objeto de abuso por violar honra, intimidade e imagem do autor. O voto do relator ministro Dias Toffoli, que foi acatado à

<sup>211</sup> RE n. 415.454/SC, publicado no Diário de Justiça da União de 26out07.

<sup>212</sup> "Art. 195: (...)§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total."

<sup>213</sup> AO n. 1.390/PB, publicada no Diário Oficial de Justiça de 30ago11.

unanimidade pelo tribunal, destacou que o réu haveria confeccionado um organograma contendo as linhas de relação do autor com determinadas pessoas, alegando ligações políticas, parcialidade de julgamento em algumas hipóteses e interesse em fraudar eleições, divulgando tal documento na rede mundial de informações. Como os fatos propalados causaram danos à imagem do autor e sua veracidade não foi objeto de prova, não caberia a alegação do réu de haver exercido seu direito à liberdade de expressão através de meras críticas a pessoa pública. O STF entendeu adequada a manutenção da condenação do réu ao pagamento de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título indenizatório.

Em outro julgamento - o paradigmático *Habeas Corpus* n. 82.424-2/RS<sup>214</sup> - o STF declarou, por maioria, limites à liberdade de expressão no que diz com manifestações de cunho racista ao acatar o entendimento relatado pelo ministro Maurício Corrêa. O caso versou sobre publicação de vários livros que realçavam as qualidades do regime nazista hitlerista alemão (de 1933 a 1945) de cunho notadamente antissemita. O editor dos livros, Siegfried Ellwanger, condenado por crime de racismo, recorreu ao STF alegando que não se poderia configurar os judeus como raça, de modo que não poderiam estar sob a proteção da norma que criminaliza a prática de racismo<sup>215</sup>. No entender do ministro Maurício Corrêa, não se poderia falar mais em "raça" dentro da espécie humana, dado que a Genética haveria deitado por terra qualquer fundamentação científica para tal distinção. Assim, o termo "racismo" deveria ser entendido dentro de um contexto histórico-sociológico, podendo ser caracterizado como a valoração negativa de certo grupamento humano que tenha como substrato características socialmente semelhantes; assim, o antissemitismo propalado pelo nazismo seria enquadrado como racismo, na linguagem da CF/88 e, conseqüentemente, violador da dignidade da pessoa humana. O combate ao racismo teria fulcro também na promoção do valor igualdade estampado na cabeça do art. 5º da CF/88.

Por outro lado, o STF afirmou que o direito a expressar ideias de modo irrestrito dada a inexistência de censura prévia como declarado pela CF/88<sup>216</sup>, não

---

<sup>214</sup> HC n. 82.424/RS, publicado no Diário de Justiça da União de 19mar04, alcunhado de "Caso Ellwanger".

<sup>215</sup> CF/88, art. 5º: "XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;"

<sup>216</sup> CF/88, art. 5º: "IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;"

seria absoluto por encontrar limites diante dos demais direitos fundamentais, segundo dicção constitucional de que os direitos fundamentais não são autoexcludentes<sup>217</sup>. Quaisquer atos injustificadamente discriminatórios escapariam à liberdade de expressão, devendo ser feita uma ponderação entre a expressão de uns e a dignidade de outros, com evidente prevalência da segunda.

### 3.2.6.2. liberdade de imprensa

Examinando pedido<sup>218</sup> de declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), o STF declarou, por maioria e através do relato do ministro Carlos Ayres Britto, que a liberdade de imprensa é derivação necessária das liberdades de pensamento, manifestação e informação, todas densificadoras da dignidade da pessoa humana, podendo ser limitada somente pelos próprios preceitos constitucionais contidos no art. 5º<sup>219</sup>. Ademais, referiu que a Lei de Imprensa era desproporcional quanto à previsão de ressarcimento por danos causados pelos excessos cometidos pela imprensa, eis que desatendia à modicidade na indenização relativa aos bens pretensamente violados: imagem, intimidade, honra. A Lei de Imprensa foi declarada como materialmente incompatível com a CF/88, sendo imprestáveis quaisquer tentativas de conciliação hermenêutica entre os referidos diplomas jurídicos. Finalmente, declarou o STF que a liberdade de imprensa é essencial à democracia ("são irmãs siamesas"), sendo a imprensa o *locus classicus* da versão alternativa à oficial dos fatos bem como a instância natural de formação da opinião pública.

<sup>217</sup> Art. 5º: "§ 2º - 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."

<sup>218</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-7/DF, publicada no Diário de Justiça da União de 06nov09. Cumpre esclarecer que, a título de deferimento de medida cautelar solicitada pela parte autora no mesmo processo, o STF suspendeu por cento e oitenta dias a eficácia de vários artigos da Lei de Imprensa, decisão essa publicada no Diário de Justiça da União de 07nov08 e que não será comentada, apesar de constar na pesquisa efetuada, porque seus contornos justificativos foram agasalhados e ampliados no julgamento do mérito da ação.

<sup>219</sup> A saber, eis que aduzidos textualmente pelo ministro relator: "V - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

### 3.2.7. PROIBICAO DE DISCRIMINACAO COM MATIZ SEXUAL

Relatando a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ<sup>220</sup>, o relator ministro Ayres Britto enfrentou o tema da união estável homoafetiva, cujo voto foi acatado de forma unânime pelo colegiado do tribunal. Tratava-se de analisar a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da união homoafetiva como família, mesmo que tal caracterização não encontrasse lugar no texto expresso da CF/88. Havia duas normas impugnadas, segundo as entidades autoras da ação, por descompasso com a CF/88. Em primeiro lugar, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro não equiparava a união homoafetiva à heteroafetiva, de modo que os companheiros homossexuais de servidores públicos daquele Estado não fariam jus a várias prestações, *v.g.* pensão por morte, licença para acompanhamento de tratamento de saúde de cônjuge/companheiro, auxílio-funeral, assistência médica etc. De outra parte, o Código Civil indicaria que a união estável a merecer proteção estatal seria aquela entre homem e mulher<sup>221</sup>.

O STF entendeu que a liberdade sexual emana da dignidade humana, sendo concretização da autonomia individual e da intimidade e, como inexiste qualquer dispositivo em sentido contrário na CF/88, o comportamento homoafetivo deveria ter a mesma proteção estatal que a heterossexualidade. Ademais, a palavra "família" teria significado popular no texto da CF/88, a indicar necessidade de uma interpretação não-reducionista do dispositivo constitucional em exame<sup>222</sup>, perfeitamente aceitável dentro da cláusula de abertura de direitos fundamentais<sup>223</sup>. O reconhecimento constitucional da união estável entre homem e mulher como entidade familiar reverberaria em horizontalidade hierárquica na relação familiar, não significando a proibição de reconhecimento de união estável homoafetiva.

<sup>220</sup> ADPF n. 132/RJ, publicada no Diário Oficial de Justiça de 14out11. Essa decisão abrangeu também a ADI n. 4.277/DF, de modo que o julgamento encerrou ambos os casos de uma só vez e foi publicado conjuntamente.

<sup>221</sup> Lei n. 10.406/02: "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. "

<sup>222</sup> "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." (destacou-se)

<sup>223</sup> "Art. 5º: (...)§ 2º - 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." (grifou-se)

### 3.2.8. ANTERIORIDADE ELEITORAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao analisar a constitucionalidade da alcunhada "Lei da Ficha Limpa"<sup>224</sup>, o STF verificou se a imediata vigência da mesma - ou seja, a regular as eleições de 2010 - atingiria a "anterioridade eleitoral" prevista no art. 16 da CF/88<sup>225</sup>. No voto do relator do Recurso Extraordinário n. 633.703/MG<sup>226</sup>, ministro Gilmar Mendes, a anterioridade eleitoral se constitui numa garantia de exercício do direito fundamental à participação da vida política, sendo imprescindível ao devido processo eleitoral exatamente por evitar casuísmos legislativos e eleitorais. A anterioridade eleitoral garantiria também a igualdade de oportunidade de disputa de cargos eletivos ao manter a neutralidade (ou seja, evitar a interferência açodada) do Estado nas eleições, bem como teria viés contramajoritário - seria um escudo contra alterações legislativas concretizadas pela maioria parlamentar a promover o valor da democracia incrustado na CF/88. O plenário do STF acatou, por maioria, o entendimento do relator<sup>227</sup>.

Adequado advertir que o STF havia iniciado julgamento de outro processo com idêntico objeto<sup>228</sup>, mas que, dada a vacância de um dos cargos de ministro do tribunal, acabou empatado. Tratava-se de recurso de Jader Fontenele Barbalho contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral que determinava a aplicação imediata da Lei Complementar n. 135/10 às eleições de 2010. Como o resultado do julgamento restou empatado no STF, optou-se por aplicar o Regimento Interno da Corte no sentido de manutenção da decisão recorrida, *i. e.*, daquela proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral que impediu o recorrente de concorrer nas eleições de 2010. Dado que, logo após, o STF entendeu pela não-aplicabilidade da Lei

<sup>224</sup> Lei Complementar n. 135/10, que criou novas hipóteses de inelegibilidade.

<sup>225</sup> "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)"

<sup>226</sup> RE n. 633.703/MG, publicado no Diário de Justiça da União de 18nov11.

<sup>227</sup> Referida ação julgou apenas a possibilidade de aplicação da Lei Complementar n. 135/10 às eleições imediatamente subsequentes. Quanto ao conteúdo da referida lei complementar, foi objeto de julgamento pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29/DF, publicada no Diário de Justiça da União de 29jun12, tendo sido julgada constitucional, segundo voto do ministro-relator Luiz Fux acatado pela maioria do tribunal. Para o STF, o aumento das hipóteses de inelegibilidades, inclusas as referidas a condenações judiciais ainda recorríveis, não redundaria em violação ao princípio da presunção de inocência. Na mesma toada, a necessidade de retidão moral para concorrer a cargos eleitorais seria proporcional e razoável dentro da ordem constitucional brasileira, não restando violados, no caso posto, direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada, todos garantias fundamentais inscritas no art. 5º da CF/88.

<sup>228</sup> Recurso Extraordinário n. 631.102/PA, publicado no Diário Oficial de Justiça de 20jun11

Complementar n. 135/10 às eleições de 2010 (RE n. 633.703/MG, supracomentado), o recorrente ajuizou recurso de embargos de declaração que foram julgados procedentes<sup>229</sup>, permitindo que o candidato se evadisse dos efeitos da Lei da Ficha Limpa quanto às eleições de 2012.

Dentro do mesmo tema, o Recurso Extraordinário n. 630.147/DF<sup>230</sup>, manejado por Joaquim Domingos Roriz contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral que aceitou impugnação de sua candidatura às eleições de 2010 por força da lei da ficha limpa, acabou sendo julgado extinto sem exame do mérito pelo STF porque o recorrente renunciou à candidatura. O STF entendeu que, uma vez renunciando o interessado à candidatura, inexistiria pretensão resistida a ser analisada em sede recursal - ou seja, indiferente analisar o mérito da impugnação de candidatura já abandonada pelo interessado.

### 3.2.9. SAUDE

Ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.106/MG<sup>231</sup>, o STF se deparou com legislação estadual de Minas Gerais que criava direito a prestações de saúde a serem ofertadas pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (IPSEMG) aos ocupantes de cargos públicos estaduais da referida unidade da federação, mediante contribuição compulsória. O relator, ministro Eros Grau, entendeu que as prestações de saúde ofertadas pelo IPSEMG seriam equivalentes a plano complementar de saúde, de modo que somente poderiam ser cobradas dos servidores públicos que optassem por tal plano. Isso porque as prestações de saúde seriam de obrigação dos três entes federativos (União, Estados e Municípios), não se admitindo contribuição compulsória por prestações meramente suplementares às exigidas pela CF/88 em cumprimento do direito à saúde de modo universal e gratuito, a caracterizar a dignidade da pessoa humana. O julgamento foi unânime.

---

<sup>229</sup> Essa decisão foi publicada no Diário de Justiça da União de 02maio12.

<sup>230</sup> RE n. 630.147/DF, publicado no Diário de Justiça da União de 05dez11.

<sup>231</sup> ADI n. 3.106/MG, publicada no Diário de Justiça da União de 24set10.

### 3.2.10. CELERIDADE PROCESSUAL

Ao examinar a questão de uma impugnação em sede de cobrança executiva na Justiça do Trabalho, o STF declarou na Reclamação n. 5.758-5/SP<sup>232</sup>, em voto da relatora ministra Cármen Lúcia acatado pela maioria, que a celeridade na prestação da tutela jurisdicional era, no caso concreto, um imperativo da dignidade humana, já que o processo originário tramitava há mais de trinta anos e o trabalhador interessado em receber o que lhe era devido contava com mais de oitenta anos de idade. Tratava-se de recurso oposto pela União contra decisão de magistrado trabalhista que não reconhecera novo prazo para impugnação de execução de sentença. Havia uma discussão, hoje superada, acerca de uma medida provisória que dilatou o prazo de embargos à execução por parte da Fazenda Pública, de dez para trinta dias<sup>233</sup>. O STF entendeu que, enquanto não analisada a constitucionalidade desse aumento de prazo, o caso concreto deveria ser julgado como se o prazo novo estivesse plenamente em vigor, para que a garantia da jurisdição célere fosse materializada como emanção da dignidade humana.

No âmbito do processo penal, analisando excesso de prazo em prisão provisória no *Habeas Corpus* n. 85.237-8/DF<sup>234</sup>, o STF - por unanimidade de acatamento do entendimento do relator, ministro Celso de Mello - declarou que tal ocorrência violaria a dignidade humana e o devido processo legal. Para o tribunal, seria injustificável a permanência de uma pessoa na prisão, por medida processual, sem culpa formada e por prazo além do razoável. O réu estava preso há quatro anos e cinco meses, aguardando julgamento por crime hediondo, e a demora se devia à burocracia estatal. Na dicção do julgado, a dignidade humana seria princípio essencial a funcionar como vetor interpretativo - "verdadeiro valor-fonte" - da CF/88, e a celeridade processual faria parte da dignidade<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> Recl. 5758-5/SP, publicada no Diário de Justiça da União de 07ago09.

