

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO AUTONOMIA *VERSUS* DIGNIDADE
COMO VALOR INTRÍNSECO: OS *INSTITUTIONAL FLIP-FLOPS* NO STF**

RAPHAEL SANTOS DA COSTA

Rio de Janeiro

2018/1

RAPHAEL SANTOS DA COSTA

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO AUTONOMIA *VERSUS* DIGNIDADE
COMO VALOR INTRÍNSECO: OS *INSTITUTIONAL FLIP-FLOPS* NO STF**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

Rio de Janeiro

2018/1

RAPHAEL SANTOS DA COSTA

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO AUTONOMIA *VERSUS* DIGNIDADE
COMO VALOR INTRÍNSECO: OS *INSTITUTIONAL FLIP-FLOPS* NO STF**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018/1

“e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram!”

- Antígona

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de todo bem e à Nossa Senhora, medianeira de todas as graças.

À minha mãe Fátima, pelo amor entrega incondicionais; pela pelo apoio em todos os meus projetos de vida.

Ao meu amado pai Josias, por ser meu modelo de homem, mérito e firmeza de caráter.

À Wanessa, minha querida prima-irmã, amiga e confidente para todas as horas.

À minha vó Lenilda, cuja doçura neste e n'outro mundo não se encontra igual. Fico especialmente feliz em lhe dedicar essa vitória – dos rincões mais miseráveis do interior do Rio de Janeiro, criou os filhos com muita dignidade

Aos meus tios José Carlos (zequinha) e Sandra Regina (lela), por quem tenho carinho filial.

Aos meus amigos, em especial Augusto, Gustavo, Natan e Ruy, cujos diletíssimos momentos na FND eu levarei para toda vida

Ao meu professor, orientador e Mestre Bolonha, pela amizade, pelas lições – sobretudo as de vida! – e por ser o meu parâmetro de excelência na faculdade, desde o primeiro período.

RESUMO

A dignidade da pessoa humana é princípio dos mais importantes no ordenamento jurídico brasileiro. Não à toa, o constituinte originário quis lhe emprestar a alcunha de “fundamento da República”. Os Ministros, manuais e acadêmicos não se contêm no rosário de louvores que desfilam diante dela. Se goza de unanimidade na comunidade jurídica quanto ao seu prestígio, passa longe de ser unânime quanto o seu significado – afinal, *o que é isto: dignidade da pessoa humana?* Se há muitas divergências, isso não quer dizer que não seja possível identificar um núcleo comum de sentido nas várias funções identificadas pela literatura especializada. Ele pode ser sintetizado em três concepções: *dignidade como valor intrínseco*, dignidade como *autonomia* e dignidade como bem-estar mínimo (ou dignidade material). Entretanto, o exame perfunctório dessas três funções da dignidade indicará um problema: o mesmo princípio pode significar, em um caso concreto duas coisas diametralmente opostas – autonomia e intervenção na vida privada. E esses conceitos escorregadios podem ser utilizados de maneira oportunista pelos juízes, fenômeno que a literatura estrangeira batizou de *institutional flip-flops*. Isto posto, é objetivo desse estudo analisar o princípio à luz desse conceito, com fito a descobrir se essa aparente contradição é solucionável.

Palavras-chave: *Dignidade Da Pessoa Humana, Supremo Tribunal Federal, Novo Realismo Legal, Institutional Flip-Flop.*

ABSTRACT

The dignity of the human person is one of the most important principles in the Brazilian law. Therefore, the constitutional lawmaker wanted to lend it the the cognomen of “foundation of the Republic”. The chief justices, manuals and academics don’t contain themselves in their rosaries of praising before it. If it enjoys the unanimity of the jurisprudence community, it’s far away from being unanimous concerning it’s meaning – after all: *what is this*: dignity of the human person? If there are a lot of disagreements, this doesn’t mean that it’s not possible to identify a common core of meaning in the various functions identified in the specialized literature. It can be synthetized in three definitions: dignity as intrinsic value, dignity as autonomy, and dignity as as well-being (or material dignity). However, a brief exam of these three functions shall indicate a problem: the same principle can signify, in a concrete case, two diametrically opposed things – Autonomy and private life intervention. And these slippery concepts can be used in opportunistic manners by judges, phenomenon that the foreign literature nicknamed *institutional flip-flops*. That being said, , it’s this study’s object to analyze the principle in light of this concept, with an end to discover if this apparent contradiction is solvable

Keywords: *Dignity of the Human Person, Brazilian Supreme Court, New Legal Realism, Institutional Flip-Flops.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
1.1. Premissas filosóficas	14
2. O QUE É ISTO – <i>DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</i>?	16
2.1..A natureza jurídica da dignidade humana	Error! Bookmark not defined.
2.2.“E pela minha lei, a gente era obrigado a ser feliz”: os significados da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro.....	19
3. REFERENCIAL TÉORICO-METODOLÓGICO	29
3.1. Os institucional flip-flops.....	29
3.2 O novo realismo legal	32
4. ANÁLISE DE CASOS E LEVANTAMENTO DE DADOS.....	36
4.1. ADPF 132, ADI 4.227	37
4.2. ADPF 54.....	42
4.3. ADI 3.510	45
5. CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	57

1. INTRODUÇÃO

Apresentação do tema e problema

No contexto de um paradigma pós-positivista do direito, tornou-se lugar-comum aceitar que não existe uma separação hermética entre os campos do direito e da moral. Se é bem verdade que os dois não se confundem, nem por isso se deve negar que existe uma interseção entre os dois ramos do conhecimento. Neste sentido, o modelo de raciocínio jurídico puramente silogístico (*se “A”, então “B”*), dá lugar a uma argumentação em que também são levados em conta os princípios. Pela positivação destes nos ordenamentos, introduziu-se uma abertura axiológica na qual o direito não se ocupa somente com comandos imperativos imediatos, mas também, com valores ou fins a serem perseguidos. Dentre a infinidade de princípios presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, implícitos ou explícitos, figura a dignidade da pessoa humana.¹

Essa mudança não eliminou o problema de aplicação das normas. Pelo contrário, introduziu um sem-número de princípios cujo conteúdo não se sabe ao certo, tendo em vista a sua especial textura aberta, se comparada com as regras, de caráter mais fechado. Isso dá margem à insegurança jurídica e à discricionariedade judicial, na qual o magistrado, para impor a sua visão particular, derroga uma regra em favor de um princípio, uma vez que estes são mais suscetíveis à

¹ “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da **dignidade humana** (grifo nosso). A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* / Luís Roberto Barroso (org.) 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar. P. 336.

argumentação.² Especialmente aberto é o conceito de dignidade humana e este padece, ao menos no direito brasileiro, de uma contradição. Pode significar tanto “a” como “não ‘a’” na fundamentação de uma decisão, facilitando assim o arbítrio judicial e o fenômeno do *flip-floping*, explicado pormenorizadamente mais adiante.

A ideia de dignidade humana não é exatamente nova, e está presente em diversos campos da vida; na religião, na ética e no direito, notadamente. O Cristianismo figura como a religião que inaugurou a concepção de que todos seriam iguais, em virtude da filiação divina.³⁴ Na filosofia, pode-se encontrar alusão a um valor intrínseco ao ser humano – em contraposição aos animais e às coisas - em Cícero, primeiramente, passando por Pico della Mirandola, que identificou a liberdade do homem como fundamento de sua dignidade.⁵ No entanto, o conceito contemporâneo de dignidade humana finca suas raízes em Kant, desenvolvido na sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

No plano jurídico internacional, é possível encontrá-la em uma infinidade de tratados e convenções. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶; na Convenção Americana de Direitos Humanos⁷; na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia⁸; dentre outros que, embora pudessem ser dignos de nota, omitem-se por serem muitos. É notável, neste ramo, a sua

² Estes são dois argumentos “normativos” listados por ALEXY que são correntemente utilizados na defesa do positivismo jurídico. Neste sentido, ver ALEXY, Robert. *O conceito e validade de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 26.

³ MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre*, Madrid: Biblioteca Palabra, 2001, p. 69. Apud MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional – 9 ed. Rv. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 135.

⁴ Mc. 12, 29-31. “O primeiro [mandamento] é este: ‘ouve Israel! O Senhor nosso Deus é um só. Amarás o Senhor, teu Deus, de todo o teu coração, com toda tua alma, com todo teu entendimento e com toda tua força!’ E o segundo mandamento é: ‘amarás teu próximo como a ti mesmo’! Não existe outro mandamento maior do que estes”

⁵ MCRUDEN, Christopher. *Human Dignity and judicial interpretation of human rights*. In: The European Journal of International Law Vol. 19 no. 4. P. 659.

⁶ Consta, do primeiro parágrafo do seu preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da **dignidade inerente a todos os membros da família humana** e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo(...)” e, ainda, no seu artigo primeiro: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

⁷ “Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana (...)”

⁸ Artigo 1º. Dignidade do ser humano - A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

ascensão no período pós-guerra face aos horrores do nazismo, que ensejaram a construção de mecanismos que fossem capazes de evitar que estes se repetissem.

A Dignidade Humana encontra lugar nas jurisdições nacionais a partir da Constituição do México, de 1917 e da Constituição da Weimar (1919). No Brasil, esta foi inserida no seu corpo normativo a partir da Constituição de 1988. Entretanto, a dignidade da pessoa humana não é exatamente inédita nos textos constitucionais brasileiros. Curiosamente, é invocada no preâmbulo do AI-5 para justificar a sua edição, a despeito de sua matriz autoritária. Nas Constituições de 1967 e 1969, é tida como corolária da valorização do trabalho, sendo tal valorização “*condição necessária*” para sua concretização.⁹ Atualmente, ocupa lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, qualificada, inclusive, como *fundamento da República*. Embora concebida por alguns como norma programática, é geralmente aceito que o princípio goza de força vinculante, de eficácia plena.¹⁰ Do contrário, a sua previsão quedaria meramente ornamental, seja pela ação do legislador - que, ao regulá-la, a tornaria desnecessária -, seja pela sua inação, ao condicionar a eficácia a norma posterior.^{11 12} Na doutrina brasileira, a problemática da dignidade humana tem sido abordada por acadêmicos da envergadura de Daniel Sarmiento, Luís Roberto Barroso, Ingo Sarlet e Oscar Vilhena, tendo, cada qual ao seu modo, tentado investí-la de alguma densidade conceitual.

Gravada na Constituição, ela extravasa, naturalmente, para outros ramos do Direito. O princípio perpassa, virtualmente, a todos os campos: ao direito penal, com relação a condições de encarceramento dos presos; vedação à tortura e penas cruéis; à razoável duração do processo. Ao direito civil, relativamente aos direitos da personalidade, principalmente, mas não só: é recorrente invocá-la, inclusive, para a revisão de cláusulas contratuais, invocando o direito a um mínimo

⁹ Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana. BRASIL. Constituição (1969)

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* / Luís Roberto Barroso (org.) 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar. p. 329.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153

¹² No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2015, p. 105-106.

existencial como uma dimensão da Dignidade Humana. Bastante recorrente no Direito administrativo quando, pela ineficiência do Poder Público, recorre-se a o Judiciário para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, mesmo que não sejam disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde. Tem sido invocada, inclusive, para que se disponibilize, nas bulas dos remédios, informação em braile ou em fonte ampliada para leitura.¹³

Tecidas as odes ao princípio; vista, pois, a variedade de diplomas normativos em que se encontra e considerado o prestígio do qual o princípio goza, não se pode deixar de esbarrar, quando passada uma análise perfunctória, no seguinte problema: *o que é isto – Dignidade da Pessoa Humana?*¹⁴ O quê, afinal de contas, isso significa? Apesar de parecer ser unanimidade na comunidade jurídica brasileira, o termo é polissêmico e pode assumir, na problemática concreta, significados diametralmente opostos.¹⁵ Tome-se, por exemplo, a discussão sobre a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos: ambos os lados em contenda invocaram-na como argumento, seja para permití-lo, seja para impedi-lo.¹⁶

As respostas para o problema seriam tão numerosas quanto a quem se pergunte. E, certamente, cada qual iria defini-la segundo as suas impressões subjetivas e sua cosmovisão pré-existente. O princípio serviria, desta maneira, como um espelho¹⁷, a refletir as convicções pessoais do interlocutor.