<sup>233</sup> Isso foi tema da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 11/DF, distribuída em 28nov05 e ainda pendente de julgamento. O STF determinou a manutenção do novo prazo de trinta dias em medida cautelar publicada no Diário de Justiça da União em 29jun07 e com eficácia estendida conforme decisão publicada no Diário de Justiça da União de 11dez09.

<sup>234</sup> HC n. 85.237/DF, publicado no Diário de Justiça da União de 29abr05.

<sup>235</sup> Optou-se por incluir este acórdão no tema da celeridade processual, embora também diga respeito a prisão e liberdade.

### 3.2.11. ABORIGINIDADE

No rumoroso caso da Petição n. 3.388/RR<sup>236</sup>, o STF decidiu por maioria diversas impugnações sobre a demarcação da reserva indígena conhecida como "Raposa Serra do Sol", tendo como relator o ministro Carlos Ayres Britto. O caso versava sobre a impugnação, através de ação popular<sup>237</sup>, da demarcação operada pelo Executivo Federal da reserva indígena referida, em território do Estado de Roraima. O autor da ação alegava que a demarcação efetuada causava mutilação do território do Estado, de modo a diminuir consideravelmente sua autonomia como ente federado - o mesmo ocorreria com os Municípios que faziam parte da área demarcada; a par disso, o procedimento demarcatório estaria eivado por irregularidades materiais, tais como a parcialidade do laudo antropológico e a inexistência de nativos em toda a extensão da demarcação.

O Tribunal entendeu que o procedimento administrativo demarcatório ocorrera de modo escoreito. Asseverou que os aborígenes referidos como índios fazem parte essencial da realidade político-cultural brasileira, sendo suas terras patrimônio da União e a respectiva demarcação, atribuição do Executivo Federal dentro do pacto federativo previsto pela CF/88. Essa realidade jurídica seria concreção da solidariedade ou da fraternidade expressas no texto da CF/88<sup>238</sup> de modo a regular os valores da liberdade e da igualdade.

### 3.2.12 PRISAO CIVIL

Ao julgar o *Habeas Corpus* n. 87.585-8/TO<sup>239</sup>, o STF acatou por unanimidade o voto do relator - ministro Marco Aurélio - no sentido de que a entrada em vigor do Pacto de San José de Costa Rica no Brasil extirpou do ordenamento jurídico

<sup>236</sup> Pet. n. 3.388/RR, publicada no Diário Oficial de Justiça da União de 1ºjul10.

<sup>237</sup> Como o direito à ação popular está consignado no art. 5º da CF/88, conforme visto no capítulo II, e o acórdão examinado trata de outros artigos da CF/88 que acabam por concretizar a dignidade humana dos aborígenes brasileiros, a pesquisa feita através das ferramentas no sítio do STF acusou o julgado examinado no filtro proposto. Não se trata, entretanto, de modulação da dignidade humana pelo art. 5º, como sugerido nesta pesquisa. O acórdão foi analisado, de todo modo, para que a honestidade da pesquisa não se veja atingida.

<sup>238</sup> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;"

<sup>239</sup> HC n. 87.585/TO, publicado no Diário de Justiça da União de 26jun09.

nacional a prisão civil por dívida relativa ao depositário infiel<sup>240</sup>, derrogando a legislação infraconstitucional até então vigente. Ficou assentado que a disposição constitucional correlata não seria autoaplicável, já que as hipóteses de restrição ao direito à liberdade por meio de encarceramento deveriam ter interpretação restritiva, em homenagem à dignidade da pessoa humana. Assim, um tratado internacional de direitos humanos teria valor superior à lei ordinária brasileira no que diz com a proteção da dos direitos fundamentais, devendo sempre prevalecer o diploma legal que representasse maior defesa da liberdade. O STF externou idêntico entendimento no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP<sup>241</sup>, no Recurso Extraordinário n. 349.703-1/RS<sup>242</sup>, e no *Habeas Corpus* n. 92.566-9/SP<sup>243</sup>. Finalmente, o tema foi objeto do enunciado n. 25 da súmula vinculante do STF<sup>244</sup>.

Releva notar que, em oportunidade anterior, a maioria dos componentes do STF entendera que o Pacto de San José de Costa Rica não redundaria em afastamento de prisão civil de depositário infiel, segundo o julgado no *Habeas Corpus* n. 72.131-1/RJ<sup>245</sup> relatado pelo ministro Moreira Alves. O entendimento se baseou no fato de que o pacto internacional citado não poderia restringir o mandamento constitucional a respeito de prisão civil.

### 3.2.13. VEDACAO A TORTURA

Examinando o *Habeas Corpus* n. 70.389-5/SP<sup>246</sup>, o STF acatou, por maioria, o voto do relator ministro Celso de Mello para declarar compatível com a CF/88 o

<sup>240</sup> Prevista na CF/88: "Art. 5º: (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;" Fiel depositário é pessoa que detém a guarda de um bem em decorrência de um contrato, de lei ou de designação judicial. Depositário infiel é quem não devolve o bem quando para tanto instado ou após o termo final da guarda.

<sup>241</sup> Que teve como relator o ministro Cezar Peluso, cujo voto foi acatado por unanimidade do tribunal, e foi publicado no Diário de Justiça da União de 05jun09.

<sup>242</sup> Cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, respaldado pela unanimidade do tribunal, e publicado no Diário de Justiça da União de 05jun09.

<sup>243</sup> Que teve como relator o ministro Marco Aurélio, com unanimidade de acatamento, e foi publicado no Diário de Justiça da União de 05jun09. Este acórdão não apareceu na pesquisa realizada no sítio virtual do STF, mas foi incorporado por ter sido julgado conjuntamente com os demais.

<sup>244</sup> Publicada no Diário de Justiça da União em 23dez09, com o seguinte teor: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito." Nos termos do art. 103-A da CF/88, a súmula vinculante do STF é de observância obrigatória pelos demais órgãos componentes do Judiciário e pela administração pública da União, Estados e Municípios.

<sup>245</sup> HC n. 72.131/RS, publicado no Diário de Justiça da União de 1ºago03.

<sup>246</sup> HC n. 70.389-5, julgado em 23jun94 e publicado no Diário de Justiça da União de 10ago01.

então art. 233<sup>247</sup> da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que previa como crime a conduta de submeter criança ou adolescente à tortura. A discussão girava em torno de o referido artigo ter ou não delineado os elementos configuradores do crime de tortura de modo suficiente a não violar o *nullum crimen sine previa lege* (art. 5º, XXXIX da CF/88). O texto da norma era extremamente sucinto<sup>248</sup>, de modo que o foco do debate era se a palavra "tortura" deveria ou não ser objeto de esmiuçamento por lei, de modo a tornar explícito seu significado e, desse modo, preservar a Segurança Jurídica e a liberdade. Prevaleceu o entendimento de que a descrição legal em exame estaria prevista na Convenção das Nações Unidas Contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em seu art. 1º<sup>249</sup>, de modo a não haver surpresas nem possibilidade de ignorância a respeito dos elementos constituintes do crime.

### 3.2.14. PESQUISA COM CELULAS-TRONCO

Ao analisar impugnação à Lei n. 11.105/05 que, entre outras disposições<sup>250</sup>, tratava da pesquisa com células-tronco, o STF teve que se debruçar sobre o tema do marco inicial da personalidade humana no Direito Brasileiro. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0/DF<sup>251</sup> fora proposta pelo Procurador-Geral da República, sob a alegação de que a Lei de Biossegurança contrariaria o direito à vida, eis que o embrião, mesmo congelado e *in vitro*, seria vida humana protegida pela CF/88 desde a concepção.

<sup>247</sup> Essa norma foi revogada pela Lei n. 9.455/97, que passou a prever a mesma conduta como criminosa em seu art. 1º, II e seu § 4º, II, além de tipificar o crime de tortura tendo como vítima qualquer pessoa, fato até então inexistente.

<sup>248</sup> "Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:"

<sup>249</sup> Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 04/89, e promulgada pelo Decreto n. 40/91.

<sup>250</sup> A discussão era sobre esta regra específica: "Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997."

<sup>251</sup> ADI n. 3.510/DF, publicada no Diário de Justiça da União de 29maio10.

O entendimento da maioria do STF, que acatou o voto do relator ministro Carlos Ayres Britto, foi no sentido de que a referida norma jurídica tinha por escopo a cura de moléstias e que, dado o viés fraternalista da CF/88, a intenção era a de solidarizar a saúde contra "eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza". Assim, no sopesamento de valores, a melhoria de vida daqueles atingidos por doenças que poderiam ser curadas a partir das pesquisas com células-tronco prevaleceu sobre eventuais direitos de embriões congelados *in vitro*, tendo maior peso a dignidade humana como configurada no direito à saúde. Ademais, como a CF/88 não tratou do momento em que se deve ter como iniciada a vida humana, isso caberia ao legislador ordinário, levando em consideração os diferentes estatutos de embriões, fetos e pessoas humanas. O embrião referido na Lei de Biossegurança não teria as "terminações nervosas" que o permitissem atingir o desenvolvimento de vida autônoma e "irrepetível". O embrião seria um "bem jurídico" a ser protegido, mas não uma "pessoa biográfica" como a resguardada pela CF/88. Pessoa "biográfica" seria, nas palavras do ministro relator, aquela "perceptível a olho nu", "empírica ou numericamente agregada à espécie animal-humana", "contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano"<sup>252</sup>.

Além disso, a dignidade humana estaria configurada com o respeito à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade por parte da permissão infraconstitucional da reprodução assistida, donde não se extrairia a obrigatoriedade de implantação uterina de todos os oócitos fecundados *in vitro*.

Foi afastada a alegação de que a pesquisa com células-tronco seria equiparável ao aborto, já que o embrião *in vitro* não teria sido introduzido no útero. Permanecendo *in vitro*, inexistiria teleologia para o embrião.

Por fim, a liberdade de expressão através de pesquisa, capacitação tecnológica e desenvolvimento científico previstas no art. 218 da CF/88 seria um modo de concretização da dignidade humana, especialmente porque a Lei de Biossegurança teria sido equipada com o instrumental normativo suficiente para a garantia da dignidade humana.

---

<sup>252</sup> Ou ainda, conforme destacado no texto do voto, "sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como *nativivo* para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica" (itálico do original), segundo consta na fl. 162 do documento original.

### 3.2.15. SERVIÇO MILITAR OBRIGATORIO E SALARIO-MINIMO

Examinando o Recurso Extraordinário n. 551.453-6/MG<sup>253</sup>, o STF acatou por unanimidade o entendimento do relator, ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que a garantia constitucional do pagamento de salário-mínimo<sup>254</sup> não se aplicaria aos conscritos por serviço militar obrigatório, de maneira que inexistiria violação da dignidade humana nem da igualdade por parte de legislação que permitisse o pagamento abaixo do piso referido. O cerne da questão estava na distinção, feita pela própria CF/88<sup>255</sup>, entre trabalhadores e militares que prestam o serviço inicial obrigatório: estes exerceriam múnus público sujeito a regime específico.

### 3.2.16. CUMPRIMENTO DE PENA

A lei n. 8.072/90, ao dispor sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII da CF/88, determinou que o cumprimento de pena por cometimento de tais ilícitos penais deveria ser integralmente no regime fechado<sup>256</sup>. Analisando tal dispositivo no *Habeas Corpus* n. 82.959-7/SP<sup>257</sup>, o voto relatado pelo ministro Marco Aurélio - que foi acatado pela maioria da do tribunal - foi no sentido da inconstitucionalidade da determinação da lei porque a individualização da pena prevista na CF/88<sup>258</sup> seria caracterizadora da dignidade humana. O julgamento rompeu com entendimento anterior do STF, ilustrado pela decisão da maioria no *Habeas Corpus* n. 82.638-5/SP<sup>259</sup>, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde

<sup>253</sup> RE n. 551.453/MG, publicado no Diário de Justiça da União de 27jun08.

<sup>254</sup> "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;"

<sup>255</sup> Art. 142, § 3º, *verbis*: "§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998) (...) VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)"

<sup>256</sup> Hoje vigora, por força da Lei n. 11.464/07 que alterou o § 1º do art. 2º da lei n. 8.072/90, o cumprimento *inicial* da pena em regime fechado. Os regimes de cumprimento de penas privativas de liberdade, no Brasil, são o fechado (onde o apenado permanece recolhido na instituição prisional), o aberto (onde o apenado fica recolhido somente à noite e nos dias de folga) e o semiaberto (cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar), qualquer deles devendo ser justificadamente fixado pelo Juízo da execução penal. Para exame mais detido, veja-se CUNHA (2013, p. 423-31).

<sup>257</sup> HC n. 82.959/SP, publicado no Diário de Justiça da União de 1ºset06.

<sup>258</sup> "Art. 5º (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:"

<sup>259</sup> HC n. 82.638/SP, publicado no Diário de Justiça da União de 12mar04.

ficara assentada a constitucionalidade do mesmo dispositivo legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90), em sua redação original.

Em outra decisão e analisando tema correlato, ao examinar o *Habeas Corpus* n. 77.527-3/MG<sup>260</sup>, a maioria dos ministros do STF acompanhou o voto da relatoria do ministro Moreira Alves no sentido de que, em se tratando de prisão civil prevista na CF/88, não se poderia falar em regime de progressão de cumprimento de pena, conforme previsto na legislação criminal. A prisão civil seria um meio administrativo de coerção ao réu para que pague a pensão alimentícia, de maneira que, cumprida a prestação correlata, a prisão seria imediatamente cancelada.

### 3.2.17. GRATUIDADE DE TRANSPORTE

A Associação Brasileira das Empresas de Transporte de Passageiros ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649-6/DF<sup>261</sup> contra as determinações da Lei n. 8.899/94 que concediam passe livre no transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência. No entender da associação, isso violaria a livre iniciativa, a isonomia e o direito de propriedade inscritos no texto constitucional brasileiro. Para a relatora, ministra Cármen Lúcia, no que foi seguida pela maioria de seus pares, a lei impugnada buscava fomentar a igualdade de oportunidades e possibilidade de humanização das relações sociais, de modo a dar concretização aos valores fundamentais da solidariedade e do bem-estar e, em maior medida, permitir a construção de uma sociedade fraternal, tudo segundo o preâmbulo da CF/88<sup>262</sup>. Assim, a lei nada mais fez do que dar concreção aos valores constitucionais referidos, não podendo ser tachada de inconstitucional.

---

<sup>260</sup> HC n. 77.527-3/MG, publicado no Diário de Justiça da União de 16abr04.

<sup>261</sup> ADI n. 2649/DF, publicada no Diário de Justiça da União de 17out08.

<sup>262</sup> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para 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, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

### 3.2.18. ATO JURIDICO PERFEITO

A Federação Nacional do Comércio ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.646-6/PE com o intuito de ver declarada a inconstitucionalidade de lei estadual (Lei n. 11.446/97 do Estado de Pernambuco) que obrigava os entes privados que explorassem serviços de saúde a título oneroso a uma série de prestações que não constavam nos contratos originais assinados com os clientes, de modo a violar a garantia do ato jurídico perfeito. Ademais, sustentou a autora que essa matéria somente poderia ser objeto de regulação por lei federal, nos termos da CF/88<sup>263</sup>. A medida cautelar solicitada pela parte autora, no sentido de suspender a eficácia da lei impugnada até o julgamento final da causa foi deferida por maioria do STF que aderiu ao voto proferido pelo relator, ministro Néri da Silveira, por considerar que a lei estadual efetivamente violava o ato jurídico perfeito e a competência legislativa exclusiva da União. Ao julgar o mérito, agora com a relatoria pelo ministro Gilmar Mendes por aposentadoria do relator original, a maioria do tribunal decidiu pela inconstitucionalidade formal da lei estadual, dado invadir esfera de competência da União - o tema da violação ao ato jurídico perfeito não foi examinado<sup>264</sup>.

### 3.2.19. RACISMO

Vítima de azaques verbais de conteúdo racista - proferidos por então deputado federal - apresentou queixa-crime diante do STF que foi atuada como Inquérito n. 1.458-3/RJ<sup>265</sup>. A discussão era procedimental, eis que a Procuradoria-Geral da República havia analisado o episódio e dado parecer pela inexistência de racismo, de modo que a ação penal correspondente<sup>266</sup> não seria ajuizada, mas a

---

<sup>263</sup> "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...) VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;"

<sup>264</sup> A medida cautelar teve seu julgamento publicado no Diário de Justiça da União de 04maio01; o mérito da ação foi julgado na sessão de 02ago06, sendo publicado no Diário de Justiça da União de 07dez06. O fundo da questão quanto à alegada violação a ato jurídico perfeito não foi examinado, já que a cautelar analisou apenas a aparência de juridicidade das alegações, bem como o perigo na demora da decisão final.

<sup>265</sup> Inq 1.458/RJ, publicado no Diário de Justiça da União de 19dez03.

<sup>266</sup> O sistema processual penal brasileiro prevê ações públicas, públicas condicionadas e privadas. As duas primeiras são de titularidade exclusiva do Ministério Público, enquanto as privadas cabem às vítimas. A diferenciação é feita de acordo com a repercussão social do crime que se busca punir.

vítima fazia questão de processar o deputado, nem que fosse sob o tipo penal da injúria. O STF acatou de modo unânime a posição do relator, ministro Marco Aurélio, no sentido de que a conduta racista violava diretamente a dignidade humana, de maneira que não poderia passar impune. Assim, foi aceito o processo, ainda que enquadrado como injúria, não racismo.

### 3.2.20. LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL

Ao examinar o Recurso Extraordinário n. 603.583/RS<sup>267</sup>, o STF decidiu de modo unânime, através do voto do ministro relator Marco Aurélio, que o direito ao exercício profissional previsto na CF/88<sup>268</sup> pode ser modulado pela lei ordinária, pois não se trata de direito absoluto. A questão versava sobre a necessidade de um bacharel em Direito ser aprovado no exame admissional aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil<sup>269</sup>. Na visão do recorrente, isso violaria a garantia constitucional da liberdade de exercício profissional. O STF entendeu que tal garantia configura uma das facetas da dignidade da pessoa humana, mas que o exercício de profissões que possam causar risco à coletividade que delas se serve deve observar os contornos da lei. Assim, a exigência de aprovação no Exame de Ordem atenderia ao critério da proporcionalidade por equilibrar corretamente o direito fundamental com os interesses da sociedade. Restou consignado que o fortalecimento do exercício da advocacia é essencial ao Estado Democrático de Direito, e o afastamento do Exame de Ordem teria efeito oposto.

Acatando por maioria o voto do ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão do Recurso Extraordinário n. 359.444-3/RJ<sup>270</sup>, o STF declarou constitucionalidade de lei municipal do Rio de Janeiro que transformara os "motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro" em "permissionários autônomos de veículos de aluguel". Segundo o tribunal, essa alteração permitiria que os taxistas exercessem sua profissão dentro de um mínimo de autonomia. Isso porque os motoristas auxiliares tinham apenas autorização para dirigir táxis de outras pessoas, de modo a

<sup>267</sup> RE n. 603.583/RS, publicado no Diário de Justiça da União de 25maio12.

<sup>268</sup> Art. 5º: "XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;"

<sup>269</sup> Lei n. 8.906/94: "Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: (...) IV - aprovação em Exame de Ordem;"

<sup>270</sup> RE n. 359.444/RJ, publicado no Diário de Justiça da União de 28maio04.

exercerem a atividade subalternamente ao dono do veículo e dando margem à exploração indevida do trabalho.

### 3.2.21. MORADIA

O STF, ao acatar por maioria o voto de relatoria do Ministro Cezar Peluso no Recurso Extraordinário n. 407.688-8/SP<sup>271</sup>, declarou que a penhora de bem de família<sup>272</sup> ofertado como garantia contratual não violaria o direito constitucional à moradia<sup>273</sup>; pelo contrário, a aceitação desse tipo de garantia imobiliária acabaria por fomentar o mercado locatício imobiliário do País, dando concreção maior ao direito de moradia, que não se confundiria com o direito de propriedade imobiliária. Assim, através da lei em comento, o Estado estaria concretizando o direito social à moradia.

### 3.2.22. LEI DE ANISTIA

Terminando o recorrido pelos julgamentos do STF, resta analisar a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF<sup>274</sup>, relatada pelo ministro Eros Grau cujo entendimento foi acatado pela maioria do tribunal. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil argumentou que a Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79) não haveria sido recepcionada pela CF/88, dados os contornos que o novo diploma constitucional dava aos princípios democrático, republicano e da dignidade humana. Ainda que persistisse tal lei no ordenamento jurídico, dever-lhe-ia ser dada interpretação conforme à CF/88 para excluir sua

<sup>271</sup> RE n. 407.668/SP, publicado no Diário de Justiça da União de 06out06.

<sup>272</sup> Lei n. 8.009/90, que caracteriza o bem de família: "Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. (...) Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)"

<sup>273</sup> CF/88: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)"

<sup>274</sup> ADPF n. 153/DF, publicada no Diário de Justiça da União de 06ago10.

incidência sobre crimes comuns praticados por agentes de Estado contra opositores políticos<sup>275</sup>.

Declarou o STF que todo texto normativo requer interpretação, que no direito tem caráter constitutivo: a interpretação retira a norma do texto e lhe dá os contornos adequados. A norma da anistia pretendia ser ampla e irrestrita, alcançando todos os crimes no período assinalado. Ademais, o preceito da vedação da tortura, no texto da CF/88<sup>276</sup>, não poderia alcançar uma anistia cujos efeitos se tinham exaurido (ato consumado), posto ser uma lei de medidas concretas equivalente a um ato administrativo.

O STF entendeu, também, que somente o Legislativo poderia cassar a Lei de Anistia, não cabendo tal prerrogativa ao Judiciário. Arrematando a argumentação, o relator declarou que a Emenda Constitucional n. 26, de 27nov85<sup>277</sup>, haveria reforçado o preceito da anistia e ao mesmo tempo convocado uma Assembleia Constituinte para 1ºfev87, de modo que se tratara de exercício do Poder Constituinte Originário que culminou com a edição da CF/88. A nova ordem constitucional compreenderia, além do texto da CF/88, a norma originária que lhe deu origem, passando a anistia a fazer parte de Direito Constitucional em vigor no Brasil.

---

<sup>275</sup> Especificamente a seguinte disposição: "Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política."

<sup>276</sup> Art. 5º: "XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;"

<sup>277</sup> *Verbis*: "Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. (...) Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. § 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais. § 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no 'caput' deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979."

## 4 - COTEJO DO CONCEITO PROPOSTO PARA A DIGNIDADE HUMANA COM AQUELE ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Delineados os conceitos de pessoa (capítulo 1) e dignidade humana (capítulo 2), bem como analisado o entendimento do STF a respeito desses temas (capítulo 3), é o momento de extrair algumas conclusões acerca da correção da proposta desta pesquisa dentro da prática jurídica do STF. Entretanto, cabe previamente fixar conteúdo à noção de Segurança Jurídica, tratar da "proibição de retrocesso" e da "reserva do possível", analisar a possibilidade de resolução de conflitos entre normas constitucionais e afastar a utilização dos critérios de ponderação e sopesamento. Ultrapassadas essas etapas, as conclusões poderão ser traçadas.

### 4.1. A SEGURANÇA JURIDICA

Para caracterizar a Segurança Jurídica, bastante adequada a resenha de Vigo (2010, p. 268-71) acerca das abordagens do tema por parte dos jusfilósofos. Em primeiro lugar, existe a postura do ceticismo absoluto que prega a inexistência de tal postulado ou, pelo menos, na sua inadequação ao aparato Estatal. Por outro lado, há a tese de que a Segurança Jurídica é o valor principal no Estado, significando ordem e paz inerentes à própria finalidade dele. Uma terceira posição trata a Segurança Jurídica como valor autônomo, mas em pé de igualdade com o valor da Justiça. Divergindo, há os que a entendem como valor indiscernível à Justiça, sendo ambas a mesma coisa e, finalmente, existem os que entendem a Segurança Jurídica como valor adjetivo à Justiça, porém necessário a ela para tornar o conteúdo da Justiça - liberdade e igualdade - previsível. Essas ideias permitiriam amplo desenvolvimento e debate, fugindo ao tópico que é o de caracterizar a Segurança Jurídica, demonstrando que a mesma está presente no rol de direitos e garantias fundamentais objeto de investigação do capítulo 2 e, desse modo, faz parte da caracterização da dignidade da pessoa humana.

Pode-se definir a Segurança Jurídica como o rol de condutas levadas em conta pelo Estado como uma das maneiras de concretizar a dignidade humana, e, conseqüentemente, a Justiça como valor que permeia a CF/88. A Segurança Jurídica é imprescindível para a vida humana em sociedade ao prevenir e resolver conflitos; seus traços característicos são:

a) determinação prévia e geral dos direitos e deveres dos cidadãos. Isso nada mais é do que o valor da legalidade enunciado na CF/88, e especializado para albergar a anterioridade penal<sup>278</sup>;

b) publicização e difusão das normas jurídicas, tornando seus conteúdos permanentemente acessíveis. Aqui está compreendida também a inteligibilidade linguística e estrutural das normas jurídicas, para que possam ser compreendidas pela cidadania. Esse valor não está expresso no rol do art. 5º da CF/88, mas se trata de uma metanorma, conforme *infra*, sem a qual não se pode conceber um sistema jurídico constitucionalizado como coerente e impositivo;

c) estabilidade das disposições jurídicas (incluindo aqui as decisões judiciais), com suas modificações e/ou substituições ocorrendo apenas nas hipóteses de necessidade social (mudança de paradigma cultural). A variabilidade do conteúdo do Direito dificulta o conhecimento e a compreensão do mesmo pelos cidadãos; mas não se pode olvidar de que há contínua necessidade de alteração de leis e regulamentos, seja criando, extinguindo ou modificando enunciados normativos a partir das necessidades sociais e do reconhecimento dos valores abraçados pela comunidade. A questão da estabilidade das normas jurídicas está prevista como direito fundamental<sup>279</sup>, embora a literalidade do enunciado normativo permita a interpretação de que essa estabilidade poderia ser contornada por decisão judicial. A rigor, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido modulariam uma decisão judicial que os reconhecesse como existentes em dado caso, de modo a constituir garantia material e procedimental de dignidade humana. Seria possível discutir os lindes conceituais das três, mas a lei<sup>280</sup> o faz de modo expresso e nos

<sup>278</sup> "Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;"

<sup>279</sup> "Art. 5º (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"

<sup>280</sup> A alcunhada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei n. 4.657/42, em seu artigo 6º: "Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957) § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957) § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957) § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)". Esse diploma normativo, com força de lei ordinária, pretende metanormatizar o Direito fazendo referências expressas aos imperativos lógicos da lei posterior revogar a anterior (art. 2º, § 1º), da lei especial revogar a genérica (art. 2º, § 2º), de que o desconhecimento da lei não exime ninguém (art. 3º). Conforme adiante referido, esses enunciados são *conditio sine qua non* lógica para que um sistema de Direito possa funcionar com um mínimo de coerência; entretanto, ainda que se os

seguintes termos: 1) ato jurídico perfeito é aquele consumado segundo a lei vigente ao tempo em que tal ocorreu (a consumação); 2) direito adquirido é aquele que preencheu os requisitos legais para seu gozo, restando apenas ao alvitre do titular o momento de o concretizar; e 3) coisa julgada é a decisão judicial de que não caiba recurso<sup>281</sup>. Essas garantias procedimentais e materiais protegem o cidadão contra os sabores políticos do momento, resguardando situações perfectibilizadas do ponto de vista jurídico: seria o reconhecimento de fatos jurídicos imutáveis;

d) resolução de conflitos por juízes (terceiros imparciais) previamente designados e com reconhecimento do instituto da coisa julgada. A coisa julgada tem previsão legal no Direito Brasileiro; quanto à inafastabilidade da revisão judicial, a mesma está expressa na CF/88<sup>282</sup> e foi examinada no capítulo 2;

e) desburocratização de acesso ao Judiciário, com procedimentos de baixo custo e duração razoável do processo, com prazos determinados em lei para cada fase processual, de modo a ser contornada a morosidade<sup>283</sup>. A gratuidade de acesso ao Judiciário, aos que dela necessitarem, consta no rol dos direitos fundamentais, bem como a celeridade processual<sup>284</sup>. Esses valores devem ser esmiuçados por

---

quisesse enunciar formalmente, o local adequado a tanto seria a CF/88, não mera lei ordinária que pode ser revogada por maioria parlamentar simples.