Não é difícil conceber que a conceituação do princípio é tarefa hercúlea, e tal empresa já foi intentada por autores brasileiros de grande prestígio. Nem sequer é a pretensão do presente estudo. No entanto, a partir da revisão da literatura sobre o tema, é possível encontrar a seguinte

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 849794 AgR / SP - SÃO PAULO

¹⁴ Empresto de Lênio Streck, com a devida licença, a forma com a qual ele usualmente intitula seus livros.

¹⁵ Sobre a concordância em ideias abstratas, mas discordância no seu significado, ver SUSTEIN, Cass R., *"Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law,"* University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 147 (2007). "This is an important phenomenon in constitutional law and politics; it makes constitution-making possible. Constitution-makers can agree on abstractions without agreeing on the particular meaning of those abstractions." -

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.* Tradução Humberto Laport de Mello 4. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp. 9-10.

questão, tônica da pesquisa: a dignidade humana, usualmente, representa três facetas para o direito brasileiro. Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana atua como limitador da utilização da pessoa humana como um objeto, face ao valor intrínseco; em segundo lugar, como fundamento para a autonomia da vontade do sujeito, baseada na premissa de que o o homem é um ser moral-racional que pode escolher dentre várias concepções de bem-viver; em terceiro lugar, tem-se a dignidade como impositora de uma solidariedade social, ou, posta de outro modo, como indivíduo merecedor de prestações positivas e abstenções do estado e, por vezes de seus pares. A esta função, denominamos dignidade material.

Para fins do presente estudo, será deixada de lado a terceira concepção e focar-se-á nas duas primeiras, tendo em vista a aparente contradição – como que um princípio pode, ao mesmo tempo, impor dois deveres jurídicos incompatíveis entre si: a autonomia e a restrição da vontade?

Considerando que a busca pelos termos “dignidade da pessoa humana” no portal de jurisprudência do STF retorna 344 acórdãos e oito temas de repercussão geral, há que se estabelecer critérios para se realizar uma análise pertinente e, acima de tudo, factível. Em primeiro lugar, devido a haver um número esmagador de processos que se fundam na dignidade da pessoa humana tramitarem no STF, optou-se por restringir a pesquisa ao controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista a necessária redução do espaço amostral e a sua importância pelos efeitos *erga omnes*

Dada a particular complexidade do tema, recorrer-se-á não a um, mas a dois métodos de pesquisa que auxiliarão no desenvolvimento e conclusão do trabalho. O empírico prestará a fornecer informações sobre *como* a jurisprudência do STF tem se posicionado frente ao princípio, qual (is) significado (s) tem lhe emprestado, de modo a oferecer um panorâma sobre o seu uso, de acordo com definições a serem 2.1.

Terminado o mapeamento, utilizar-se-á método hipotético-dedutivo a fim de testar as hipóteses pelo filtro da *falseabilidade*, tendo em vista comprovar ou rejeitar a suposição principal de que o uso da dignidade da pessoa humana é contraditório

Como marco temporal, tem-se o ano de 1988 - advento da atual Constituição e do princípio - até o presente.

O problema da indeterminação do significado da dignidade humana não é exclusivo deste instituto. Ele se insere, na verdade, em uma problemática maior, o da abertura do direito. Esse problema decorre do caráter vago da linguagem¹⁸, a possibilidade de antinomias entre as normas, a ausência de normas que possam fundamentar uma decisão em especial e, ainda, a possibilidade de se decidir de encontro com a disposição de uma regra em casos excepcionais. Nisso concordam positivistas e pós-positivistas.¹⁹ A diferença, argumenta ALEXY, se dá na interpretação dessa conclusão: para os positivistas, não há como preencher essas lacunas com critérios jurídicos, somente critérios extrajurídicos. Para Kelsen, por exemplo, o processo de atribuição de sentido a uma norma opera-se como o preenchimento de uma moldura: tudo o que nela estiver é válido; não há uma única resposta, tampouco uma resposta correta. Não há um método de interpretação legítimo: todos o são. Todo empreendimento que se proponha a definir a interpretação correta de uma norma escapam à teoria do direito e adentram o campo da política do direito.²⁰ Os juízes, na visão positivista, redigem suas decisões de modo a parecer que as partes já tinham um direito preexistente nos casos difíceis. Mas, na verdade, tal não passaria de uma ficção. O magistrado, na lacuna do direito, estaria a legislar um direito novo. Já os pós-positivistas rechaçam veementemente a tese da discricionariedade, sendo que o caso concreto cuja legislação esteja silente deve ter o seu sentido integrado por princípios jurídicos na busca de uma resposta correta à demanda.²¹

¹⁸ A hermenêutica mais autorizada já consagrou sem sombra de dúvidas que o *texto* é diferente de *norma*. Para Marcelo Neves, professor titular de direito constitucional da UNB, “trata-se aqui de distinguir entre os planos do significante e do significado. A conexão entre ambos implica uma relação semântica de significação ou, de maneira mais abrangente, de dação de sentido no processo de comunicação.” NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 2.

¹⁹ ALEXY, Robert. *O conceito e validade de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 83-84

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 390-393.

²¹ Acerca da resolução de casos difíceis, ver DOWRKING, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2007 p. 127-203.

Além da consulta à jurisprudência do Supremo sobre a questão, serve de base para a pesquisa a bibliografia de autores brasileiros de destaque, como Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Ingo Sarlet, dentre outros.

1.1 Premissas filosóficas

Conforme já dito na introdução deste estudo, a dignidade da pessoa humana deita suas raízes na cosmovisão Cristã, passando pela filosofia clássica (em Cícero), e encontra precedentes também na filosofia renascentista. No entanto, o conceito atual baseado em uma razão pública é o de Kant, em especial no seu trabalho sobre ética mais notável, a *fundamentação da metafísica dos costumes*. Nesta obra se desenvolve a ideia de imperativo categórico, plasmada na fórmula “*age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal*”. Justifica-se a utilização do filósofo por este ser o “pai do conceito moderno de dignidade humana”²², bem como ser o autor não religioso mais citado quando se trata conceito.²³ Desta maneira, ter-se-á uma ideia precisa sobre a origem e a evolução do conceito, de modo a entender as mutações sofridas pelo princípio para as adaptações à realidade contemporânea.

Kant argumenta que a filosofia, depois de respondida a questão sobre o que é a verdade – ou como atingí-la – deve se preocupar com o que fazer com ela; não seria uma atividade meramente contemplativa, mas deve se orientar também à ao modo de proceder do ser humano (*ethos*). Essa seria de modo simples, a diferença entre os conceitos de razão pura e razão prática.²⁴

A ética Kantiana possui como pressuposto a liberdade. Em outras palavras, só se pode julgar uma ação moral como tal se houver a possibilidade de escolha - “dever implica poder” (*ought implies can*).²⁵

²² MCRUDEN, Christopher. *Human Dignity and judicial interpretation of human rights*. In: The European Journal of International Law Vol. 19 no. 4. p. 659.

²³ Ibid.

²⁴ SCRUTON, Roger. *Kant: a very short introduction*. Nova Iorque, Oxford University Press. p. 73

²⁵ Ibid. p. 74

E os seres humanos, ao contrário dos animais, são livres para escolher. As condutas, sejam animais ou humanas são regidas pela *inclinação* ou pela *vontade*. Aquela tem como fundamento o prazer ou a dor. Agir conforme a *inclinação* denomina-se *interesse*. Ora, ambos animal e homem possuem a faculdade de sentir prazer e dor, logo, estão sujeitos às inclinações. Os animais, dirá o filósofo, agem invariavelmente conforme as suas inclinações e não o podem fazer de outro modo, pelo que se conclui que *se dever implica poder*, como dito acima, os animais não são livres, e por isso, não são *agentes morais*.²⁶

O ser humano certamente possui o seu arbítrio afetado pelas inclinações ou impulsos, mas certamente não são *determinados* por eles. Ele pode, no entanto, guiar-se por uma lei imperativa, que tenciona ter validade universal que é fruto de sua razão. Essa é a *vontade*.²⁷

E essa agência moral, liberdade ou autonomia – como se quer que chame - é que é a fonte e fundamento da sua dignidade, ou seja, do seu valor incomparável e absoluto, que não se pode cambiar por aquilo que se qualifica como objeto:

Somente o homem considerado como pessoa, isto é, **como sujeito de uma razão prático-moral** eleva-se acima de qualquer preço; pois como tal (homo noumenon) tem de ser avaliado não meramente como meio para outros fins, nem mesmo para seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto), pela qual ele constringe todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade.²⁸

²⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Petrópolis. Editora Vozes. 2013 p.20-22

²⁷

²⁸Ibid, p. 208

CAPÍTULO 2: O QUE É ISTO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

2.1 A natureza jurídica da dignidade humana

Não é difícil perceber a importância que a dignidade da pessoa humana possui para o ordenamento jurídico brasileiro. Afinal de contas, ela é *fundamento da República*.²⁹ Mas, o que exatamente isso significaria? A dignidade se consubstanciaria em princípio, regra, um direito fundamental, um *postulado normativo*? Ou, ainda, em outra categoria *sui generis*, tal qual sugerida pelo texto constitucional? Qual é a sua tipologia, a sua natureza jurídica? Longe de ser uma pergunta ociosa, a inquirição sobre a sua natureza jurídica traz efeitos práticos, sem dúvidas. Para responder à essa pergunta, é pertinente a consulta da bibliografia existente sobre o tema.

Segundo a teoria atualmente dominante acerca do modelo de regras, ambos princípios e regras veiculam deveres jurídicos. Diferentemente da teoria clássica, que classificava princípios e regras conforme o seu grau de abstração, a moderna teoria constitucional afirma com segurança que a sua diferença é na verdade ontológica. Eles diferem segundo o seu modo de aplicação. Enquanto que a regra aplica-se ao modo “tudo ou nada” – uma vez tida como válida e vigente -, aos princípios jurídicos, por outro lado, atribui-se uma dimensão de *peso*. Dado um caso concreto, não se diz que um princípio, frente a outro, é válido ou inválido: ambos são aplicáveis à controvérsia; o “critério de desempate” é a importância que cada princípio assume face à situação fática que reclama a sua aplicação.³⁰

Alexy vai um pouco além de Dworkin e propõe serem os princípios *mandados de otimização*, o que quer dizer que o comando inserido no princípio deve ser exercido na maior intensidade possível, *obedecidas as possibilidades fáticas* (ou seja, a possibilidade real de sua execução) *e jurídicas* (obedecendo os limites impostos por outras regras e princípios).³¹

²⁹ Art. 1º, III da Constituição

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 73

³¹ Ibid, p. 74

Relativamente à dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso é peremptório quanto a sua classificação. A dignidade humana não é um direito fundamental, mas um princípio jurídico. Isso porque, dirá Barroso, a dignidade humana é passível de ponderação, uma vez que “fornece argumentos que devem ser considerados pelos juízes”.³² Quanto à possível classificação como um direito autônomo, o ora Ministro argumenta que, conquanto direitos e princípios sejam intimamente ligados - uma vez que ambos constituem uma abertura axiológica no Ordenamento - eles não se confundem, uma vez que a dignidade da pessoa humana é *fonte de direitos*, não o direito em si.³³

Em comentário adicional a esse posicionamento, pode-se dizer que a dignidade é um atributo inerente à pessoa humana; ela não é concedida. O que entitula o ser humano como sujeito de direitos é o seu valor intrínseco, e não o contrário. A pessoa humana possui direitos porque é digna; não é digna por ter direitos, como se tal fosse uma liberalidade do Estado. Aliás, é nesse sentido que se posiciona Ingo Sarlet, afirmando que, ainda que se possa deduzir dela o fundamento para direitos fundamentais – escritos e não escritos (relembrar a cláusula de abertura do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição) – ela mesma não é um direito. O que poderia haver seria o “direito de ter a sua dignidade respeitada”, ou ainda, o “direito de ter uma vida digna”, uma vez que a dignidade é predicado inalienável do ser humano, confundindo-se com a sua própria essência, como também registrou o Tribunal Constitucional alemão.³⁴

Nos parece também que além da categoria de princípio, a dignidade da pessoa humana, tal qual sugeriria o texto constitucional, poderia ser também encarada como um postulado normativo ou uma *metanorma*.