<sup>281</sup> Cabe esclarecer que o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73) prevê a revisão da coisa julgada em até dois anos, nas seguintes hipóteses: "Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa; § 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. § 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.(...) Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão." Fica claro que a parte interessada dispõe de dois anos para rediscutir a questão, acaso tenha sido prejudicada por erro judiciário.

<sup>282</sup> "Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

<sup>283</sup> Pertinentemente a procedimentos simplificados, a CF/88 os prevê, mas não dentro do rol de direitos fundamentais - a previsão de julgados especiais está no art. 98. Nem sempre um processo simplificado e célere garante o contraditório e a ampla defesa, valores resguardados como fundamentais pelo texto constitucional brasileiro.

<sup>284</sup> "Art. 5º (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (...) LXXVII - são gratuitas as ações de 'habeas-corpus' e 'habeas-data', e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania; LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)"

regras adrede delineadas e levando em consideração o volume de processos enfrentados pelo Judiciário, a quantidade de juízes, varas e tribunais etc.;

f) ampla oportunidade para cada litigante defender suas opiniões e pontos de vista acerca do direito em discussão, para que o juiz possa decidir do modo mais adequado e eficaz e produza argumentos convincentes aos litigantes. Essa previsão encontra guarida expressa no art. 5º da CF/88<sup>285</sup>;

g) ampla justificação das normas jurídicas (decisões judiciais que as explicitam inclusas) para que os cidadãos as compreendam e as tenham como aceitáveis. Daí adviria o formalismo no processo de criação, revogação e modificação das normas jurídicas, como exigência da publicidade e do controle pela cidadania do processo legislativo e judicial. Esses valores redundam em ampla eficácia das normas jurídicas, devendo haver congruência entre as prescrições normativas e a vontade da cidadania. Essa congruência também permite o reconhecimento da força coercitiva atribuída ao Estado para o cumprimento das normas jurídicas, bem como a legitimidade democrática no exercício do poder estatal, reverberando em aceitação dessas normas pela cidadania. Isso é albergado pela norma que refere que o Poder emana do Povo. A esse enunciado a CF/88 deu destaque como "princípio fundamental"<sup>286</sup>;

h) igualdade formal perante o Direito. Esse valor está enunciado na cabeça do art. 5º da CF/88: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)"

---

<sup>285</sup> "Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;"

<sup>286</sup> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." O processo legislativo e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais não constam no rol do art. 5º da CF/88, mas estão previstos nos art.s 59 e 93, IX da Constituição. Especificamente quanto ao Legislativo, considerando que seus membros são periodicamente eleitos, o controle social da atividade deles é feito pelos eleitores, garantindo - pelo menos formalmente - a legitimidade aos parlamentares eleitos. O Judiciário não espelha qualquer legitimidade, a não ser remotamente e no que toca aos membros escolhidos para os tribunais - que são selecionados entre listas pelos próprios magistrados e submetidos à escolha do detentor do cargo de Chefe do Executivo respectivo (Presidente da República ou Governador de Estado). A escolha de ministros do STF é mais singela: o Presidente da República indica brasileiro com pelo menos trinta e cinco anos de idade e de notável saber jurídico e reputação ilibada, que será sabatinado e referendado (ou não) pelo Senado. Em teoria política seria o contrapeso do Executivo e do Legislativo ao Judiciário.

i) capacidade suficiente de respostas por parte do Direito, significando o equilíbrio entre princípios e regras com vistas ao preenchimento de eventuais lacunas. Isso redundará em uma noção sistêmica do Direito, de modo a tornar as normas jurídicas (inclusive as decisões judiciais) coerentes entre si. Essa capacidade de respostas fica limitada, quanto à imediatidade, pelo necessário debate parlamentar que uma democracia pluralística pressupõe. Ao analisar um projeto de lei, espera-se que o Legislativo leve em consideração todos os valores e interesses afetados, bem como a dignidade humana conforme posta pela CF/88. À primeira vista, não estaria previsto no catálogo do art. 5º da CF/88, decorrendo dos valores da democracia e da representatividade insculpidos no art. 1º da CF/88.

Fica claro da exposição que a CF/88 permite um grau concreto de Segurança Jurídica procedimental, sendo que o conteúdo material dela se encontra nas disposições do art. 5º estudadas no capítulo II. A esse conjunto de valores se pode alinhar Segurança Jurídica, a garantir a dignidade da pessoa humana no Brasil. É possível, portanto, a extração de um conceito de Segurança Jurídica a partir dos valores elencados como concretizadores da dignidade humana, ficando claro que o valor da Segurança Jurídica é uma faceta da dignidade humana.

#### 4.2. A PROIBICAO DE RETROCESSO E A RESERVA DO POSSIVEL

Conforme os julgados descritos no capítulo 3 e a resenha de Wang (2008), o STF se utiliza dos institutos da "proibição de retrocesso" e da "reserva do possível". Cabe expor os mesmos à reflexão crítica para determinar se são ou não adequados à interpretação e à aplicação das normas constitucionais brasileiras.

A proibição de retrocesso é a noção de que o catálogo de direitos fundamentais constitucionais somente pode ser aumentado, nunca restringido. Traz imbricada em si a ideia de progresso social perene. Algumas definições retiradas da literatura respectiva ilustrarão o ponto. Segundo Barcellos, a CF/88 quer que os direitos fundamentais sejam constitucionalmente ampliados, nos termos do art. 5º, § 2º<sup>287</sup>. Não se pode diminuir ou restringir a eficácia dos direitos fundamentais, por

---

<sup>287</sup> Art. 5º, § 2º da CF/88: "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."

força da vedação de retrocesso<sup>288</sup>. No entender de Barroso, vedação de retrocesso significa que a eficácia dos princípios acerca dos direitos fundamentais deve ser progressivamente ampliada, de acordo com o § 2º do art. 5º da CF/88<sup>289</sup>. Para Sarlet, a supressão ou restrição legislativa de prestação social previamente concretizada é inconstitucional por violar o princípio da proibição de retrocesso<sup>290</sup>.

Para o STF, conforme visto no acórdão do afastamento da prisão civil por depositário infiel, o argumento da proibição de retrocesso no sentido da contínua expansão dos direitos fundamentais se embasa no § 2º do art. 5º da CF/88; entretanto, no caso Ellwanger, o mesmo Tribunal entendeu que esse enunciado jurídico seria a norma a declarar os limites dos direitos fundamentais impostos uns sobre os outros - ou seja, não seriam absolutos porque encontrariam limites externos e recíprocos. A contradição argumentativa é evidente porque o mesmo enunciado normativo impõe e levanta limites.

A erradicação da pobreza e a redução das desigualdades materiais<sup>291</sup>, apesar de ser um objetivo expresso da Ordem Jurídica Brasileira<sup>292</sup>, não pode ser interpretada a partir da equivocada premissa de que os recursos financeiros estatais são ilimitados. Há estrangulamentos orçamentários, mesmo em ocasiões de *boom* da atividade econômica<sup>293</sup>. E nos momentos de diminuição significativa da circulação de riqueza, a imprevisibilidade no cumprimento das normas de direitos fundamentais

<sup>288</sup> BARCELLOS (2011, p. 85-93).

<sup>289</sup> Textualmente: "Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar." (BARROSO, 2013, p. 173).

<sup>290</sup> SARLET (2011a, p. 146 e 2011b, p. 446-7).

<sup>291</sup> Vejam-se os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística para o ano de 2012, onde consta que os 20% brasileiros mais ricos têm renda média pouco acima de dezesseis vezes a dos 20% mais pobres. A renda média dos 20% mais ricos equivale a 04,83 salários-mínimos, enquanto que a dos mais pobres, 0,29 salário-mínimo (disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62715.pdf>, acessado em 02set13). Segundo dados de 2009 do Banco Mundial, os 10% mais ricos do Brasil detinham 42,9% do total da renda nacional (disponível em <http://data.worldbank.org/indicador/SI.DST.10TH.10>, acessado em 02set13), enquanto os 10% mais pobres, no mesmo ano, tinham posse de 0,8% dessa renda (disponível em <http://data.worldbank.org/indicador/SI.DST.FRST.10/countries>, acessado em 02set13).

<sup>292</sup> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

<sup>293</sup> Vide as análises dos limites financeiros ao Direito provocados pela crise econômica que aflige a Europa desde 2008 efetuadas por SCHUARTZ (2009), FARIA (2009), VIANA (2009) e CUNHA (2009), além das clássicas obras acerca dos custos de manutenção de um aparato estatal com vistas à garantia de direitos de HOLMES e SUNSTEIN (1999) e AMARAL (2010).

se torna concreta<sup>294</sup>. A redução das desigualdades pode ser alcançada com a redistribuição da riqueza, não com a pretensão de crescimento ilimitado da mesma.

Por outro lado, pensar que a CF/88 não tem um conteúdo mínimo e impositivo de dignidade humana é tornar seu art. 60 (que trata das cláusulas pétreas e do procedimento para alteração do texto constitucional) letra morta. Além disso, não se pode engessar o direito de as futuras gerações de brasileiros alterarem suas perspectivas no que diz com dignidade humana (pode ser que não se preocupem mais com desporto, meio-ambiente, senectude etc.).

A enunciação da proibição de retrocesso não encontra guarida no texto da Constituição, nem poderia ser implicitamente extraída dele exatamente pela limitação física de recursos materiais. A ser mantido o atual entendimento jurisprudencial, poder-se-ia enfrentar momentos de crise institucional quando não fosse possível - financeiramente - manter determinada política pública (incentivo ao desporto, por exemplo); tornar-se-ia necessária a redação de uma nova Constituição com restrição de direitos ou que se passasse a desrespeitar o texto da atual. Uma crise de legitimidade poderia ser provocada, em determinadas circunstâncias, acaso mantida a ideia da proibição de retrocesso, podendo ser acompanhada de instabilidade política e social.

A par da proibição de retrocesso, o STF passou mais recentemente a acatar a tese da "reserva do possível"<sup>295</sup>, que significa o reconhecimento dos volumes financeiros estatais como faticamente limitados e, portanto, a exigir a opção das prioridades a cada momento<sup>296</sup>. A título de exemplo, o tribunal - por maioria de votos

---

<sup>294</sup> SCHUARTZ (2009), *verbis*: "Seu impacto [da crise financeira mundial irrompida em 2008] esperado, conforme antecipado, é justamente o de solapar a nossa confiança nas pretensões de conhecimento que acompanham prognoses mais ambiciosas, tanto pessimistas quanto otimistas. A crise nos recorda da imprevisibilidade de eventos futuros que se interpõem entre a realidade e nossos planos de ação." (p. 363) e mais adiante "O conhecimento do desconhecimento dos limites do politicamente factível remete, juridicamente, ao caráter indeterminado do conteúdo semântico das normas instituidoras de direitos fundamentais, tornando explícito que as suas posituação e implementação têm consequências incertas." p. 372).

<sup>295</sup> Uma clara formulação dessa tese é encontrada em MARMELSTEIN (2013, p. 320): "(...) os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível."

<sup>296</sup> Veja-se o levantamento de dados jurisprudenciais efetuados por WANG (2008), onde fica clara a incongruência da jurisprudência do STF no que diz com a concretização de direitos fundamentais e a colisão dos mesmos e as possibilidades econômicas do Estado. Isso ocorre, notadamente, nos processos judiciais que envolvam prestações de saúde e educação. Em um primeiro momento, o STF interpretava os direitos sociais como ilimitados - independentemente das contingências materiais da ação estatal. Entretanto, os administradores públicos deixaram claro que a execução do orçamento estatal já estava, em larga medida, comprometida com dotações mínimas legalmente vinculantes para as áreas de saúde, saneamento, pessoal, dívida pública etc.

- declarou a aplicabilidade do critério da proporcionalidade diante do conflito entre as determinações constitucionais da obrigatoriedade de pagamento dos precatórios e aquelas que constroem o orçamento público às prestações de saúde e educação<sup>297</sup>. Assim, comprovado que o administrador público estava constroído por lei a pagamentos específicos, não se poderia exigir de imediato todo e qualquer dispositivo constitucional que previsse alguma prestação de bem-estar social. Essa guinada interpretativa do STF expõe a imperiosidade de equilibrar os direitos com as possibilidades fáticas do orçamento estatal. Esse equilíbrio fere de morte a teoria de que os direitos fundamentais devam progredir *ad infinitum* e de modo irrestrito. A incompatibilidade das ideias de progressão infinita com limitação fática é evidente.

As limitações fáticas das prestações estatais corroboram a tese de que os direitos fundamentais são limitados externamente por seus pares. Assim, quando da análise judicial acerca de determinado direito fundamental, o STF deve levar em consideração os demais direitos fundamentais que dão conteúdo mínimo à dignidade humana (segundo o capítulo 2). A única maneira de se poder conjugar a Segurança Jurídica com a perenidade que se espera da Constituição é permitir que apenas os direitos elencados no art. 5º sejam considerados imutáveis - os demais podem ser alterados, suprimidos ou aumentados, de acordo com a vontade da cidadania e as possibilidades fáticas de provimento pelo Estado<sup>298</sup>.