Senão, vejamos.

³² BARROSO, Luís Roberto. Op, cit., p. 65.

³³ Ibid. p. 67

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2015. p. 102.

Outra concepção acerca da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana refere-se à sua função como postulado normativo. Embora a doutrina aqui analisada na revisão bibliográfica não a defina explicitamente como tal, a sua justaposição com a definição de postulado, a análise da jurisprudência de nossa Corte Constitucional, bem como as afirmações dos autores acerca da sua função podem seguramente levar à conclusão de que a dignidade humana se enquadra tipologicamente na categoria de postulado.

A teoria dos princípios de Humberto Ávila dá um passo além do modelo de regras dicotômico para introduzir um terceiro elemento na equação: os postulados normativos. Os postulados normativos são normas de segundo grau ou metanormas que estruturam o modo de aplicação das demais – regras e princípios.³⁵ A dignidade humana, além de apontar para um estado de coisas a ser alcançado ou um fim a que se deva realizar, levando em conta as limitações fáticas e normativas, serve de vetor ou norte no momento da interpretação das normas. Essa função já foi, inclusive, reconhecida pelo Supremo quando do julgamento da possibilidade da fertilização *in vitro* quando no seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski assim registrou:

*“Humberto D’Ávila, com arrimo nas idéias de Karl Larenz, Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros, distingue três modalidades de normas jurídicas : as regras, os princípios e os postulados. As primeiras correspondem a comandos que determinam condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas. Já as segundas estabelecem condutas necessárias para a consecução de determinados fins. Os postulados, por sua vez, consubstanciam verdadeiras metanormas, isto é, normas que estabelecem a maneira pela qual outras normas devem ser aplicadas. A partir dessa classificação é possível definir a dignidade da pessoa humana como um postulado normativo, ou seja, uma metanorma, que confere significado aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida, considerado, aqui, como já assinalado, não apenas sob a ótica individual, mas encarado, especialmente, sob um prisma coletivo.”*³⁶

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo. Malheiros. 2005. p. 88.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 849794 AgR / SP - SÃO PAULO

Essa função de baliza ou parâmetro se encontra nas obras dos juristas analisados nesse capítulo, porém, de forma latente, ou seja, não apontam diretamente para a dignidade humana como um postulado normativo; às vezes identificam nela um “papel interpretativo”³⁷ ou “hermenêutico”³⁸. Assim, dignidade da pessoa serviria não somente como um estado de coisas a ser alcançado, mas, ainda, como *parâmetro de aplicação das normas*. Posto de outro modo, dado um caso concreto, a dignidade humana atuaria como um vetor interpretativo, quando, dada duas interpretações jurídicas possíveis, “puxaria” o provimento jurisdicional para a decisão que mais se adequaria a ela. Aliás, a própria localização geográfica do postulado denuncia a sua função como vértice da pirâmide axiológica.

A qualificação como fundamento da República, como proclama o Texto Constitucional, parece demasiado vaga e até ornamental, retórica. O que implicaria ser fundamento da República? A doutrina até então não identificou tal categoria normativa e o que ela possa significar.

2.2. “E pela minha lei, a gente era obrigado a ser feliz”: os significados da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro

A dignidade da pessoa humana é um termo especialmente aberto, o que levanta ordinariamente a dúvidas quanto a sua capacidade de fundamentar satisfatoriamente as decisões judiciais. Se a afirmativa anterior é correta, não se pode, por outro lado, afirmar que o princípio (ou postulado, conforme a classificação que se adote) careça de qualquer definição. A hercúlea empresa já foi tentada pelos autores aqui abordados e, embora haja divergências pontuais, podem ser condensados nos seguintes concepções.

³⁷ “Outro papel da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto (o qual, a propósito, não está na constituição dos Estados Unidos). Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir seu sentido nos casos concretos.” (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo/ a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laporet de Mello 4. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 66)

³⁸ “Como fundamento da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana desempenha também um papel hermenêutico extremamente relevante, devendo guiar os processos de interpretação, aplicação e integração dos direitos”

Em primeiro lugar, a dignidade humana implica o reconhecimento de um **valor intrínseco** ao indivíduo, que deve ser respeitado pelo Estado, pelos particulares e até mesmo pelos **próprios indivíduos**. Esta dignidade serviria de fundamento para a ideia de que o Estado precisa proteger certos direitos essenciais do homem, não apenas contra ameaças do próprio Estado, mas também, em situações extremas, contra o próprio titular desses direitos³⁹ – ainda que o exercício dessa autonomia não prejudique a ninguém, a não ser o próprio sujeito. Exemplo clássico dessa concepção é o do “arremesso de anão”, historieta quase que obrigatória como introdução ao estudo dos direitos da personalidade.

Na França, na cidade de Morsang-sur-Orge, era recorrente nos bares uma competição chamada *lancer de nain* – o lançamento de anão. Tal competição consistia nos clientes lançarem uma pessoa anã – devidamente paramentada com capacetes e roupas acolchoadas – em um colchão de ar o mais longe possível. Aquele que o conseguisse era o vencedor da contenda. Manuel Wackenheim, um dos funcionários de um bar, parecia bastante contente em ser arremessado e retirava a sua fonte de sustento do desse ofício, mesmo porque o mercado de trabalho é especialmente restrito a essas pessoas. Entretanto, o Prefeito da cidade não partilhava do mesmo sentimento. Proibiu a prática mediante ato administrativo, para a infelicidade dos anões daquela comuna francesa. Wackenheim, contudo, apelou à Corte administrativa de Versailles, que acolheu o seu pedido entendendo que não havia perigo à saúde, à segurança ou à ordem pública. Irresignado, o Prefeito levou o caso ao Conselho de Estado Francês, que finalmente vetou a prática por entender que violava a **dignidade humana**.

O caso ainda tomou dimensões internacionais, sendo levado ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas; no entanto, manteve-se a decisão do Conselho de Estado Francês, sob o fundamento de que a decisão foi tomada sobre critérios objetivos e razoáveis, não sendo procedente a alegação de Wackenheim acerca da alegada discriminação sofrida pelas autoridades francesas.⁴⁰

³⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2.

⁴⁰ Para uma descrição mais pormenorizada do caso, v. op. cit.

Além desse caso paradigmático, o direito comparado abunda de exemplos nesse sentido: a Corte de Justiça Européia referendou o veto do Prefeito da cidade de Bona, na Alemanha, de um jogo chamado *laserdrome*, que consistia em atirar no oponente com uma arma de *laser* completamente inofensiva, restando acordado que

“O direito comunitário não se opõe a que uma actividade económica que consiste na exploração comercial de jogos de simulação de actos homicidas seja objecto de uma medida nacional de proibição adoptada por razões de protecção de ordem pública, devido ao facto de essa actividade ofender a dignidade humana.”⁴¹

A suprema Corte de Israel reconheceu a legitimidade da censura de algumas cenas em filmes pornográficos sob o fundamento de que o “*valor artístico*” da produção deveria ser sopesado com a dignidade da pessoa humana, em razão do tratamento degradante dispensado aos atores, sobretudo às mulheres.⁴²

Tal concepção da dignidade humana como um direito indisponível⁴³ não é exclusiva do direito alienígena, sendo uma grande tônica da nossa Lei Civil, especialmente relativa ao capítulo dedicado aos direitos da personalidade. Por exemplo, o nosso Código do Direito Privado dispõe que,

“salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”⁴⁴

⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-36/02. Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH *contra* Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn. Luxemburgo, 14 de outubro de 2004. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62002CJ0036&lang1=en&type=TXT&ancre=>>>

⁴² ISRAEL. *Station Film Co. v. Public Council for Film Censorship* (1994) 50 PD (5) 661

⁴³ Entenda-se a formulação com as devidas ressalvas: na verdade, a dignidade não é um *direito* propriamente dito, uma vez que é um atributo inerente à pessoa humana; entenda-se, portanto, que essa limitação atinge os direitos conexos à ela, como a honra, a imagem, a integridade física e psíquica, etc.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de jan de 2002. Código Civil, Brasília, DF

bem como que

“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”⁴⁵

Um caso curioso na jurisprudência nacional refere-se à proibição da rinha de galo no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856/RJ. Além de fundamentarem a decisão na evidente proibição de comportamentos que “coloquem em risco [a] função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”⁴⁶, os Ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski asseveraram, respectivamente, que

“a proibição [da rinha de galo] também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuem o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República.”,

bem como que

“[...]está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana.”⁴⁷

Essa faceta da dignidade humana impõe uma restrição **heterônoma**, ou seja, exterior ao indivíduo à liberdade individual. Está muito presente, por exemplo, na vedação à prostituição. Ainda que não seja proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro – relativamente à prostituta - a cafetinagem ou rufianismo é tipificada na lei penal e apenada com um a quatro anos de reclusão.⁴⁸ A partir disso, pode-se entender que a lei brasileira veda que o alguém se sirva de uma pessoa apenas como um objeto descartável, desconsiderando o seu status de *agente*, predicado da

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Art. 225, §1o, VII da Constituição

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 26.05.2001

⁴⁸ Art. 230, CP

condição humana. Tratar alguém como uma coisa significa desumanizá-lo e assim diminuí-lo em sua dignidade.

Se não é criminalizada com relação à prostituta, nem por isso se pode dizer que ela é legalizada: há aí uma diferença sutil, porém essencial. O silêncio da lei na sua regularização, bem como a negativa em investí-la de qualquer status jurídico⁴⁹ é a prova da vedação à coisificação pessoal, **mesmo que** autorreferente.

Importante contrapor aqui uma posição de Barroso. O autor entende que a dignidade como valor intrínseco estaria cindida da dignidade como “valor comunitário” – aqui cognominada “heteronomia”. Ele enumera como conexa à dignidade como valor intrínseco os direitos à vida, à igualdade perante à lei e à integridade física e psíquica.⁵⁰ Por outro lado, coloca a imposição de condutas ou concepções de boa vida heterônomas como um *valor comunitário* da dignidade humana.⁵¹ Embora não incorreta, entendemos que o valor intrínseco impõe que do ser humano impede que o mesmo seja tratado como objeto – fundamento dos direitos acima - bem como *se trate* como objeto; razão pela não são mais do que duas faces da mesma moeda.

Outra concepção acerca da dignidade da pessoa humana que vai de encontro com a exposta anteriormente é a da dignidade como **fundamento da autonomia individual**.