#### 4.3. OS CONFLITOS NORMATIVOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Qualquer sistema jurídico que se queira seguro - no que se refere à efetividade dos direitos fundamentais - tem que prever um procedimento para resolver eventuais e inescapáveis conflitos entre normas. Antes de examinar as propostas feitas pelos estudiosos do Direito, imprescindível tratar das metanormas. Existem alguns enunciados lógicos que encerram o que se pode chamar de metanormas: imperativos à aplicação e à interpretação das normas jurídicas independentemente de estarem ou não previstos pelo Direito - eles seriam

<sup>297</sup> Intervenção Federal n. 2.915-5/SP, relator ministro Gilmar Mendes, publicada no Diário de Justiça da União de 28nov03. O caso versava sobre pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo por falta de pagamento de precatório. O STF entendeu que havia justificativa para o atraso no pagamento e indeferiu a medida interventiva.

<sup>298</sup> Essas alterações de direitos fundamentais têm que observar o processo de emenda à Constituição, redundando em análise mais demorada (são dois turnos de votação em cada casa legislativa) e maioria qualificada (três quintos dos votos dos senadores e deputados).

pressuposições necessárias. As metanormas do Direito são: a) as normas jurídicas devem ser tornadas públicas, para que não se alegue a ignorância das mesmas como pretexto a se evadir da incidência delas; b) a norma jurídica posterior revoga a anterior, desde que ambas tratem da mesma matéria; c) a norma jurídica especializada revoga a genérica no que esta for incompatível com aquela. Esses três enunciados são válidos para todo e qualquer sistema jurídico, pois sem eles não se sustentaria, do ponto de vista lógico-argumentativo, qualquer ordem jurídica.

No que tange a uma Constituição, além dessas metanormas existem as seguintes diretivas sem as quais um sistema constitucional seria ineficaz perante sua legislação infraconstitucional: a) supremacia da Constituição - as normas constitucionais são superiores às demais, sendo que estas retiram sua validade daquelas; e b) unidade da Constituição - como inexistente hierarquia entre as normas constitucionais originárias<sup>299</sup>, a Constituição deve ser interpretada como um sistema normativo equilibrado e harmônico, sem conflitos internos.

Tendo em consideração essas metanormas, é possível adentrar o tema da interpretação das normas constitucionais veiculadoras de direitos e garantias fundamentais. Posto o extenso rol de direitos e garantias individuais - materiais e procedimentais - previsto no art. 5º da CF/88 a caracterizar a dignidade humana, cabe tratar dos lindes interpretativos que não são traçados pela CF/88, mas emanam da exequibilidade dos mesmos enunciados normativos perante o Estado e os demais cidadãos.

Em primeiro lugar, tais direitos e garantias não são absolutos. Seria incoerente pensar assim, dado que um eventual "choque" de direitos teria que ser resolvido pela lei lógica do terceiro excluído. Do mesmo modo, inexistente hierarquia entre os valores enunciados pelo art. 5º - sendo esse o motivo pelo qual, no momento de sua concretização, surgem conflitos. Se um fosse superior aos demais, o conflito seria impossível. Como enunciados de valores que os direitos fundamentais são, não poderiam incidir de modo categórico a excluir uns aos outros. Trata-se de conjunto de valores que devem coexistir de modo harmônico.

Em segundo lugar, a CF/88 declara em alguns momentos que o exercício de tal direito será "nos termos da lei"; noutras oportunidades, a condicional não

---

<sup>299</sup> Originárias são as disposições que estão no texto constitucional quando de sua promulgação e publicação. As emendas constitucionais podem, eventualmente, ser consideradas inconstitucionais quanto à forma ou quanto ao conteúdo.

aparece. Essa diferenciação não pode ser considerada como critério de interpretação da efetividade dos direitos previstos no art. 5º, por dúplice razão: primeiro porque o § 1º desse artigo<sup>300</sup> refere que esses direitos e garantias são imediatamente aplicáveis; segundo porque todos os enunciados normativos necessitam de interpretação para que deles se extraiam as respectivas normas jurídicas. Veja-se o caso de prisão ilegal que será imediatamente relaxada pelo Judiciário. Ao mesmo tempo em que tal noção parece singela, ela necessita de todo um arcabouço legislativo que declare quais são as hipóteses legais de prisão e, portanto, como funciona um processo penal. Ou, por sua vez, a garantia do direito à herança, que é enunciado oposto ao confisco de bens por parte do Estado enquanto houver sucessores naturais ou designados pelo falecido. Também aqui há necessidade de regulamentação do direito: mesmo que qualquer pessoa possa dizer o que seja uma "herança", imprescindível que a lei exponha como a mesma é dividida entre vários sucessores, como se transmite a propriedade da mesma etc.

Não é, então, pela simples falta de referência à fórmula "nos termos da lei" que se pode presumir que o direito seja plenamente exercível, mesmo diante da cláusula de exequibilidade imediata do § 1º do art. 5º. Há necessidade de intervenção do Estado para que os direitos sejam concretizados e resguardados, e um Estado de Direito - como preconiza a CF/88 ser o Brasil - necessita de procedimentos formalmente delineados para atuar<sup>301</sup>.

Em terceiro lugar, deve-se considerar a necessária modulação de tais direitos e garantias pela cabeça do art. 5º e por seus parágrafos. Tais valores não podem ser totalmente concretizados sob pena de esvaziamento dos demais expressos pelo catálogos de direitos fundamentais constitucionais - há possibilidade de, por vezes, a concretização desses valores através de leis ser mutuamente excludente ou inconciliável, de modo a tornar a regra inconstitucional.

Em quarto lugar, dada a literalidade da CF/88, não cabe discernir entre valores e princípios. O tema foi tratado, mas vale ser brevemente revisitado. Os direitos fundamentais sempre serão valores enunciados por meio de normas, estas

<sup>300</sup> "§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

<sup>301</sup> Sabe-se que, com o advento de uma nova Constituição, a legislação que lhe é anterior deveria perder a eficácia; porém, isso criaria um óbice intransponível à atuação estatal, já que o novel Legislativo teria que regulamentar absolutamente todo o arcabouço de leis de modo quase que instantâneo. Por isso é que se presume que a legislação anterior à nova Constituição continua em vigor, desde que com ela compatível. É o caso de grande parte do Código Penal, da legislação tributária (essa mantida em vigor pela própria CF/88) etc. A esse instituto se chama "recepção" da legislação anterior pela nova Constituição.

sendo regras ou princípios. Há robusta corrente filosófica que separa valores e princípios, enfatizando que os primeiros seriam objeto de uma teoria de valores e os segundos, de uma teoria normativa<sup>302</sup>. Ocorre que essa teoria filosófica não é escrita tendo em vista a CF/88. A inadequação da mera importação dessas teorias fica evidente quando se discute a vedação à tortura: isso significa tanto um juízo valorativo ("tortura é ruim") como um normativo ("é proibido torturar"). Do mesmo modo poderiam ser analisados os demais direitos e garantias descritos no capítulo 2. Não parece adequado tratar os direitos fundamentais de outro modo além deste: são valores enunciados pelo texto do art. 5º da CF/88, mutuamente limitados.

Feitas as observações preliminares, passa-se ao exame do assunto dos limites dos direitos fundamentais. Há duas vertentes teóricas quanto ao tema: internas e externas<sup>303</sup>: 1) as teorias internas pressupõem a impossibilidade de delimitação de um direito fundamental por outro, eis que o conteúdo de cada um é fixado de antemão. Como são pré-definidos, os direitos fundamentais são regras, dado não serem garantias *prima facie*. Existem duas correntes dentro das teorias internas: a) a dos limites imanentes, que aduz que os lindes dos direitos fundamentais são determinados pelo próprio texto constitucional; e b) a teoria institucional, que pressupõe que o Direito cria a liberdade e, conseqüentemente, os direitos fundamentais são instituídos pela atividade estatal. Assim, um direito é elaborado com suas delimitações institucionais; 2) as teorias externas apregoam que os direitos são diferentes ou destacados de suas respectivas restrições, posto que elas existem quanto ao exercício daqueles, não quanto a seus conteúdos. Essas restrições ocorrem por meio de regras ou princípios.

A partir do texto da CF/88 fica clara a opção dos limites externos aos direitos fundamentais: o alcance de um é limitado pelo dos outros, segundo inclusive decisão do STF descrita no capítulo 3 que localiza essa limitação no texto do § 2º do art. 5º da CF/88. Somente no exame de um caso concreto é que se pode verificar até que ponto determinada descrição legal de um direito fundamental limita os demais. A fixação de antemão desse limites, segundo as teorias de limitação interna, poderia redundar no valor absoluto dos direitos fundamentais, tese que não poderia

---

<sup>302</sup> Entre outros, RAZ (1999, p. 11-3) e ALEXY (2008, p. 145-7). Obviamente que nenhum deles analisa valores e princípios a partir do texto da CF/88.

<sup>303</sup> Aqui se adota a lição de SILVA (2009, p. 126-43).

logicamente ser defendida a partir da CF/88, dada a metanorma da integridade constitucional.

Examinando a matéria dos conflitos entre os direitos fundamentais sob prisma diverso, Barroso<sup>304</sup> afirma que há princípios que regulam a interpretação que são instrumentais, i. é, que constituem premissas à atividade de interpretação constitucional. São eles: a) o da supremacia da Constituição - as normas constitucionais são superiores às demais; b) o da presunção de constitucionalidade de leis e atos estatais - oriunda da vinculação do Estado à Constituição; c) o da interpretação conforme a Constituição - entre várias possibilidades, a norma jurídica deve ser interpretada de modo que ela se torne compatível com a Constituição; d) o da unidade da Constituição - como inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, a Constituição deve ser interpretada como um sistema normativo equilibrado e harmônico, sem conflitos internos; e) o da razoabilidade ou proporcionalidade - que pressupõe adequação entre fim perseguido e meio empregado pelo Estado, necessidade da medida adotada e inexistência de meio alternativo menos gravoso (a concretização do fim perseguido é maior/melhor do que eventuais restrições correlatas a direitos); f) o da efetividade - os valores tutelados pelas normas constitucionais devem ser concretizados ao máximo em havendo interpretações alternativas.

Releva notar que a lição de Barroso mistura postulados de interpretação das normas constitucionais com diretrizes para a interpretação das normas infraconstitucionais, além de tratar a todos como princípios. Essa mescla acaba por deixar exposta à crítica a teorização barrosiana tanto quanto à inadequação de uma teorização acerca de princípios/regras ao modo alexyano para a CF/88 (tratada no capítulo 2), como porque ignora a necessidade de metanormas como pressupostos lógicos e inconfundíveis com as normas constitucionais. Os limites interpretativos dos direitos fundamentais que caracterizam a dignidade humana são os próprios direitos coirmãos. Essa premissa parece suficiente para conferir segurança quando da análise de conflitos entre valores constitucionais. Entretanto, falta um método para tanto que leve em consideração os direitos fundamentais como valores. Os mais difundidos hodiernamente são os critérios da "proporcionalidade" e da "ponderação".

---

<sup>304</sup> BARROSO (2013, p. 164-9).

A proporcionalidade é entendida como uma metanorma porque determina a aplicação de outras normas<sup>305</sup>. Sua conceituação atual deriva da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Convém levar em conta que se trata de adaptação da teoria constitucional alemã, dado inexistir referência escrita à proporcionalidade na CF/88. Mas é profusamente adotada por operadores do Direito no Brasil, inclusive pelo STF, conforme as decisões descritas no capítulo 3. A proporcionalidade é aplicada em três etapas<sup>306</sup>: 1) a da adequação, significando que uma intervenção num direito fundamental deve constituir numa medida apropriada ao fomento da realização desse ou doutro direito; 2) a da necessidade, significando a adoção da medida mais eficiente ou menos gravosa na concretização de um direito fundamental; e 3) a da proporcionalidade em sentido estrito, que significa evitar que a limitação de um direito fundamental, para a concreção de outro, não ocorra além do absolutamente justificável.

Barroso trata a proporcionalidade como princípio, e a define também em três etapas que pressupõem adequação entre fim perseguido e meio empregado pelo Estado, necessidade da medida adotada e inexistência de meio alternativo menos gravoso (a concretização do fim perseguido é maior/melhor do que eventuais restrições correlatas a direitos)<sup>307</sup>. O rito da proporcionalidade não apresenta diferenças entre as postulações de Barroso e Silva, e se trata de critério consagrado tanto pelos estudiosos<sup>308</sup> como pela jurisprudência.

Cabíveis, porém, duas observações. Em primeiro lugar, a proporcionalidade não é princípio nem metanorma porque não está "escrita" em parte alguma do texto constitucional nem pode ser tida como antecedente lógico e necessário na interpretação do Direito Brasileiro. É um roteiro que pode ser utilizado pelo intérprete, desde que devidamente fundamentado esse uso. Em segundo lugar, a proporcionalidade é bastante apropriada para a análise da adequação de uma norma infraconstitucional (lei ou ato administrativo) aos mandamentos da CF/88, mas não resolve o problema do conflito entre as normas constitucionais. Os direitos fundamentais não são restringíveis de antemão nem de modo absoluto: exigem

---

<sup>305</sup> Nesse sentido, embora usando o termo "metarregra", SILVA (2009, p. 169).

<sup>306</sup> Segundo SILVA (2009, p. 169-76). Esse autor opta pela "maior eficiência" sobre a "menor gravidade", embora simplesmente troque "menos gravoso" por "menor intensidade de limitação" do outro direito fundamental em disputa.

<sup>307</sup> BARROSO (2013, p. 164-9).