Conforme o pensamento moral kantiano, o ser humano possui uma faculdade a qual os animais não compartilham, qual seja, a liberdade de agir. Embora estes sejam dotados de maior ou menor inteligência, eles estão vinculados nas suas ações aos seus instintos e necessidades fisiológicas e não conseguem dirigir finalisticamente a sua conduta conforme um imperativo moral racionalmente concebido. Estariam assim equiparados a autômatos, ou a um relógio em

⁴⁹ Nesse sentido, ver BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 11748720145120036, Min Rel. IVES GANDRA MARTINS FILHO, DEJT 02.05.2018: “VÍNCULO DE EMPREGO. PROSTITUIÇÃO. Não há vínculo de emprego entre a casa que explora a prostituição e a prestadora desses serviços, ante a ilicitude do objeto que alicerça a relação jurídica, nos termos do art. 104, II, do Código Civil.”

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 78.

⁵¹ Ibid. p. 87-98

que se dá corda⁵², regidos pela lei da natureza, a causalidade. O ser humano, como ser (também) transcendental, age por *motivos* e não é premido somente pela necessidade.

Sendo um ser autônomo, o ser humano é capaz de escolher, dentre várias concepções de bem-viver, a que mais lhe apetece. E dessas concepções eudaimonísticas pode haver a escolha de uma religião (ou nenhuma), torcer para um time de futebol, onde passar as suas férias, filiar-se a um partido ou em outro, exercer certa profissão... enfim, as possibilidades são tantas quanto a mente humana possa imaginar. E várias delas já estão asseguradas explicitamente na Constituição – o direito à crença (art.5º, VI, VII e VIII), à livre associação (5º, XVII) à liberdade de profissão (5º, XIII). E se a Constituição, porém, não resguardar alguma liberdade ao indivíduo, será que este estaria à mercê do legislador ordinário e das autoridades administrativas? A resposta parece evidente sobretudo pela cláusula de abertura dos direitos fundamentais da Lei Maior (art. 5, §2º). E a dignidade da pessoa humana, como fonte de direitos não escritos⁵³ proscree a atuação do Estado no âmbito privado de maneira arbitrária. Esse foi, aliás, o caso que será analisado adiante, na ADI 4.277, julgada em conjunto com a ADPF 132, onde o STF decidiu que, mesmo no silêncio da legislação ordinária, e não obstante interpretações dadas por autoridades administrativas, a **dignidade da pessoa humana** era garantidora do seu direito de constituir família, pela união estável ou pelo casamento.

Nesse sentido, no que toca às escolhas individuais que competem somente à pessoa (e não invadam a esfera dos outros), o Estado deveria adotar não somente uma postura negativa ou de não-interferência, mas também uma postura positiva de garantia da liberdade em face da sociedade, sobretudo quando se trate de minorias discriminadas.⁵⁴

No que se refere à autonomia privada, uma reflexão de Daniel Sarmiento é pertinente; esta não se confunde com a autonomia da *vontade*. O último carrega caráter fortemente patrimonial, herança de um Direito Civil clássico que era voltado essencialmente às coisas e não às pessoas.

⁵² DESCARTES, René. *Discurso do método*. 4a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 70.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*. ed. Porto Alegre: livraria do advogado. p. 166.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 147.

Essa concepção que frequentemente se utiliza para reforçar a força vinculante dos contratos ignora, no mais das vezes, ignora as assimetrias de poder. A autonomia privada, pelo contrário, assume caráter eminentemente existencial e vem em socorro das minorias que costumeiramente sofrem investidas do arbítrio da maioria. Essa se consubstancia no direito de a pessoa escolher, de forma desembaraçada, aquela concepção de boa vida que mais lhe aprouver.⁵⁵

Por medida de rigor metaético, todavia, permita-se discordar da autonomia como corolária da dignidade da pessoa humana. A autonomia não é bem uma concepção moral deontológica, mas possui na sua origem forte inclinação utilitarista. A autonomia privada se fundamenta essencialmente no princípio do dano⁵⁶, cunhado por John Stuart Mill, que se resume na fórmula fórmula: “a minha liberdade termina quando começa a sua”. Sabe-se que as éticas utilitarista e kantiana são tanto nos fundamentos como nas finalidades, diametralmente opostas.

No nosso ver, a dignidade humana como autonomia parece mais ser um enxerto na concepção kantiana. Por um dever de coerência, para introjetar a autonomia no princípio da dignidade humana deve-se ou abandonar a tese de que ela possui base em Kant, ou rejeitá-la de todo; não nos parece, contudo, nem um pouco pertinente viver sem um limite à ação do Estado ou às intromissões de terceiros. Poder-se-ia, contudo, atribuir sentido mais técnico à autonomia privada, ligando-a, por exemplo, ao direito geral de liberdade (art. 5º, *caput* e inciso II da Constituição)

Entretanto, é essa a posição adotada pela literatura; **utilizê-mo-la.**

⁵⁵ Ibid, p. 141-142

⁵⁶Nas palavras do filósofo, “That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise.” MILL, John Stuart. *On liberty*. Obra sob domínio público. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 01/06/2018. p.13.

Por último, identifica-se também uma concepção **material** da dignidade da pessoa humana. Ela é a que mais comumente se adota no direito brasileiro e no âmbito do STF. Se consubstancia em garantias prestacionais fornecidas pelo estado para a proporcção de um “mínimo [conforto] existencial” aos cidadãos, materializada em assintência social, atendimento médico-hospitalar, salário mínimo, etc, bem como, no seu sinal trocado (aspecto negativo) evitar que terceiros e o próprio Estado inflijam sofrimentos insuportáveis aos outros. Nesse sentido está a vedação da tortura, à morosidade excessiva no processo penal, ao trabalho escravo e também – como alguns Ministros votaram – a permissão da gestante interromper terapeuticamente a gravidez de feto anencéfalo, cuja sua proibição implicaria imprimir à gestante sofrimento análogo à tortura. Em outras palavras, trata-se de garantir um mínimo de **bem-estar** aos sujeitos de direitos fundamentais. Batizamo-la de **material** em contraponto às concepções de dignidade como valor intrínseco e à autonomia, que possuem caráter eminentemente **existencial**.

Nesse sentido, é importante a lição de Ingo Sarlet:

“Já os direitos sociais de cunho prestacional (especialmente compreendidos como direitos a prestações fáticas) encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material, mas especialmente (e além disso), buscando assegurar uma existência com dignidade, constatação esta que, em linhas gerais, tem servido para justificar um direito fundamental (mesmo não expressamente positivado, como já demonstrou a experiência constitucional estrangeira) a um mínimo existencial, compreendido aqui (...) não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital), mas sim, bem mais do que isso ou seja, uma vida com dignidade”.⁵⁷

Em razão do que o estudo se propôs a analisar – a utilização contraditória ou paradoxal no STF do princípio da dignidade da pessoa humana – decidiu-se não se debruçar sobre a jurisprudência no que toca a este último uso; este não parece tanto problemático

Dito isto, é preciso advertir que a classificação tripartite – dignidade como valor intrínseco em sentido estrito; dignidade como valor intrínseco (heteronomia); e dignidade material - adotada não é feita desse modo pela bibliografia consultada. Porém, acredita-se ser esta a mais

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 166.

conveniente (com a ousadia de discordar dos autores trazidos) porque pode-se extrair duas dimensões de proteção do princípio, uma **material** (mínimo existencial, bem-estar) e outra **existencial (valor intrínseco)** – concernente às escolhas de vida do indivíduo - , esta última subdividindo-se em duas: **autonomia e heteronomia**.

O que não seria possível concordar é que no “valor comunitário”, defendido por Barroso possa ser fundamentada a restrição da autonomia pessoal com fundamento no consenso social. Esse posicionamento do Ministro se resume na ideia de que se há um consenso social sobre a repulsa de uma determinada matéria, esta poderia ser proibida com fundamento na dignidade da pessoa humana. O autor para justificar a sua posição traz como exemplos o incesto e a pedofilia, que a sociedade sem sombra de dúvidas abomina de maneira unânime.

Embora sofisticada a teoria e até razoável na maior parte dos casos, o consenso social sobre uma questão moral não é fundamento que pudesse ser validamente utilizado, uma vez que ele pode ser motivo de total engessamento do direito e razão de manutenção de injustiças. Por exemplo, até muito pouco tempo atrás, a homoafetividade era completo tabu na sociedade, sendo por vezes chamada de “*pecado nefando*”; também o era, na sua época, a escravidão.

Entretanto, pode-se admitir a restrição à liberdade individual com base em uma razão pública – no caso, o imperativo categórico, na medida em que o sujeito possa fazer mal a si mesmo (leia-se, se fazer objeto). Nesse tocante concorda, por exemplo, Anderson Schreiber.⁵⁸

Feito o mapeamento dos significados da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro, é quase que espontânea a emergência do seguinte problema: como pode o mesmo princípio ser fonte de dois posicionamentos diametralmente diferentes? Como pode ela ser fundamento para a autonomia e, ao mesmo tempo, para a restrição desta?

⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 4.

Constatada a polissemia do princípio estudado, as seguintes hipóteses são levantadas: 1: a dignidade da pessoa humana é, utilizada como uma *fundamentação de conveniência*, de modo a inserir, por meio de um valor pretensamente universal, a impressão subjetiva de cada magistrado, configurando-se assim o fenômeno (que se explanará logo adiante) do *flip-floping*. Em outras palavras, o magistrado modificará a sua ideia de dignidade da pessoa humana conforme ela seja harmônica com as suas ideologias políticas e as suas cosmovisões para atingir determinado resultado no caso concreto. Se sou a favor do aborto, por exemplo, defenderei até a morte que a dignidade é fundamento da autonomia do ser humano; se, por outro lado, sou contra a prostituição, defenderei que aquele que se prostitui ofende a sua própria dignidade. Caso não se constate a hipótese anterior, buscar-se-á se as contradições verificadas nas decisões do Supremo não são senão aparentemente paradoxais, havendo, na verdade, motivos relevantes nas discrepâncias que não os comprometimentos ideológicos de cada julgador.

Cumpra então, face às questões levantadas, analisar a jurisprudência da Suprema Corte Brasileira no que tange à Dignidade da Pessoa Humana, nas decisões em que se a utiliza, a fim de identificar se a jurisprudência do Tribunal em questão possui um conceito sólido sobre o que o princípio significa ou se, por outro lado, não há consenso sobre o seu significado, havendo até mesmo um comportamento contraditório.

3. REFERENCIAL TEÓRICO-METODOLÓGICO

3.1. Os institutional flip-flops

Constatada essa aparente contradição no uso do princípio, é de importância fulcral para esta pesquisa o estudo do artigo “*institutional flip-flops*”, de autoria de Cass Sustein e Eric Posner. O fenômeno batizado com o mesmo título do artigo pode ser definido como a a troca abrupta da posição de um sujeito sobre um valor institucional (*e.g.* quais seriam os legítimos poderes do Supremo, a legitimidade de um processo de *impeachment*, a validade de uma interpretação literal ou substantiva de determinada regra) baseada em interesses partidários ou políticos ou, ainda, no comprometimento com uma visão de mundo. Em outras palavras, ocorre o *flip-floping*⁵⁹ quando, em dois diferentes pontos no tempo, um sujeito (pessoa, instituição ou órgão) toma diferentes posições sobre a validade de uma mesma afirmação e não há diferenças relevantes que a justifiquem senão um compromisso ideológico, político, etc.⁶⁰

Para não ficarmos em uma definição tão abstrata, o conceito torna-se mais claro se trazidos alguns exemplos que, sem dúvida, se amoldam ao fenômeno do *flip-floping*.