<sup>308</sup> Segundo GUERRA FILHO (2008, p. 71 e ss.) o critério, mesmo oriundo do Direito Constitucional Alemão e sem previsão expressa na CF/88, pode ser depreendido do texto constitucional brasileiro porque se trata de norma "pressuposta" pelo Sistema Constitucional do Brasil.

sopesamento entre si e justificação em sua delimitação em cada caso concreto<sup>309</sup>, sob pena de o Estado se tornar arbitrário e deixar de reconhecer um direito por entender que o mesmo não se estende a determinada esfera prática<sup>310</sup>.

Importa ressaltar que toda e qualquer norma de direito fundamental requererá uma intervenção estatal que lhe confira efetividade<sup>311</sup>. A aplicação da proporcionalidade pressupõe a aplicação (caso concreto) de uma regra que promova um direito fundamental e concomitantemente restrinja outro. Sua aplicação ocorreria sempre na esfera infraconstitucional de modo a garantir o conteúdo mínimo/essencial dos direitos fundamentais a partir de cotejo do ato administrativo ou da lei com a CF/88<sup>312</sup>.

Quanto ao sopesamento ou ponderação, tampouco se apresenta como enunciado normativo, de modo que não permite segurança quanto à sua utilização pelo Judiciário<sup>313</sup>. Mesmo uma apresentação sofisticada da ponderação, como a que faz Barcellos a partir do estudo do instituto nos Direitos Alemão e Norte-Americano, deixaria a conclusão do exame interpretativo ao arbítrio do magistrado<sup>314</sup>. Em síntese, a autora propõe a ponderação como procedimento trifásico: 1) identificar os enunciados normativos aparentemente em conflito; 2) examinar as circunstâncias concretas do caso e suas possíveis repercussões sobre os enunciados identificados na etapa anterior; e 3) decisão, levando em consideração as etapas anteriores e os critérios de universalização, concordância prática e conteúdo mínimo dos direitos fundamentais que não pode ser esvaziado. Embora a elaboração teórica seja mais sofisticada do que esta breve exposição permite demonstrar, a fixação de um conteúdo mínimo para o direito fundamental acaba por permitir liberdade exagerada

---

<sup>309</sup> "Um direito 'prima facie' não fundamenta uma pretensão a determinado direito subjetivo, mas apenas *uma pretensão a um sopesamento* entre princípios" (SILVA, 2009, p. 146, destaque no original).

<sup>310</sup> SILVA, (2009, p. 252-6).

<sup>311</sup> SILVA, (2009, p. 238).

<sup>312</sup> SILVA (2009, p. 202-3). Parece não se sustentar a assertiva do autor no sentido de que os enunciados constitucionais têm valor meramente declaratório, eis que são fatos sociais que vinculam a atividade estatal. Como exemplificado, a enunciação da garantia da herança é um mandamento ao legislador no sentido de tornar tal valor operacionalizável, não mera declaração. Uma lei que extinga o direito de herança será inconstitucional por violar o respectivo mandamento constitucional. A superação da dicotomia princípio/regra permite tratar os direitos fundamentais como valores concretos, não meros enunciados de cunho exclusivamente declaratório.

<sup>313</sup> A respeito do tema do sopesamento ou ponderação, veja-se BARCELLOS (2005). Para SILVA (2009, p. 178-9) o sopesamento seria metanorma a ser aplicada diante de conflitos de princípios. BARROSO (2013, p. 152) reconhece a possibilidade de ponderação também em conflitos entre regras e princípios.

<sup>314</sup> BARCELLOS (2005).

ao julgador que poderia, num caso posto, entender que um direito fundamental não restou esvaziado quando, em realidade isso ocorreu.

Tanto a proporcionalidade quanto a ponderação não estão previstas textualmente na CF/88; ainda que se as queira utilizar sob o argumento de serem implícitas ao sistema jurídico brasileiro, nenhuma delas resolve o problema do choque entre direitos fundamentais.

#### 4.4. A PROBLEMATICA DA INTERPRETACAO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS PELO STF

Passa-se a comentar criticamente as decisões do STF descritas no capítulo terceiro, à luz do conceito de dignidade humana posto no capítulo segundo conjugado com o de Segurança Jurídica apresentado neste capítulo. Os comentários são propositadamente breves, eis que pretendem expor apenas o essencial em cada tema discutido.

Emblemática a mudança de posição do STF nos casos de prisão civil por depósito infiel. Em um primeiro momento, o Supremo entendeu que a norma contida em tratado internacional não se sobreporia à constitucional; posteriormente, os julgadores entenderam que a prisão civil era exceção que poderia ser restringida a partir de acordos e tratados internacionais de direitos humanos. Houve câmbio de entendimento pertinentemente ao conteúdo do direito individual de liberdade, que deveria sempre ser interpretado de modo a ser maximizado. De notar que no caso da declaração de constitucionalidade do tipo penal que vedava tortura a criança e adolescente, o Supremo entendeu que essa norma penal era complementada por convenção internacional, de modo que a restrição da liberdade foi aumentada a partir do Direito Internacional, não do Constitucional. A contradição das posições é evidente.

Também relevante a modificação de pensamento quanto ao regime inicial de prisão nos casos de crimes hediondos, a preservar o valor da liberdade individual e da individualização da pena contra a generalização da mesma por lei. O argumento subjacente e ignorado pelo Supremo seria de que o Judiciário tem mais legitimidade do que o Legislativo, dado que penas previstas em lei violariam o direito à

individualização da pena - isso derruba todo o sistema previsto no Código Penal brasileiro<sup>315</sup> de dosimetria de pena.

No que diz com o julgamento a respeito da submissão física de um homem a extração de sangue para fins de exame de DNA, o sopesamento entre o direito à integridade física dessa pessoa e o direito ao reconhecimento da ancestralidade por parte do filho proponente da ação foi favorável ao primeiro por estreita maioria de seis a quatro votos. De notar que essa compreensão foi revista pelo STF ao analisar a questão do "abrandamento" da coisa julgada - uma das facetas da Segurança Jurídica expressas no texto do art. 5º da CF/88 - em favor de um suposto direito à "identidade genética". Os óbices "meramente" processuais levantados pelo STF nesse julgamento existem para garantir a Segurança Jurídica: quando um processo judicial é encerrado com definição da disputa em favor de um dos litigantes, a Segurança Jurídica se vê respeitada a partir da impossibilidade de reanálise dessa mesmíssima questão - eis a pacificação da disputa. Veja-se que o Supremo afasta a literalidade da Constituição Federal em vigor em prol de um direito supostamente oriundo da personalidade individual (mas que não consta no texto da CF/88). O contraste entre o entendimento que garante a intimidade como parte da individualidade e aquele posterior que dá mais importância à ancestralidade demonstra retrocesso na interpretação dos institutos jurídicos envolvidos. Em contrapartida, a Segurança Jurídica se vê respeitada quando o Tribunal de Contas é obrigado a iniciar procedimento com ampla defesa e contraditório nos casos em que deixa de homologar ato administrativo concessivo de aposentadoria de servidor público no prazo de cinco anos.

Na esfera da mudança legislativa, o STF caiu novamente em contradição ao declarar que as emendas constitucionais que elevaram os tetos previdenciários têm aplicação retroativa, enquanto que as alterações na legislação infraconstitucional previdenciária teriam aplicação meramente prospectiva. De notar que os julgados analisados sobre a "Lei da Ficha Limpa" determinaram os efeitos puramente prospectivos dessa alteração das inelegibilidades. De regra, a Segurança Jurídica se vê preservada somente com a aplicação imediata e futura das leis; a retroatividade somente é permitida no caso da lei penal e especificamente para favorecer o réu, segundo texto constitucional analisado no capítulo segundo.

---

<sup>315</sup> Art.s 59-76 do citado diploma legal.

A liberdade de expressão é garantida desde que ponderada com os demais direitos e garantias fundamentais (nenhum deles é absoluto, segundo o STF) e eventualmente submetida à comprovação daquilo que haja sido alegado pelo cidadão que faz uso de tal liberdade. No caso "Ellwanger", a transmutação do conceito "biológico" de raça para o "sociológico" acabou por ampliar a incidência da norma penal que veda o racismo - esse tipo de interpretação é danosa porque limita direitos fundamentais em contornos não previstos pelo enunciado normativo pertinente ao aumentar o âmbito de criminalização de condutas. Limitações à liberdade em um Estado professadamente "Democrático e de Direito" devem sempre ser expressas em lei, não podendo restar ao talante interpretativo dos detentores do Poder Estatal, sob pena de imperar o arbítrio. Ainda no tema, a "Lei de Imprensa" editada no período de autoritarismo militar no Brasil evidentemente não se sustentaria sob a égide da CF/88 que pressupõe direitos e garantias fundamentais como liberdade de expressão e intimidade.

A discussão acerca do início da personalidade humana nos temas do aborto do anencéfalo e da manipulação de células-tronco foi mais retórico do que argumentativo. Apesar de o STF ter promovido audiências públicas antes dos julgamentos referidos, onde foram ouvidos vários grupos de interesse e profissionais das áreas médica e biológica, o argumento a ser utilizado deveria ser o mesmo da presente pesquisa: o Direito necessita lidar com condutas concretas e que possam ser aferidas a partir de fatos - discussões sobre "alma" e "espírito" fariam do Direito regredir milênios, retornando a um estágio indissociável com Religião e práticas animistas.

O debate sobre "casamento homossexual" também foi meramente retórico, tendo sido fundado em elementos estranhos ao texto constitucional - que é expressamente contra esse tipo de união ser reconhecida pelo Estado brasileiro. A saída a preservar a integridade sistêmica do ordenamento constitucional seria a extirpação do § 3º do art. 226 da CF/88 por emenda constitucional; ignorar a textualidade da norma permite atuação arbitrária e injustificada do Estado e retira a legitimidade do julgador.

Também no tema da integridade constitucional, censurável o entendimento do STF sobre a validade da "Lei de Anistia" como pressuposição da edição da CF/88. A teoria mais elementar de Direito Constitucional é no sentido de que uma nova constituição inaugura a ordem estatal, não estando condicionada à legislação que

lhe é anterior. Isso fica evidente no caso da Revolução Russa (1917), onde a propriedade dos meios de produção passou das mãos privadas ao controle estatal. Outro exemplo histórico é a Magna Carta (1215) onde o rei João Sem Terra reconheceu que sua própria autoridade encontrava limites diante das leis por ele mesmo editadas<sup>316</sup>.

O caso da liberdade de associação em confronto com o "Estatuto do Torcedor" apenas corroborou a índole intervencionista do Estado brasileiro na vida privada, ao entender que os direitos dos entusiastas dos espetáculos desportivos têm maior peso do que os eventuais direitos de que gozam as associações privadas que organizam tais competições. Não deixaria de ser uma incidência da garantia fundamental da promoção da defesa do consumidor, mas a argumentação desenvolvida pelo ministro Cezar Peluso deixou evidente que o viés social das competições desportivas seria suficiente para embasar a intromissão do Estado nas associações privadas. Ora, em sociedade humana qualquer comportamento coletivo terá repercussões sociais, mesmo que limitadas ao próprio grupo. Argumentar pelo caráter "social" de determinada atividade como suficiente para a intervenção estatal beira à arbitrariedade, posto permitir ao Judiciário ampliar os limites da própria competência - que deveria ter como lindes as normas constitucionais e infraconstitucionais.

Quanto à utilização de prova ilícita, os casos analisados não permitem maiores ilações, eis que pertinentes apenas a uma extradição e a ação fiscal-contábil em sede empresarial. Há indicação apenas de que o Pleno não admitiria o uso processual de provas em descompasso com as determinações legais correlatas, que é o próprio enunciado da norma constitucional.

A incapacidade mental do extraditando deveria ter sido analisada pelo STF no lugar de meramente cancelar o entendimento exarado pelo juízo italiano, dado que a capacidade mental é pressuposto da responsabilidade civil e penal. Esse entendimento contradiz aqueles que analisaram as possibilidades de devido processo legal na Bolívia e na China, evidenciando que a opinião dos componentes do Supremo se sobrepõe a fatos possivelmente notórios e que podem ser aferidos a partir de critérios objetivos - os julgadores fizeram prevalecer suas razões privadas diante da pública.

---

<sup>316</sup> COMPARATO (2005, p. 77).

O uso ostensivo de algemas por acusados em processos criminais efetivamente influencia os jurados, dando ideia de que o réu é de alta periculosidade. Determinar a contenção *cum grano salis* ostensiva de pessoas é medida que resguarda a cidadania.

A declaração de que o direito à saúde deve ser concretizado de modo universal e gratuito, à margem de contribuições específicas, dá efetividade a essa faceta da dignidade humana, apesar de ser enunciado de pouca densidade a permitir condutas futuras - apenas foi vedada a cobrança impositiva de novas prestações.

Os julgados a respeito da criminalização da redução de trabalhador a condição análoga à de escravo apenas confirmam a preocupação do legislador em que os trabalhadores no Brasil possam exercer seus ofícios sem se submeter a condições degradantes. Não houve maiores reflexões, dado que a integridade da lei em debate foi mantida com a declaração de sua constitucionalidade. No mesmo sentido, as decisões sobre suspensão condicional do processo após o recebimento da denúncia, prisão provisória como medida excepcional, status de refugiado a extraditando, defesa prévia nos casos de crimes afiançáveis praticados por funcionário público, salário-mínimo a conscritos, gratuidade de transporte, limitações a exercício profissional, penhora de bem de família dado como garantia locatícia - todas essas hipóteses não foram objeto de análise mais detida pelo STF dado que houve reconhecimento do acerto do Legislador quando à concretização da dignidade humana ao regular os casos citados.

As normas jurídicas são fatos sociais, enunciadas linguisticamente e influenciadas por fatores culturais e históricos. Mesmo que se pense em constituições como a dos EEUU que foram criadas exatamente tendo em vista os valores liberais, não se pode pretender um entendimento unívoco acerca de correntes de teorias da Filosofia Política. Não houve uma enunciação no estilo "considerando a Filosofia Política de Maquiavel, Locke e Rousseau, os cidadãos brasileiros promulgam a seguinte Constituição...", mas sim um amálgama das ideias historicamente aceitas<sup>317</sup>.