No caso norte-americano temos a discussão sobre os poderes de declarar guerra: *em que ocasiões o Presidente está autorizado a fazê-lo?* Em 1999, o então Presidente Bill Clinton – um Democrata - enviou forças militares à Sérvia sem a autorização do Congresso americano, o que causou frenesi nas fileiras Republicanas. A mesma indignação também ocorreu com os membros do *grand old party* quando o Presidente Obama se utilizou do mesmo expediente ao enviar tropas à Líbia e ameaçou fazer o mesmo com a Síria. O mesmo frêmito, contudo, não ocorreu aos Republicanos quando o Presidente Bush utilizou força militar no Panamá sem autorização legislativa, o que era objeto de revolta quando tal conduta era adotada pelo partido opositor. A súbita mudança de opinião relativa a um desenho institucional que favorecesse ou restringisse o

⁵⁹ Permita-se utilizar a expressão em inglês, uma vez que o termo é de difícil tradução e não encontra correspondente na nossa língua.

⁶⁰ POSNER, Eric Andrew; SUSTEIN, Cass Robert. *Institutional flip-flops*. In: University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper no. 501, 2015. p. 7.

chefe do Executivo nos seus poderes – de declarar guerra, no caso - operou-se unicamente em razão dos compromissos partidários das partes em questão.

Já no caso brasileiro, foi notória a participação do Partido dos Trabalhadores no processo de impeachment do ex-Presidente Fernando Collor de Mello, quando, em 1992, precedido de uma crise de governabilidade sem precedentes (em grande parte por sua desastrosa política econômica, o Plano Collor) o então Chefe do Executivo federal era deposto do cargo por crime de responsabilidade. A acusação se baseou em depoimentos do seu irmão, Pedro Collor, que lhe imputava a prática de diversos atos de corrupção, o mais notório relativo à compra de um fiat elba com o cheque de uma conta fantasma do tesoureiro de sua campanha, PC Farias. À época, o Partido dos Trabalhadores assumiu uma posição de destaque, sendo um dos principais arautos da campanha, tendo protocolado 50 dos 132 pedidos de impeachment. O então líder do Partido no Senado à época registrou que

“não é o presidente Ibsen Pinheiro, não são os partidos que sustentam o processo de impeachment do Presidente da República e não é esta casa; mas sim, a Constituição que estabelece que a autorização é matéria de competência da Câmara dos Deputados”⁶¹

Não se pode ignorar que há muitas opiniões de peso contra o *impeachment* de Dilma Roussef, argumentando-se que não houve crime de responsabilidade no mandato da ex-Presidente ou que, por outro lado, também ocorreram crimes nos mandatos anteriores, mantendo-se o TCU e o Congresso naqueles casos convenientemente silentes. Tal posicionamento se sustentaria (de maneira muito razoável) na constatação de que, no julgamento em ambas as Casas do Congresso, o foco não era nem de longe o cometimento ou não dos ilícitos constantes da denúncia, mas sim as suas virtudes como Chefe do Executivo federal. Tal posicionamento, no entanto, ao invés de invalidar a teoria dos *flip flops* a confirma: se procedente a argumentação dos partidários da ex-Presidente, o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas da União teriam apelado para um valor pretensamente universal, válido para todos – a higidez fiscal – para atingir

⁶¹MADEIRO, Carlos. Em 1992 o governo se defendia de “golpe”, e PT via democracia em impeachment. **UOL notícias**, Maceió, 23 mar 2016. Disponível em < <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/03/23/em-1992-governo-se-defendia-de-golpe-e-pt-via-democracia-em-impeachment.htm>.> Acesso em 16 maio 2018.

um resultado concreto que, no final das contas, nada tinha a ver com a responsabilidade fiscal, sendo que em outras ocasiões se furtaram a fazê-lo. Aliás, essa dupla acusação de argumentação hipócrita é bastante comum quando tratamos desse fenômeno, uma vez que “*a acusação de hipocrisia é tão promíscua quanto o próprio comportamento contraditório.*”⁶²

Esses dois exemplos de argumentos “hipócritas” se inserem no contexto do Poder Legislativo, em especial, à política partidária. No entanto, o fenômeno não se restringe à esse Poder, pelo contrário: todas as esferas do Estado estão sujeitas às argumentações de conveniência. O Judiciário, por consequência, não estaria de fora, uma vez que é composto de pessoas de carne e osso com suas inclinações ideológicas ou partidárias. Ora, os exemplos não são difíceis de imaginar. Suponha um juiz conservador, por exemplo. Estivesse encarregado de julgar a ADI 4.277, que versou sobre a possibilidade de casais homoafetivos contraírem união estável, ele certamente apoiaria uma postura mais autocontida do Supremo Tribunal Federal. Explicaria, na sua decisão, que cabe à Corte a guarda da Constituição, não atuar como legislador positivo e assim ofender o princípio da separação de poderes.

O mesmo magistrado, contudo, se interpelado sobre a inconstitucionalidade de uma eventual legalização do aborto, defenderia o papel da Corte na defesa dos direitos fundamentais e encamparia o argumento de que a separação entre poderes não é absoluta.⁶³

Uma particularidade do caso da dignidade é que não são argumentos opostos que evocam princípios opostos, como o separação de poderes ou supremacia executiva; uma interpretação textualista *versus* interpretação finalística ou consequencialista. Ao contrário, o próprio princípio é fonte de conclusões contraditórias.

Uma solução para esse problema seria a aplicação de um *véu da ignorância*, segundo os autores do artigo. O véu da ignorância é um experimento mental desenvolvido por John Rawls

⁶² Ibid, p. 6.

⁶³ Pessoas são complexas e podem não aderir a um “pacote de ideias” automaticamente; utilizou-se desse exemplo hipotético apenas a título de ilustração.

para tentar definir o que seria uma sociedade justa. Nesse experimento, os agentes em uma posição inicial haveriam de deliberar sobre que tipo de sociedade, governo e instituições quereriam para si. No entanto, nesse caso hipotético, os sujeitos nessa posição inicial não saberiam que posição iriam ocupar depois da deliberação: se ricos ou pobres, se mulheres ou homens, se brancos ou negros, gays, héteros e assim sucessivamente. Por essa razão eles iriam chegar a um consenso sobre o que seria justo para todos.

E é com base nesse experimento do véu da ignorância segundo Rawls que podemos deliberar racionalmente sobre uma sociedade justa.

A constatação da ocorrência desses argumentos escorregadios concludaria então à doutrina constitucional a resolver, vez por todas (na medida da possibilidade, é claro) a problemática da definição do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo critérios imparciais que poderiam ser aplicados a todos os casos sem exceção, deixando de lado os comprometimentos pessoais com ideologias políticas e visões de mundo.

3.2. O novo realismo legal

O presente estudo não seria possível não fosse a tentativa de entender como a “personalidade” dos juízes influenciam as decisões judiciais e como diferentes arranjos institucionais podem favorecê-la ou inibi-la.

O realismo legal, tal qual concebido inicialmente, foi uma resposta à já consensual indeterminação do Direito. Em um caso difícil, (pelo menos) duas teses mutuamente excludentes são aplicáveis a um caso concreto. Trazendo para o objeto do trabalho, a dignidade da pessoa humana foi utilizada no contexto da ADPF 54 tanto para interpretar o Código Penal conforme a Constituição de modo a descriminalizar o aborto de fetos anencefálicos como para proscrevê-lo. As premissas do novo realismo legal parecem desafiar a concepção dworkiana do direito como uma busca por integridade – uma das “virtudes” do direito tendente a limitar a discricionariedade

judicial, através uma vez que critérios extrajurídicos são determinantes para o resultado final de uma decisão judicial. Assim, o realismo legal – ao menos descritivamente – se aproxima mais da teoria hermenêutica positivista.

A premissa teórica do novo realismo legal é a afirmação de que as lacunas legais nos chamados casos difíceis⁶⁴ – problemática já abordada anteriormente – são preenchidos pelos juízes não com base em um raciocínio metodológico impessoal próprio ao direito – uma “técnica” -, mas os julgadores, na sua tarefa de dizerem o direito no caso concreto são influenciados, se não de maneira determinante, de uma maneira muito forte por **elementos extrajurídicos** referentes à sua própria pessoa, a sua “personalidade” (aqui entendida como as opções políticas, sexo, etnia, experiência profissional prévia, etc) como também, pelos **arranjos institucionais** em que eles se encontram inseridos. Ou, em outras palavras, o direito – compreendido como as normas e os precedentes – não é o determinante no resultado de casos particulares, mas as características subjetivas dos juízes.

Nesse sentido, a fundamentação judicial e o raciocínio empreendido pelos julgadores – mormente quando falamos de ponderação, recurso extremamente maleável – não são senão um verniz para encobrir a discricionariedade na aplicação na lei e o fato de que os juízes atuam como verdadeiros legisladores nos casos concretos. Como certamente não é muito elegante dizer que “eu decido dessa maneira porque acredito que certa religião ou cosmovisão política é a correta” , o que ocorre, dirão os realistas, é que caso já estava decidido desde o começo: a roupagem jurídica vem para justificá-la. Ocorreria, então, justamente o contrário: decide-se primeiro, para depois dar uma fundamentação à decisão.

Em síntese, novo realismo jurídico vem para refutar a ideia de que chamada de “formalista” de que o direito é um campo autônomo e que possui a sua lógica interna e técnica próprias⁶⁵

⁶⁴ Diria também que até mesmo em casos mais diretos; porém, o ônus argumentativo de ir contra a lei frontalmente é maior e pode não compensar para a credibilidade do julgador.

⁶⁵ TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Nova Jersey, Princeton University Press. p. 181.

Porque *novo* realismo jurídico? Ora, a ideia de que as características pessoais e opiniões políticas dos juízes interferem na decisão não é nova e talvez tenha caído até no senso comum. No entanto, o novo realismo legal toma essas posições como hipóteses e se põe a testá-las, através de estudos empíricos⁶⁶ – assim como se propõe esse estudo.

Como exemplo extraído da literatura estrangeira, temos uma exaustiva análise do comportamento dos juízes federais das Cortes de Apelações. Constatou-se também que há arranjos institucionais que tentem a limitar essa interferência política ou até radicalizá-la.

Tal hipótese acerca do procedimento de decisão dos juízes é especialmente importante no caso brasileiro, sobretudo por conta de nossa Suprema Corte ter os seus Ministros indicados pelo Presidente da República e o processo de sabatina ser um tanto quanto laxo. Some-se a isso ser a Suprema-Corte o órgão que tem o poder da última palavra ou de “errar pela última vez”⁶⁷ relativamente às questões de índole constitucional (ou seja, virtualmente tudo) e se tem um seríssimo problema de legitimidade, sobretudo considerando que os juízes não são eleitos.

Por outro lado, não se pode ignorar também que a democracia representativa vem perdendo bastante prestígio. Como não existe vácuo de poder, o Judiciário vem avocando para si esta tarefa, e a judicialização da política já é um fenômeno consensual entre os estudantes da política e do direito. Não há tema polêmico que não passe pelas Supremas-Cortes; no Brasil não é diferente. Legalização do aborto, eutanásia, fertilização *in vitro*, tarefas que tipicamente competem ao legislativo vem sendo delegadas – ou avocadas, conforme a perspectiva, pelo STF. Esse é um fenômeno constatado pelo constitucionalismo norte-americano, principalmente pela nova teoria institucional, que concluiu que a separação de poderes não é tão estática quanto

⁶⁶ MILES, Thomas J., SUSTEIN, Cass R. *The new legal realism*. In: University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 191, 2007. p. 4

⁶⁷ STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Rogério Montai de. Relações homoafetivas: conversão da união estável em casamento. **Conjur**. 06 de julho de 2011. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento> > Acesso de 16 de maio de 2018.

concebiba, mas as alocações de poderes podem sofrer alterações fáticas, ainda que não haja uma mudança textual na Constituição.⁶⁸

⁶⁸ POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian: *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Nova Iorque.: Oxford University Press 2010. p.22

4. ANÁLISE DE CASOS E LEVANTAMENTO DE DADOS

Dada a particular complexidade do tema, recorrer-se-á a não um, mas a dois de métodos de pesquisa que auxiliarão no desenvolvimento e conclusão do trabalho. O empírico prestará a fornecer informações sobre *como* a jurisprudência do STF tem se posicionado frente ao princípio, qual (is) significado (s) tem lhe emprestado, de modo a oferecer um panorama sobre o seu uso.

Terminado o mapeamento, utilizar-se-á método hipotético-dedutivo a fim de testar as hipóteses pelo filtro da falseabilidade, tendo em vista comprovar ou rejeitar a suposição inicial de que o uso da dignidade da pessoa humana é contraditório

Feito o mapeamento das concepções acerca da dignidade humana constantes da doutrina, é necessário passar à análise empírica das decisões judiciais do supremo acerca do princípio no controle abstrato de constitucionalidade e na repercussão geral. Conforme já explicado, essa delimitação se faz necessária tendo em vista os seus efeitos erga-omnes e força vinculante; no mais, essa especificação se faz necessária ante a infinidade de recursos excepcionais em que a dignidade humana é invocada. Da última consulta realizada, o portal de jurisprudência do STF retorna 344 resultados e, a cada pesquisa, esse número aumenta.

Dito isto, convém registrar que a dignidade humana é invocada de uma maneira bastante laxa também nas ações de controle abstrato; dentre as matérias fundamentadas no princípio, há tópicos tão distintos quanto a imposição de regras relativas à responsabilidade fiscal e financeira de clubes de futebol⁶⁹, passando pela alteração regras referentes a pensão por morte de servidores públicos federais⁷⁰, chegando até ao absurdo de ser invocada para justificar a manutenção de dispositivos da LOMAN que impunham o julgamento secreto dos juízes⁷¹. Demais disso, a dignidade humana vem sendo invocada com o sentido que restou rejeitado nessa pesquisa, qual seja, a dignidade como garantia de prestações positivas do Estado ou de vedação a tratamentos

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.450, Rel. Min. Alexandre de Moraes, medida liminar julgada em. 18.09.2017.

⁷⁰

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.638/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em. 02/02/2012

degradantes, tanto por parte do Poder Público como por parte de particulares.⁷² Esse uso não leva em conta a dignidade como uma expressão da personalidade, mas a entende como ensejadora de uma proteção mínima às condições materiais de existência do sujeito de direitos – razão pela qual resolvemos, ainda que essa seja uma corolária da dignidade como valor intrínseco, metodologicamente separá-la em uma categoria distinta, ainda que alguns autores adotem uma classificação diferente.⁷³

Relativamente às acepções estudadas, podemos encontrá-las nos seguintes julgados: ADPF 132, ADI 4277 (julgadas em conexão) e ADI 3300 (esta prejudicada pela perda de objeto, qual seja, a revogação do art. 1º da Lei 9.278/96) que tratam da inconstitucionalidade da vedação à união homoafetiva; ADI 3.510, que analisa a fertilização *in vitro*; e a ADPF 54, que trata do aborto de fetos anencéfalos. No controle concreto, foi reconhecida a repercussão geral no RE 845.799/SC no tocante ao tratamento social de pessoa transgênera de acordo com a sua identidade. O processo, no entanto, ainda pende de julgamento, motivo pelo qual não será analisado.

Uma breve advertência metodológica: nos diferentes acórdãos analisados será feita uma descrição breve do voto de cada Ministro, a fim de identificar a concepção adotada por cada um. Longe de ser ocioso ou prolixo, este artifício é necessário tanto para **identificar** como para **comprovar** qual vertente utilizada pelos votantes, a fim de fazer um balanço ao final. Ademais, trata-se de uma pesquisa eminentemente *empírica*, pelo que deixar o objeto analisado de fora da pesquisa seria um contrassenso.

4.1. ADPF 132, ADI 4.227

⁷² Tal fato evidencia o reconhecimento pelo Tribunal da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tal postura é um avanço com relação à já superada teoria do constitucionalismo clássico que concebe os direitos fundamentais como uma limitação à atuação do Estado com relação aos indivíduos

⁷³ Barroso, como já dito, a classifica dentro da dignidade como valor intrínseco; Sarmiento concebe ainda mais categorias.

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro face a divergência jurisprudencial na interpretação dos dispositivos dos artigos 19, I a X e 33 do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis) do Estado do Rio de Janeiro, sobretudo com relação à concessão de licenças por motivos de doença de de pessoa da família ou acompanhamento do cônjuge, bem como outras implicações sobre a previdência e assistência social dos casais homoafetivos.

Antes da análise do mérito, contudo, o Ministro Ayres Britto entendeu por bem receber a ADPF como ADI e reunir o julgamento desta com o da ADI 4.227, haja vista que ambas possuíam a mesma causa de pedir, e o pedido desta encampava o daquela.

Do voto do relator, contudo, não foi possível indicar qual concepção foi utilizada na sua decisão.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, faz referência expressa à dignidade da pessoa humana na sua dimensão de autonomia privada; por força do dispositivo do art. 1º, III da Constituição, a condição humana impõe tratar os indivíduos como sujeitos de direitos, e não como objetos. Consequentemente, o Estado deve posicionar-se de forma neutra quanto às concepções de boa vida dos seus súditos. Ainda, fundamentou que a interpretação das normas não pode ser indiferente às relações fáticas da sociedade; em outras palavras, os fatos concretos da vida são idôneos a fundamentar a mutação constitucional. Ademais, argumenta que a expressão no dispositivo constitucional “entre homem e mulher”⁷⁴ não pode ser lida com fito a proscrever a união entre casais do mesmo sexo; ela teria, na sua origem, uma finalidade emancipatória, a fim de equiparar o matrimônio à união estável, merecedora de igual proteção da ordem jurídica nacional. Demais disso, no aditamento do seu voto, consagrou a dignidade da pessoa humana como um **vetor interpretativo** ao registrar que

⁷⁴ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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.”

“o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem”.

O Ministro aqui utiliza o princípio como função integrativa do Direito tal qual concebida por Ronald Dworkin, uma vez que este possui uma textura inegavelmente aberta, seja pela própria falibilidade da linguagem, seja pela impossibilidade de prever todas as situações fáticas sob possível incidência da lei. O direito brasileiro não possui definição concreta quanto ao conceito de família; portanto, o princípio serviu como guia no processo de atribuição de sentido à norma constitucional. Ainda, confere à dignidade da pessoa humana o papel de reconhecimento⁷⁵.(p.81 acórdão)

Por essas razões, votou pela procedência dos pedidos nas duas ações (relembre-se, cujo julgamento foi conjunto).

A Ministra Carmen Lúcia faz tímidas referências à ao princípio. O que não quer dizer, no entanto, que a sua concepção de dignidade no caso seja uma incógnita: pelo contrário, faz opção expressa da dignidade como autonomia ao aduzir que “para ser digno, há que ser livre”, e que a liberdade se estende, naturalmente, à afetividade e à sexualidade.

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a exclusividade da proteção *expressa* da família heterossexual; entendeu que não cabia, *in casu*, uma interpretação extensiva do art. 226, §3º da Constituição, uma vez que o próprio constituinte tenha, nos anais da Assembleia, rejeitado a união homoafetiva. No entanto, fundamentou que o permissivo legal do dispositivo em comento não é *numerus clausus*, mas meramente exemplificativo. A

⁷⁵ Tal concepção também é defendida por SARMENTO, Daniel. “Quando a sociedade nos trata sistematicamente como inferiores, internalizamos uma imagem a partir dela. Tendemos a não desenvolver a autoestima, que mesmo Rawls, por vezes criticado pela sua concepção excessivamente abstrata de pessoa, considerava o ‘mais importante bem primário da sociedade’. Para que as pessoas possam se realizar e desenvolver livremente as suas personalidades, o adequado reconhecimento pelo outro é vital.(...) Com muita frequência, o não reconhecimento decorre da desvalorização de algum grupo identitário não hegemônico, ao qual são arbitrariamente atribuídos traços negativos. (...) Ele se liga a fatores como etnia, gênero, **orientação sexual**, religião, deficiência, nacionalidade, profissão, etc.” Op. cit.,p. 241-243

principiologia constitucional se prestaria, mais uma vez, a preencher o vácuo normativo deixado pelo legislador constitucional originário.

Já o Ministro Joaquim Barbosa é cirúrgico, tanto na concisão como na precisão para fins deste trabalho: o silêncio da Constituição não é senão aparente, porquanto as suas diretrizes axiológicas fornecem o substrato necessário a resposta para a questão da união homoafetiva. Os direitos fundamentais constantes da Carta não excluem outros eventualmente deduzidos do seu regime de princípios. Dentre eles, destaca-se o da dignidade da pessoa humana.⁷⁶ E ainda com relação ao princípio, citou Daniel Sarmento e a ideia de dignidade como reconhecimento de grupos minoritários, o que significa dizer que o especial valor da pessoa humana implica um dever de respeito para com aqueles que adotem um modo de vida heterodoxo ou que façam parte de uma população historicamente marginalizada. É dever dos concidadãos e sobretudo do Estado, portanto, de **promover** políticas públicas de respeito a estes grupos, não somente de absterem-se de condutas discriminatórias.

Gilmar Mendes fez ressalvas quanto ao pedido de interpretação conforme a Constituição. Entendeu que em tal caso, o tribunal Constitucional agiria como verdadeiro legislador positivo. O Supremo estaria agindo em face da inércia do Poder Legislativo que encontra diversos obstáculos na concretização dos direitos dos LGBTs, notadamente, a aversão da maioria quanto ao tema. Nesse tocante, seria função do STF concretizar o direito das minorias **ao livre desenvolvimento da personalidade** naquilo que não fira o direito de outrem.⁷⁷ Essa concepção pode ser resumida no seguinte ditado: o seu direito de balançar os braços termina onde começa ponta do meu nariz⁷⁸

⁷⁶ Acerca da dignidade humana como fonte do catálogo aberto de direitos fundamentais, registra Ingo Sarlet: “especialmente no que diz respeito à sua conexão com os direitos fundamentais, é de se enfatizar a função do princípio da dignidade da pessoa humana como critério para – a exemplo do que já se deu em outras ordens jurídicas – a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional.(...)p. 143

⁷⁷ Essa ideia – conquanto a dignidade humana finque suas origens em uma ética deontológica - tem forte fundamento no princípio do dano, criado por John Stuart Mill – que, ao lado de Bentham, é um dos pais do utilitarismo. Em suas próprias palavras, MILL, John Stuart. *On liberty*. Obra sob domínio público. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. p.13. acesso em 01/06/2018

⁷⁸ Tradução livre de “your liberty to swing your fist ends just where my nose begins”. Na tradução se perde bastante o sentido original da frase, que é um trocadilho: swing significa tanto balançar como pode ser também sinônimo para soco.

Dentre os princípios garantidores desse direito, está o da cidadania, (art. 1º, II), da vedação a quaisquer forma de discriminação (art. 3º, I e IV) e da **dignidade da pessoa humana**.