---

<sup>317</sup> Essas teorias passam ao imaginário popular como verdades históricas, dado que introjetadas socialmente. Veja-se o modo como se difundem ideias como "complexo de Édipo" e "relatividade tempo-espaço"; parece que qualquer pessoa as entende e as reconhece imediatamente quando, em realidade, são teorizações bastante complexas que requerem conhecimentos técnicos indisponíveis à maioria da população. Do mesmo modo, as ideias políticas também passam a ser entendidas como

Não é factível impor determinada opção de Filosofia Política e do Direito aos ministros do STF, seja porque isso inexistente na CF/88, seja porque tornaria inútil ter um órgão judicante composto por seres humanos - melhor seria um computador fazer a análise dos dados e, matematicamente, apresentar o resultado da dignidade humana em cada caso concreto. A pluralidade de pensamento por parte dos onze ministros é que permite que a dignidade humana tenha carácter contextual, sendo os valores sociais levados em consideração quando da interpretação das normas jurídicas. Num mundo idealizado, os ministros seriam pessoas com clara percepção do conteúdo atual dos valores inscritos na CF/88. Pelo que se verifica das decisões descritas e submetidas à crítica, há uma evolução a respeito dessa percepção à medida em que a democracia se consolida e novos ministros vão ocupando cadeiras no STF.

O que falta nas decisões do STF é uma fundamentação mais persuasiva e munida de argumentos racionalmente construídos como os postos nos capítulos primeiro e segundo desta pesquisa. Os ministros citam literatura e Direito com força meramente retórica, pouco convincente aos olhos da tecnicidade. Valem-se de teorias elaboradas alhures sem o devido cuidado em sua aplicação ao Direito brasileiro. Inexistente um roteiro que submeta as decisões a uma justificação convincente e exaustiva do assunto em discussão.

Agregada à ausência de fórmulas que permitam a crítica estruturada aos argumentos expendidos está a possibilidade de isso efetivamente acontecer. Até que ponto se pode vincular a legitimidade de uma decisão judicial à observância de uma liturgia preestabelecida? Há regras de procedimento que determinam como o entendimento de um ministro é posto em Plenário para a discussão com os demais; o que falta seria uma normatização acerca do percurso mínimo a ser trilhado pelo juiz. De todo modo, não parece factível uma solução para esses dilemas enquanto não se chegar a um consenso sobre a natureza dos enunciados normativos constitucionais de direitos fundamentais. A proposta de considerar todos como valores pode substituir as teorias acerca do conteúdo meramente declaratórios dos mesmos, bem como a dicotomia regras/princípios. Mas dificilmente a aceitação de que a CF/88 enuncia valores ajudaria a resolver definitivamente problema da justificação das decisões judiciais - seria um passo intermediário.

---

"lugar comum", sem que se faça uma crítica reflexiva a respeito da adequação delas ao modelo constitucional que o Brasil adotou.

O problema da incerteza quanto à decisão judicial talvez seja insuperável, dado que os valores enunciados na Constituição são eles mesmos fugidios até certo ponto<sup>318</sup>. Mas isso não pode desconsiderar a necessidade de o Judiciário legitimar sua atuação, posto exercer parcela do Poder Estatal que lhe é delegada sem qualquer representatividade. Essa ausência de legitimação direta deveria guiar os juízes a decisões cuidadosamente fundamentadas a respeito de direitos fundamentais, inclusive levando em consideração seus possíveis desdobramentos. Se o conceito de pessoa que o STF retira da CF/88 é o mesmo defendido no capítulo primeiro, o aborto não poderia ser considerado crime enquanto inexistente o sistema cerebral que permita autonomia do feto.

Para além disso, e retornando à jurisprudência listada no capítulo terceiro, os julgados analisados deixam claro que ainda existe muito a interpretar pertinentemente aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Nem todos os valores listados no art. 5º da CF/88 foram objeto de escrutínio por parte do STF, de modo que não se poderia imputar um conceito delimitado de dignidade humana aos pronunciamentos do Tribunal: existem apenas traços dela reconhecidos até então. De todo modo, a adoção do critério mínimo proposto por esta pesquisa ajudaria a evitar decisões contraditórias e inconstitucionais, permitindo uma construção coerente de uma jurisprudência sobre o tema da dignidade humana constitucionalmente assegurada.

---

<sup>318</sup> Os conceitos vagos ou indeterminados são necessários em alguns momentos, mas acabam criando casos fronteiriços - nesse sentido, ENDICOTT (2010, p. 17-20). Os conceitos indeterminados depõem contra o Estado de Direito (pois podem acabar com a Segurança Jurídica) ou, ao dar espaço interpretativo ao julgados, acabam por fortalecer o *rule of law*? Esse o grande dilema em que se encontra a atividade de interpretação e aplicação do Direito, e que só pode ser efetivamente resolvido caso a caso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caminho trilhado nesta pesquisa permite concluir não ser possível determinar o conteúdo material de cada um dos direitos e garantias fundamentais de modo prévio, dado que se limitam reciprocamente e somente podem ser explicitados diante de um caso concreto - uma situação da vida humana em sociedade que necessite de regulamentação. A dignidade humana deve ser compreendida como um objeto multifacetado, composto de direitos e garantias que devem ser equilibrados a todo momento. Repisa-se a assertiva anterior: quando se interpreta um enunciado normativo é necessário levar em consideração todos os fatores envolvidos, de modo a se atribuir um certo significado a esse enunciado. Como o Direito é produto da cultura e da história, sofre mudanças ao longo do tempo.

Há uma bifurcação conclusiva, contrapondo um ceticismo pessimista a um otimismo diante enunciação da dignidade humana pela CF/88. A senda da variabilidade das decisões sobre direitos fundamentais, como exercício da liberdade, pode levar à eventual negação de tais direitos e garantias, redundando em autoritarismo - a imposição do que o STF entende como "correto". V.g. o julgado citado no capítulo terceiro onde se fez prevalecer o suposto direito à origem genética sobre a garantia textualmente constitucional da coisa julgada. O primeiro foi interpretado a partir de outros enunciados normativos constitucionais (foi "depreendido" do texto, embora ali não constasse), enquanto a coisa julgada goza de literalidade como direito fundamental. O STF nem ao menos respeitou o texto expresso da CF/88<sup>319</sup>: a justificativa de prevalência para

---

<sup>319</sup> O argumento que deixou de ser utilizado e que é parcialmente aceitável, seria alegar que a garantia da coisa julgada prevalece contra "lei posterior", não contra "decisão judicial posterior". Esse argumento pela literalidade acabaria por esvaziar de conteúdo a Segurança Jurídica, mas a hipótese nem sequer foi especulada pelo STF. Concorde-se com o ministro Marco Aurélio Mello, que proferiu voto minoritário cujo excerto significativo é: "(...) Há valores em jogo e, para mim, o maior está na Segurança Jurídica. Se, de um lado, é dado dizer que o autor, o recorrente, tem direito subjetivo de saber quem é o pai dele, é preciso imaginar que o réu pode ter uma família estruturada e que a possibilidade de revisão, a qualquer momento, de situação já definida pelo Estado-juiz, com a improcedência do pedido formulado na ação de investigação anterior e a reabertura da controvérsia, pode muito bem abalar essa situação familiar. A família também se faz em jogo sob uma outra óptica, que é a óptica favorável ao recorrido. Presidente, sob pena de solapar, de ferir de morte, o princípio da Segurança Jurídica, de contribuir para a instalação de uma verdadeira babel - e os direitos fundamentais são muitos, não se restringem à paternidade -, não tenho como desconhecer esse contexto e, 20 anos após à entrega da prestação jurisdicional pelo Estado - sendo que, no processo que a motivou se poderia ter feito o exame de DNA, porque já existente à época -, como dizer que simplesmente o que decidido pode ser colocado em plano secundário e que não se fez coberto pela coisa julgada. E digo mais: também pela preclusão maior, considerada a ação de impugnação autônoma, que é a rescisória.(...)"

e simples de um direito fundamental sobre outro não convence por carecer de qualquer argumentação sequer persuasiva. Considerando que a parte interessada havia promovido, sem sucesso, uma ação de reconhecimento de paternidade, o entendimento deveria ser no sentido de que o dilema havia sido resolvido pelo Judiciário, ainda que de modo negativo ao autor. Não é pelo fato de uma pretensão ter sido rechaçada pelo Judiciário que a Segurança Jurídica deixa de ser observada - pelo contrário, a outra parte na demanda teve, em tese, seus direitos respeitados. Não se pode olvidar que o réu foi submetido a dois processos idênticos de reconhecimento de paternidade, e também gozaria de direito fundamental à intimidade de saber que o filho não era seu<sup>320</sup>. Torna-se expletivo manter um custoso aparato Judiciário se, ao sabor dos avanços científicos, causas definitivamente decididas são reabertas e reanalisadas; ademais, isso causa instabilidade nas relações sociais. A predominar esse tipo de entendimento do STF, qualquer alegação de violação a direito fundamental, uma vez rechaçada, poderia ser novamente posta em julgamento. Justamente para evitar a eternização dos conflitos judiciais é que existe a previsão da coisa julgada como concretizadora da Segurança Jurídica.

Outro caso de argumentação da "ladeira escorregadia" foi o tratamento dado à união homoafetiva. Independentemente de uma pessoa ser contra ou a favor do tema, a decisão do STF ignorou o texto expresso da CF/88. A união estável reconhecida pelo Direito Brasileiro é a de homem e mulher. Ignorar a textualidade da norma constitucional abre o precedente para que o Judiciário o repita em outros casos nos quais interesses mais prementes estariam em jogo - por exemplo, na vedação à tortura, nada impediria o STF de declarar que a caracterização legal de tortura não está contemplada pelo "espírito" da Constituição.

A crítica às decisões do STF levada brevemente a cabo no final do capítulo quarto demonstra o acerto argumentativo desta pesquisa: primeiro, construiu-se um conceito de pessoa para, após, atribuir-lhe dignidade com base em todos os valores enunciados como direitos individuais fundamentais. A partir dessa formulação, a Segurança Jurídica resta declarada pela CF/88, em grande medida, já que o

---

<sup>320</sup> Note-se que a opção do STF de dar mais força ao direito ao conhecimento da estirpe do que à Segurança Jurídica deixa em perigo as condutas - previstas pelo Direito e aceitas como constitucionais pelo próprio STF - de entrega de crianças à adoção e de doação de espermatozoides e óvulos. Muitas delas são concretizadas porque os pais biológicos têm a segurança de jamais serem responsabilizados pelo futuro dos filhos entregues à adoção.

conjunto de valores que configura a dignidade humana permite o resguardo dela contra abusos estatais e privados - pelo menos em tese. Qualquer tentativa de dar uma concreção mais expandida à Segurança Jurídica poderia resvalar numa incômoda sedimentação de conteúdo de valores que, como se sabe, são contextuais.

Quando o Judiciário quer fazer as vezes de legislador constituinte, como nos casos relatados, pode se tornar autoritário porque os valores tidos como direitos fundamentais são a opção de vida eleita pelos brasileiros, que concretizam seus ideais de Justiça e de dignidade humana. O Judiciário não tem legitimidade nem respaldo legal para impor sua noção de dignidade para além daquela determinada pela CF/88.

Ainda no tema das manifestações do STF, vale notar que os ministros nem sempre respeitam o alto saber jurídico e o decoro que o cargo lhes exige<sup>321</sup>. À guisa de exemplo, na Petição 3.388/RR Ayres Britto invoca a Wikipédia (fl. 293 numeração original) e a "santa rebeldia cívica" de Tiradentes, o "refinado engenho tecnológico" de Santos Dumont e a "desconcertante ousadia estética" de Tom Jobim, Garrincha, Manoel de Barros, Oscar Niemeyer, Daiane dos Santos (fl. 291 do original), além de referir a identidade nacional destacada pelo jogador de futebol e cronista esportivo Tostão (fl.s 300-1). No julgamento do RE 359.444/RJ (fl.s 1284 do original), Sepúlveda Pertence é sarcástico com Carlos Velloso, sofrendo a repreensão imediata, tudo devidamente anotado no Diário de Justiça da União. Na decisão da ADI 3510/DF, Ayres Britto cita, na fl. 190 original, que quem transporta e alimenta o feto fica para sempre com seu retrato sentimental "na parede do útero". Ainda no mesmo processo, Cármen Lúcia (fl. 656-7 originais) faz troça com o tema em debate e a temperatura da sala<sup>322</sup>. Por derradeiro, referências astrológicas por parte de Dias Toffoli ao proferir voto no *Habeas Corpus* n. 103.412/SP<sup>323</sup>, invocando a Deus e à astrologia<sup>324</sup>. Ou ainda, a discussão quase pueril dos ministros Gilmar Mendes e

<sup>321</sup> CF/88, *verbis*: "Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada."

<sup>322</sup> *Verbis*: "Senhor Presidente, eu não sou célula-tronco, mas estou me congelando aqui. Não sei se eu vou ser aproveitada ou jogada fora, mas, por via das dúvidas, aumente a temperatura."

<sup>323</sup> Que teve relatoria da ministra Cármen Lúcia e foi publicado no Diário de Justiça da União de 23ago12.

<sup>324</sup> Fl. 14, *verbis*: "Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. (...) É por isso que eu acredito em Deus, mas

Marco Aurélio Mello no Recurso Extraordinário n. 580.963-PR<sup>325</sup>. Como não ser pessimista se os mais altos magistrados do País parecem não levar a sério a tarefa de guardiões derradeiros da dignidade humana que lhes foi confiada? O acatamento da tese desta pesquisa com um viés pessimista poderia indicar, a seu turno, a impossibilidade de regramento absoluto da conduta humana e, conseqüentemente, a falácia da pretensão à segurança. Isso redundaria em inúteis esforços intelectuais no sentido de criação de teorias filosóficas para a ordenação da sociedade; no máximo seria possível interpretar a agregação humana, não a regular de modo estável.

Sob outra óptica - a do otimismo, pode-se trilhar a via da legitimação do Direito como instrumento para a regulação de condutas em sociedade, de modo que a Segurança Jurídica estaria sustentada, mesmo que em moldes mínimos, pelo conceito proposto nesta pesquisa. Pode-se optar pelo caminho da variação das decisões do STF como o "correto", eis que permite sempre adaptações condizentes com os anseios dos brasileiros no exercício de seus direitos e garantias individuais.

Mesmo que se reconheça o fato de que os cidadãos ficam na dependência dos humores daqueles que ocupam as posições de exercício do Poder na República, é de observar que a democracia ainda é campo mais fértil para a dignidade humana do que um regime autoritário. Sempre é possível que se tenha um Chefe do Executivo, parlamentares e ministros do STF com viés de respeito pela

---

eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes."

<sup>325</sup> Fl.s 64-6 do original: "O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É disso que nós estamos a falar. Eu quero ver é uma justificativa racional para essa norma, dizer que essa norma é constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Temos a de Vossa Excelência. A nossa não é racional!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não. Desculpe. Eu quero ver como que eu digo que dois casais na mesma situação...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não vamos adjetivar porque é muito perigoso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência adjetiva toda hora e vamos continuar adjetivando. Essa é a forma de debater aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sem dúvida, sem dúvida, é a sua concepção.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência pode adjetivar e os outros não? Pelo amor de Deus! O que é isso?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não fique nervoso, porque receio pelo seu coração.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Fico nervoso porque Vossa Excelência coloca o chapéu e não quer colocar nos outros. Eu também receio pelo seu. Agora, vamos nos respeitar mutuamente. Vossa Excelência vive criticando os outros e não quer ser criticado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não, Ministro, aceito a crítica quando construtiva."

diversidade de opiniões, pela liberdade e pelo rol de direitos fundamentais constitucionais, de modo que a dignidade humana poderá prosperar. Os elementos que condicionam - nesta pesquisa - um conceito de Segurança Jurídica, associados aos direitos elencados no art. 5º da CF/88, podem ser mais do que suficientes para assegurar um Estado concretizador da dignidade humana.

Equilibrar liberdade com responsabilidade na vida em comunidade é o grande desafio. Ele não pode ser definitivamente equacionado, dado o conteúdo variável da cultura humana e o peso que o valor "dignidade" tem no desenrolar da História do Brasil; porém, a tentativa de harmonizar a pacificação social com a dignidade humana, segundo o texto da CF/88, é indicativo de que a sociedade brasileira pode evoluir rumo ao cumprimento dos audaciosos fins a que se propôs: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

## REFERENCIAS

AARNIO, Aulis. Las Reglas en Serio. *in* AARNIO, Aulis, VALDES, Ernesto Garzón e UUSITALO, Jyrki (compiladores). **La Normatividad Del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17-35;

ABOUD, Georges, CARNIO, Henrique Garbellini e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia Do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

ABRANTES, Paulo C. (editor). **Filosofia da Biologia**. Porto Alegre: Artmed, 2011;

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008;

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. As Origens Evolutivas da Cooperação Humana e suas Implicações para a Teoria do Direito. *in* **Revista Direito Gv**. São Paulo, n. 17, jan-jun de 2013, p. 243-68;

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989;

ARNHART, Larry. Thomistic Natural Law as Darwinian Natural Right. *in* PAUL, Ellen Frankel et alii (editores). **Natural Law And Modern Moral Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 01-33;

ASHCROFT, Richard E. Making Sense of Dignity. *in* **Journal Of Medical Ethics**, vol. 31, n. 11, novembro de 2005, p. 679-82. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/27719519>, acessado em 02abr13;

AYALA, Francisco J e ARP, Robert. **Contemporary Debates In Philosophy of Biology**. Malden: Wiley-Blackwell, 2010;

AYALA, Francisco J. What The Biological Sciences Can And Cannot Contribute To Ethics. *in* AYALA, Francisco J e ARP, Robert. **Contemporary Debates in Philosophy of Biology**. Malden: Wiley-Blackwell, 2010, p. 316-36;

BAIER, Annette. A Naturalist View of Persons. *in* **Proceedings and Addresses of The American Philosophical Association**. vol. 65, n. 3, novembro de 1991, p. 05-17. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3130139>, acessado em 02abr13;

BAKER, Lynne Rudder. **The Metaphysics of Everyday Life: an essay in practical realism.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007;

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade humana.** 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011;

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização Do Direito E Suas Repercussões No Âmbito Administrativo. In ARAGAO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.s) **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63;

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009;

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2013;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

BOWLES, Samuel. Group Competition, Reproductive Leveling and the Evolution of Human Altruism. In **Science**, new series, vol. 314, n. 5805, dezembro de 2006, p. 1.569-72. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/20032981>, acessado em 24maio13;

BOYD, Robert. The Puzzle of Human Sociality. In **Science**, new series, vol. 314, n. 5805, dezembro de 2006, p. 1.555-6. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/20032975>, acessado em 24maio13;

BUCK, Alfred *et alii*. The Neural Basis of Altruistic Punishment. In **Science**, new series, vol. 305, n. 5688, agosto de 2004, p. 1.254-8. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3837658>, acessado em 24maio13;

BURD, Larry; GREGORY, Jennifer M e KERBESHIAN, Jacob. The Brain-Mind Quiddity: Ethical Issues in The Use of Human Brain Tissue for Therapeutic and Scientific Purposes. In **Journal of Medical Ethics**, vol. 24, n. 02, abril de 1998, p. 118-22. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/27718081>, acessado em 02abr13;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003;

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade Humana. *in* TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flavio (organizadores). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 272-306;

CHANG, Wing-Tsit. **A Source Book in Chinese Philosophy**. Princeton: Princeton University Press, 1963;

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12.ed. São Paulo: Ática, 2002;

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Crise Econômica e Possíveis Perspectivas Jurídico-Sociais. *In* **Revista Direito Gv**. São Paulo, n. 10, jul-dez de 2009, p. 343-58;

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual De Direito Penal: parte geral**. Salvador: JusPodivm, 2013;

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012;

DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008;

DÜWELL, Marcus. Human Dignity and Human Rights. *in* KAUFMANN, Paulus, KUCH, Hannes e WEBSTER, Elaine (editores). **Humiliation, Degradation, Dehumanization: human dignity violated**. Dordrecht: Springer, 2011, p. 215-30;

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977;

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985;

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996;

EGAS, Martijn e RIEDL, Arno. The Economics of Altruistic Punishment and the Maintenance of Cooperation. *In* **Proceedings: Biological Sciences**, vol. 275, n. 1.637, abril de 2008, p. 871-8. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/25249590>, acessado em 24maio13;

ENDICOTT, Timothy. Law and Language. *in* **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2010. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/law-language/>, acessado em 20jul13;

FARIA, José Eduardo. Poucas Certezas e Muitas Dúvidas: o Direito Depois da Crise Financeira. *In* **Revista Direito GV**. São Paulo, n. 10, jul-dez de 2009, p. 297-324;

FOWLER, James H e HARPENDING, Henry C. Punishment and the Origin of Cooperation. *In* **Proceedings of The National Academy of Sciences of The United States of America**, vol. 102, n. 19, maio de 2005, p. 7.047-9. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3375478>, acessado em 24maio13;

FRIAS, Lincoln. **A Ética do Uso e da Seleção de Embriões**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012;

GRAHAM, Angus Charles. **Disputers of The Tao**: philosophical argument in ancient China. La Salle: Open Court, 1989;

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juizes**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções Fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade. *In* NOVELINO, Marcelo (organizador). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 45-70;

GUYER, Paul. **Kant**. Oxon, Routledge, 2006;

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Cambridge: The MIT Press, 1996;

HACKER, P. M. S. **Natureza Humana**: categorias fundamentais. Porto Alegre: Artmed, 2010;

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **The Federalist Papers**: introduction and notes by Charles R. Kesler, edited by Clinton Rossiter. Nova Iorque: Signet Classic, (1787-8) 2003;

HARMAN, Gilbert. Naturalism in Moral Philosophy. *In* NUCCETELLI, Susana e SEAY, Gary (editores). **Ethical Naturalism**: current debates. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 08-23;

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Nova Cultural, (1651) 2000;

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999;

HSIEH, Nien-hê. Incommensurable Values. *in* **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2007. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/value-incommensurable/>, acessado em 14out13;

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. 2.ed. traduzida por DEBORAH DANOWSKI. São Paulo: Editora UNESP, (1739-40) 2009;

JACOBSON, Daniel. Fitting Attitude Theories of Value. *in* **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2011. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/fitting-attitude-theories/>, acessado em 15out13;

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Discurso Editorial/Barcarolla, (1785 e 1786) 2009;

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, (1797) 2011;

LA TORRE, Massimo. **Constitutionalism and Legal Reasoning: a new paradigm for the concept of law**. Dordrecht: Springer, 2007;

LAPORTA, Francisco J. **El Imperio de La Ley**. Madri: Trotta, 2007;

LEITER, Brian e WEISBERG, Michael. Why Evolutionary Biology is (so far) Irrelevant do Law. *In* **Public Law and Legal Theory Research Papers**. n. 81, outubro de 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=892881>, acessado em 1ºjul13;

LEITER, Brian. Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches. *In* **Public Law and Legal Theory Research Papers**. n. 246, novembro de 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1288643>, acessado em 1ºjul13;

LEITER, Brian. Naturalism in Legal Philosophy. *In* **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2012. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/lawphil-naturalism/>, acessado em 20mar13;

MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007;

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013;

MASON, Elinor. Value Pluralism. *in* **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2011. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/value-pluralism/>, acessado em 15out13;

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación**. 2.ed. Buenos Aires: Editoreal Astrea, 1989;

NUCCETELLI, Susana e SEAY, Gary (editores). **Ethical Naturalism: current debates**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012;

PAVIANI, Jayme. **Epistemologia Prática**. 2.ed. Caxias do Sul: Educus, 2013;

RAUSCHER, Frederick. Kant's Social and Political Philosophy. Verbete da **Stanford Encyclopedia of Philosophy** 2009. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/kant-social-political>, acessado em 02ago11;

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999;

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 1999;

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

RICOEUR, Paul. **O Justo 2**. São Paulo: Martins Fontes, 2008;

ROSAS, Alejandro. Ética Evolucionista: o enfoque adaptacionista da cooperação humana. In ABRANTES, Paulo C. (editor). **Filosofia da Biologia**. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 296-314;

ROTHENBURG, Walter Claudius. As Exigências de Uma Concepção Jurídica Baseada em Princípios. in **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 05, n. 20, outubro/dezembro de 2011. Disponível em <http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77359>, acessado em 22fev13;

RUSE, Michael. The Biological Sciences Can Act as a Ground for Ethics. In AYALA, Francisco J e ARP, Robert. **Contemporary Debates in Philosophy of Biology**. Malden: Wiley-Blackwell, 2010, p. 297-315;

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a;

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b;

SCHROEDER, Mark. Value Theory. in **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2012. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/value-theory/>, acessado em 14out13;

SCHUARTZ, Luis Fernando. Universalização dos Fins e Particularização dos Meios: Política Social e Significado Normativo dos Direitos Fundamentais. In **Revista Direito GV**. São Paulo, n. 10, jul-dez de 2009, p. 359-76;

SHAFER-LANDAU, Russ. **The Fundamentals of Ethics**. 2.ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012;

SHEA, M. C. Embryonic Life and Human Life. *in* **Journal of Medical Ethics**, vol. II, n. 04, dezembro de 1985, p. 205-9. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/27716421>, acessado em 02abr13;

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009;

STENT, Gunther S. **Paradoxes of Free Will**. Filadélfia: American Philosophical Society, 2002;

STRAWSON, Peter. Freedom And Resentment. *in* WATSON, Gary (editor). **Free Will**. Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 59-80;

STURGEON, Nicholas L. Ethical Naturalism. *in* COPP, David (editor). **The Oxford Handbook of Ethical Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 91-121.

THAIN, M. e HICKMAN, M. **The Penguin Dictionary of Biology**. 11.ed. Londres: Penguin Books, 2004;

TOLONEN, Hannu. *Reglas, Principios y Fines: la interrelación entre derecho, moral y política*. *in* AARNIO, Aulis, VALDES, Ernesto Garzón e UUSITALO, Jyrki (compiladores). **La Normatividad del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 65-85;

TUGENDHAT, Ernst. **Lecciones de Ética**. Barcelona: Gedisa, 1997;

VAZQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. Barcelona: Crítica, 1999;

VIANA, Nildo. Crise Financeira, Estado e Regularização Jurídica. *In* **Revista Direito GV**. São Paulo, n. 10, jul-dez de 2009, p. 377-86;

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

VOGEL, Gretchen. The Evolution of the Golden Rule. *In* **Science**, new series, vol. 303, n. 5661, fevereiro de 2004, p. 1.128-9 e 1.131. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3836266>, acessado em 24maio13;

WALUCHOW, Wil. Constitutionalism. *In* **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2007. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/constitutionalism/>, acessado em 28ago11;

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. *In* **Revista Direito Gv**. São Paulo, n. 08, jul-dez de 2008, p. 539-68;

WILSON, Edward Osbourne. **From So Simple A Beginning**: the four great books of Charles Darwin. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2006;

WILSON, Edward Osbourne. **Sociobiology**: the new synthesis. Cambridge: Harvard University Press, (1975) 2000;

WILSON, Edward Osbourne. **The Social Conquest of Earth**: Nova Iorque: Liveright Publishing Corporation, 2012;

YU-LAN, Fung. **A Short History of Chinese Philosophy**: Nova Iorque: The Free Press, 1948;

ZIMMERMAN. Michael J. Intrinsic vs. Extrinsic Value. *in* **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2010. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/value-intrinsic-extrinsic/>, acessado em 14out13.