Para Marco Aurélio, a Constituição foi um marco na história do direito brasileiro ao estender o conceito de família à outras formas que não àquela fundada sobre o matrimônio, com o reconhecimento da união estável e da família monoparental. Não é surpresa que o Ministro fundasse a sua decisão na ideia de dignidade como autonomia, como fizeram seus colegas; aludiu a ela como valor primeiro do Ordenamento, que veda, como uma de suas funções, a instrumentalização do ser humano. Nessa toada, é vedada a imposição heterônoma de qualquer embaraço aos projetos de vida das outras pessoas. Em um trecho do seu voto, sintetizou muito bem essa dimensão e, ao mesmo tempo, ressaltou que a dignidade humana não se presta apenas à proteger o mínimo da condição material do indivíduo, trecho esse que merece citação:

“O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira.”

Celso de Mello ressaltou o papel contramajoritário da Corte. Direito implícito à busca da felicidade, que nada mais é do que, na esteira do que aqui ficou registrado, um corolário da dignidade humana, que é . Identificou, ademais, a dignidade como postulado, destacando a sua função como *vetor interpretativo*, também na linha do que já estudamos a respeito (ver capítulo 2.1 a respeito da natureza jurídica).

O Ministro Cezar Peluzo fez também referência ao princípio, sem, no entanto, tecer maiores considerações sobre ele.

Terminados os votos, ficou assentado que as uniões homoafetivas, quando preencherem os requisitos necessários à constituição de união estável heterossexual, gozarão do mesmo respeito e *status* jurídicos desta.

Relativo a esse julgamento conjunto, podemos concluir que a dignidade da pessoa humana foi utilizada quase que unanimemente na sua vertente da autonomia da vontade. Melhor sorte poderia nos assistir no exame de outros casos, contudo? Talvez quando a dignidade de outra pessoa – ou embrião, conforme se defina a vida humana – esteja em jogo, poderemos ver esse comportamento contraditório? Passemos à análise do julgamento da ADPF 54, que teve por objeto a análise da constitucionalidade (da interpretação) dos arts. 124, 126 e 128, I e II do código penal, na qual a autora – Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – alega haver nos Tribunais *a quo* desrespeito aos princípios da Carta da República quanto ao indeferimento de “antecipação terapêutica do parto” de fetos anencéfalos.

4.2. ADPF 54

Patrocinados também pelo então advogado Luís Roberto Barroso, a requerente argumentou haver ofensa à Constituição na negação dos Tribunais Estaduais em autorizarem o aborto de fetos anencéfalos, entendendo ser esta conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal. Dentre os princípios violados têm-se a **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, Inc. III) da liberdade, corolária direta do princípio da legalidade (art. 5, II), bem como no direito à saúde (arts. 6º e 129), todos da Constituição.

Sem mais delongas quanto a filigranas processuais, analisemos, pois, o voto de cada Ministro no que toca - se toca – à dignidade humana, objeto do estudo.

Inicialmente, o Ministro relator Marco Aurélio Melo rejeitou o conflito de dignidades no caso; argumentou que, como o feto é *natimorto*, não haveria que se falar em dignidade humana, pois só tem dignidade quem é vivo. No entanto, argumentou subsidiariamente que o direito à vida

não é absoluto no Ordenamento brasileiro (como já visto anteriormente), havendo a previsão de pena de morte nos casos de guerra, bem como a sua valoração é gradativa, não tudo ou nada. Como exemplo, citou a diferença de sanção entre a pena de aborto (um a três anos) e do homicídio (seis a vinte anos). Ainda, que a imposição da manutenção da gravidez viola a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autodeterminação, assinalando que

O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

Embora não faça referência ao direito à vida como corolária da dignidade humana, é seguro inferir que, na linha do que autores ensinaram sobre o tema, a vida adquire *status* especialíssimo em virtude do *status* da espécie humana, ou seja, de um valor que não pode ser quantificado, porquanto não seja um objeto.

In casu, o princípio foi utilizado em duas vertentes: da autonomia e da garantia de uma mínima higidez física e mental da pessoa.

Rosa Weber fundamentou que os fetos não gozam de dignidade, uma vez que esta está atrelada à “viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade”. Ainda, que não há valores absolutos no direito brasileiro. Entrando o direito à vida do feto em colisão com a dignidade, a liberdade e a saúde da gestante, deve o Ordenamento pender em favor desta. Com relação à dignidade humana em específico, assentou que é verdadeira *imposição de tortura* impedir que a gestante leve a cabo antecipadamente o parto, em razão da falta de perspectiva de sobrevivência da criança.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, fez breve menção à dignidade como autonomia ao identificá-la com a liberdade e autonomia privada da mulher.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, não teceu nenhuma observação quanto ao princípio estudado. A Ministra Carmen Lúcia começou por fazer um breve escorso sobre a dignidade da pessoa humana: afirmou que ela desde a Grécia antiga já era tida como valor intrínseco (errôneamente, uma vez que segundo a bibliografia consultada a dignidade só deixou de ser sinônimo de *status* social na modernidade; na antiguidade clássica, tem-se Cícero, filósofo romano, como seu precursor, mas não há indícios que esta concepção tenha saído dos meios filosóficos). Ressaltou a sua presença na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e da diferença da dignidade proposta por Kant, fundada na autonomia moral do ser humano e da religião Cristã, que a funda na investidura divina, sendo o homem a sua imagem e semelhança. Registrou que a dignidade não é só fundamento dos direitos positivados, mas também fonte de direitos não expressos na Constituição. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana impõe o respeito à autonomia da gestante quanto a levar a gestação a termo ou não.

Lewandowski no seu conciso voto registrou o fato de que ambos os lados em contenda na ação invocaram o princípio em suas respectivas argumentações (fato, aliás, que ensejou o presente trabalho), mas não se debruçou sobre a questão. Equiparou a impugnação das normas atacadas à eugenia, e ressaltou a competência do Congresso para a disciplina da matéria, lembrando que havia (à época) alguns projetos de lei tendentes à descriminalização do aborto nessa circunstância, motivos pelo qual votou pela improcedência da ação.

Gilmar Mendes fundamentou seu voto no argumento de que é improcedente a alegação de que a vedação ao aborto viola a dignidade da mulher, posto que há outra dignidade em jogo: a do feto. Aliás, encampou a tese de que a dignidade da pessoa humana, um conceito extremamente vago, seja apto a derrogar a vontade política do legislador.

Celso de Mello a identificou como postulado e destacou a sua centralidade no ordenamento jurídico brasileiro; no entanto, se limitou a dizer que esta lhe serviu de vetor interpretativo, não sendo possível saber se a utilizou como autonomia ou como garantia do bem-estar.

Cezar Peluzo, por sua vez foi o único a invocar diretamente a dignidade humana do feto. Qualificou como ardilosa a tentativa de associar a autonomia à liberdade de abortar nesses casos, pois esta seria idônea a justificar qualquer conduta, por mais reprovável que fosse. Rechaçou, ainda, a ideia de dignidade como limitação ao sofrimento. *In verbis* :

O sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. E o que o sistema jurídico não tolera não é o sofrimento em si, porque seria despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento. (...) O sistema jurídico repudia, em relação ao sofrimento, apenas os atos injustos que o causem. O sofrimento provindo da prática de um ato antijurídico, esse não pode ser admitido pela ordem normativa. Mas não é esse o caso de eventual sofrimento materno, ou pelo menos não o é de regra.⁷⁹

Restado desse modo, o julgamento terminou com a procedência da ação por maioria.

4.3. ADI 3.510

Já a **ADI 3.510** foi proposta pelo Procurador-Geral da República à época, Cláudio Lemos Fonteles, contra dispositivo da Lei de Biossegurança que autorizava o uso de células-tronco embrionárias que não tivessem viabilidade, advindas de fertilização *in vitro*, em pesquisas e tratamentos.

Esse julgamento foi inédito na história do Supremo pois nele que se estreou a intervenção dos *amici curiae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

⁷⁹ Fazendo um parêntesis e emitindo uma opinião sobre o tema, o sofrimento pode ser ainda motivo de glória para o ser humano, não de degradação. Assim se passa na obra que serve de epílogo à pesquisa, *Antígona*. Na peça, a heroína ao ser interpelada por Creonte acerca do sepultamento do seu irmão, proibido por este, responde preemptória: “*que eu vou morrer, bem o sei; é inevitável; e morreria mesmo sem o teu decreto. E para dizer a verdade, se morrer antes do meu tempo, será para mim um motivo de glória!(...)Por isso, a sorte que me reservas é um mal de bem pouca monta; muito mais grave seria aceitar que o filho de minha mãe jazesse insepulto; tudo o mais me é indiferente!*” E, segundo o pensamento kantiano, a ação moral tanto mais tem valor na medida em que é desinteressada, abnegada.

O Ministro Relator, Carlos Ayres Brito, diz não haver ofensa à dignidade humana no dispositivo atacado uma vez que a Constituição não delimita quando que começa a vida humana. A Constituição estaria a falar, portanto, em “indivíduo-pessoa, gente”. E que a sujeição de direitos começa com o nascimento com vida. Ainda assim, que o embrião goza de alguma dignidade intrínseca, mas dentro dos limites da legislação ordinária, eis que ainda não é pessoa. Que o planejamento familiar, amparado na autonomia da vontade decorrente da dignidade da pessoa humana prevalece sobre a dignidade incipiente do zigoto.

A Ministra Ellen Gracie, então Presidente da Corte, fundamentou que era improcedente a argumentação do proponente da ação uma vez que não era possível invocar a dignidade ao embrião fora do útero, filiando-se assim, à corrente natalista. E, como a lei disciplina que as células utilizadas são aquelas que invariavelmente seriam descartadas, encampou uma tese utilitarista, não necessariamente, contudo, apelando à dignidade como autonomia.

Menezes Direito, após pedir vista, reconhece que na célula primeira existe vida, e vida humana, como não poderia ser diferente, e isso já basta para merecer proteção constitucional. Rejeitou a premissa utilitarista da Ministra Gracie, argumentando que os fins não justificam os meios e sempre que a humanidade tomou esse caminho acabou por desaguar na barbárie. Nessa medida, entende que o progresso científico deve ser levado a cabo, sem no entanto ferir a dignidade da pessoa humana, consubstanciada na dignidade do nascituro.

A Ministra Carmen Lúcia consignou que a dignidade da pessoa humana veda que qualquer pessoa possa ser utilizada como meio e não um fim em si mesmo. Entretanto, curiosamente, ela não apelou à dignidade do embrião, mas da pessoa que receberia o “tratamento” é experimental que não deveria ser tratada como cobaia de experimentos que no mais das vezes são incipientes; ainda, que a dignidade provém do nascimento com vida, citando a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas dispõe que “todos os homens **nascem** iguais”. Ainda, que se há que se falar em dignidade do embrião, que ela só se realizaria na pesquisa, com a possibilidade de aquela célula adquirir vida como parte de outro tecido. Nesse tocante, destacou que o ser humano não pode ser utilizado como um meio, e que a legislação atacada estava atenta a isso: ela

veda a comercialização de material genético humano. Por fim, que o seu uso seria útil aos pacientes portadores de enfermidades, uma vez que possa

“possibilitar que alguém tenha esperança e possa lutar para viver [proporcionando] dignidade da vida daquele que se compromete com o princípio em sua largueza maior, com a existência digna para a espécie humana.”

Para Lewandowski, a dignidade da pessoa humana é verdadeiro postulado normativo (como já explicitado no capítulo 2), uma baliza axiológica sob a qual a hermenêutica deve se pautar. Que a dignidade humana é fonte de direitos fundamentais não escritos; que o próprio conceito de “embrião inviável” é notoriamente discriminador e contrário, portanto, ao princípio. Razões pelas quais votou pela parcial procedência do pedido.

O Ministro Eros Grau não deixou dúvidas quanto ao valor intrínseco do nascituro, vez que ele é titular de direitos desde a sua concepção (arts. 2º, 542, 1.799 e 1.621 do Código Civil) e por isso pode ser seguramente entendido plenamente como pessoa, de acordo com a ordem jurídica brasileira. O seu exercício, responderá aos natalistas, o só encontra óbice por força de uma condição suspensiva, que é o nascimento; esta não é condição da sua personalidade, argumenta. Nestes termos, a destruição do embrião constitui ofensa ao princípio, bem como ao direito à vida. Apesar disso, admitiu que a pesquisa científica, na medida em que tende a melhorar a qualidade de vida, é também consentânea com a dignidade. Terminou em uma síntese das duas afirmações, por sopesá-las e declarar a constitucionalidade da norma infraconstitucional com termos aditivos, ou seja, estipulando uma série de limites à pesquisa. Assim, terminou por curiosamente adotar, ao mesmo tempo, a teoria do “bem-estar” e do valor intrínseco.

O Ministro Joaquim Barbosa, no seu voto, optou expressamente pela dignidade da pessoa humana como autonomia individual, fazendo referência ao autor várias vezes aqui abordado. Essa autonomia privada entitularia os genitores a disporem sobre o destino dos embriões, nos termos da lei.

Cezar Peluzo admitiu haver uma gradação que a proteção do princípio proporcional. Fundamentou ter humanidade o embrião congelado; não, no entanto, vida. Reconheceu ainda assim, uma dignidade inerente a ele, e que a sua não utilização e descarte implicaria o desrespeito a essa mesma dignidade. O “ponto nodal” como afirma, contudo, é o direito à *autonomia* do casal na disposição do fruto da fertilização. Embora encapasse as duas teses, entende-se que a primeira se fez apenas de um modo subsidiário, sendo decisiva a dignidade como autonomia.

Marco Aurélio acompanhou o voto do relator para julgar improcedente o pedido, sob o fundamento de que o uso das células que de outro modo seriam descartadas em pacientes enfermos ou acidentados lhes traria dignidade – ou seja, tem-se aqui a concepção material da dignidade da pessoa humana, a redução do sofrimento.

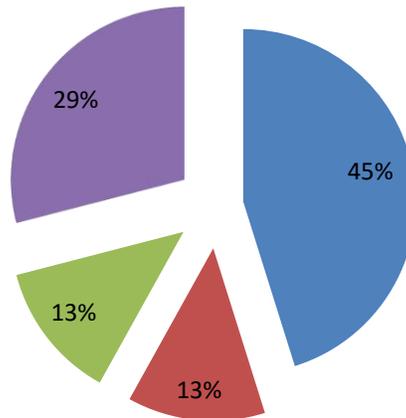
O Ministro Celso de Mello também identificou a norma analisada como um postulado ante a sua qualidade de vetor interpretativo, “valor-fonte”; que o direito à vida e à dignidade. E, entre a dignidade incipiente das células-tronco embrionárias, e a das pessoas que poderiam se beneficiar delas, prevalece a dos pacientes que receberão tratamento – valor material.

Por fim, o Presidente da Corte, Gilmar Mendes, tentou contornar a questão acerca do termo inicial da vida humana; reconheceu, entretanto, que mesmo que se entenda que o embrião não tenha vida, que ele ainda assim goza de alguma proteção pelo direito brasileiro. No entanto, isso não foi suficiente para que o Ministro julgasse pela inconstitucionalidade da lei, pelo que rejeitou o pedido inicial. No seu voto, não é possível distinguir uma função do princípio. Feito esse levantamento, assim ficaram identificados os usos da dignidade da pessoa humana:

	VALOR INTRÍNSECO	AUTONOMIA	MATERIAL	INCONCLUSIVOS	
Ayres Britto:				X	ADPF 54
		X			ADI 4277
		X			ADI 3510
Luiz Fux				X	
		X			
	-	-	-	-	
Cármen Lúcia		X			
		X			
			X		
Lewandowsky	X				
				X	
				X	
Eros Grau	-	-	-	-	
	-	-	-	-	
		X	X		
Barbosa		X			
				X	
		X			
Gilmar Mendes				X	
				X	
		X			
Marco Aurélio		X			
		X			
			X		
Celso de Mello				X	
		X			
			X		
César Peluzo	X				
				X	
		X			
Rosa Webber		X	X		
Ellen Gracie				X	
Menezes Direito	X				

USO DOS VOTOS NA DIGNIDADE HUMANA

■ Autonomia ■ Valor Intrínseco ■ material ■ não identificado



5. CONCLUSÃO

A os dados analisados neste trabalho, embora não fluam em direção ao resultado esperado – qual seja, a confirmação de que haveria flip-flops no uso princípio da dignidade da pessoa humana no STF - não poderiam ser maior homenagem ao método científico tal qual como hodiernamente é concebido. O método hipotético-dedutivo, tal como concebido por Karl Popper, aduz que as hipóteses levantadas pelo pesquisador passarão pelo crivo da falseabilidade; se não resistirem a ele. Pela pesquisa posterior à elaboração do hipótese, chegou-se à constatação de que a dignidade da pessoa humana na sua vertente heterônoma tem sido, na verdade, muito pouco empregada, de modo que não é possível falar em contradição em termos no âmbito do da Suprema Corte Brasileira. A análise da tabela é extremamente reveladora: por incrível que pareça, a hipótese inicial de haver contradição no uso do princípio foi retumbantemente rechaçada. Dos Ministros votantes, apenas César Peluzo e Eros Grau utilizaram o princípio das duas maneiras – evidência de flip-flops -, sendo que este último utilizou os dois ao mesmo tempo a título de ponderação.

A hipótese foi pensada tendo em mente as significações sugeridas pela literatura utilizada, que enumera diversos casos na jurisprudência internacional que, na realidade, não se confirmam no contexto brasileiro. Pode-se dizer com segurança que, salvo raríssimas exceções – **restritas ao controle concreto de constitucionalidade – a dignidade da pessoa humana como heteronomia é uma mera curiosidade intelectual da doutrina e é praticamente anatemizado a Suprema Corte brasileira.** O motivo para os autores elencarem a dignidade humana como heteronomia são os exemplos extraídos de casos estrangeiros que, conforme se verificou, não se repetem no nosso país.

Não resta somente lamentar, contudo.

Embora não se tenha chegado à conclusão original, o trabalho não deixa de jogar uma importante luz sobre aquela que é o fundamento da república. Conforme se extraiu de uma

pesquisa preliminar realizada em controle concreto (aqui não detalhada), a dignidade da pessoa humana, no mais das vezes, é invocada para a vedação de tratamento degradante da pessoa ou para proporcionar um mínimo conforto material – a exemplo de fornecimento de tratamentos médicos, assistência social – reservando a esta uma esfera mínima de bem estar existencial. Esta é, na verdade, a concepção que mais tem guarida na Supremo Tribunal Federal. Mesmo ainda no controle concentrado, objeto do estudo, verificou-se que esse sentido do princípio da dignidade da pessoa humana aparece cinco vezes. Ou seja, mais até o valor intrínseco, com o agravante de ser uma matéria que fugiria ao seu escopo, que são direitos da personalidade.

E, conquanto não se tenha confirmado a hipótese inicial, a pesquisa traz, mesmo assim, dados reveladores e que podem ser em verdade **de extrema valia para a reflexão sobre a influência da política no Judiciário e a separação de Poderes**, proposta inicial do trabalho. A análise dos votos tem mostrado uma tendência altamente progressista no Supremo Tribunal Federal, uma vez que a autonomia privada do indivíduo nos seus assuntos pessoais são pautas alinhadas a um espectro político mais à esquerda – corrente prevalescente no Supremo. E, coincidentemente (**ou não**), 9 dos 13 Ministros aqui analisados foram indicados pelos governos Dilma e Lula: uma relação que supera a proporção de 2 para 1.



O marco teórico da pesquisa é o novo realismo legal, que se propõe a investigar a influência (dentre outros fatores,) da política no Judiciário. E uma das mais eficientes formas de introjetar a primeira na segunda é pela indicação política dos magistrados.

Ninguém seria ingênuo de seriamente duvidar que a ideologia – entendida como comprometerimentos morais e políticos de várias sortes – ajudariam a explicar os votos dos juízes. Os Presidentes, que também não são nada ingênuos, estão completamente cientes deste fato.

É óbvio, os Ministros estão vinculados pela Constituição; mas quando ela não é clara, a ideologia dos juízes tem um papel fundamental na decisão de casos que tomam uma dimensão de extrema importância em função de ter o STF a última palavra quanto à interpretação da Carta Magna.

Os autores norte-americanos que seguem a linha aqui adotada do novo realismo legal confirmaram esse fenômeno de forma insofismável no contexto do Poder Judiciário estadunidense. Juízes federais apontados por Presidentes democratas tendem a adotar uma postura mais progressista, enquanto que os magistrados apontados por Presidentes republicanos adotam costumeiramente uma tendência mais conservadora.⁸⁰

Ora, também pesquisadores brasileiros já estudaram a influência da política nas decisões do Tribunal; e umadas razões pare eles serem especialmente suscetíveis a seguirem as suas inclinações é porque de gozarem de inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. Desta maneira, não encontram “freios” para a sua atuação, não tendo que prestar contas com ninguém. Podem ter, inclusive⁸¹

⁸⁰ SUSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington DC: The brookings institution, 2006. p.147.

⁸¹ Ibid. p. 47

No mais, essa conclusão se coaduna com a constatação de que a separação de poderes, tal como concebida classicamente por Montesquieu ou por James Madison⁸² não é perfeita; pelo contrário, é diretamente influenciada pela política partidária.⁸³

A teoria clássica da separação dos poderes defende que a tirania se perfaz quando o poder se concentra nas mãos de uma só pessoa ou grupo; para evitar que isso acontecesse, os dois pensadores idealizaram os três diferentes ramos do governo – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário que deveriam impor freios e contrapesos uns aos outros (*checks and balances*). Essa ideia se baseia no pressuposto de que os agentes públicos agiriam em interesse próprio, e a concorrência entre esses interesses é que geraria o equilíbrio necessário para um Estado de Direito.

Contudo, o desenho de Estado atual não leva a crer que tal hipótese seja de todo verdadeira: de fato, os agentes políticos perseguem os seus objetivos; o fazem, no entanto, por meio dos partidos políticos. Deste modo, se há um clã político que ocupa ambos o Executivo e o Legislativo, pode-se dizer que os freios e contrapesos ficam bastante prejudicados na tarefa de evitarem abusos do governo.⁸⁴

O caso brasileiro torna-se especialmente flagrante por se perfazer em um presidencialismo de coalizão. No lugar de o Legislativo “competir” com o Executivo por poder, estes dois se aliam com fim a conceder governabilidade ao Presidente, em troca de alguns cargos em Ministérios, empresas estatais, agências reguladoras, etc.

O mesmo se passa, em maior ou menor grau, no Poder Judiciário, principalmente no Supremo Tribunal Federal. Embora os Ministros gostem de se apresentar como independentes – e de fato o creem ser – a indicação política, conforme restou demonstrado, influencia de forma ao

⁸² O seu correspondente do outro lado do Atlântico; os americanos, quando falam da separação de poderes, sempre aludem a James Madison – um dos seus “pais fundadores” e esquecem do filósofo do Velho Mundo.

⁸³ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of Parties, not Powers. *Harvard Public Law Working Paper n° 131.*, 2006. p. 4.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 80.

menos indireta as decisões da Corte: se os julgadores não devem lealdade ao partido dominante, a sua presença em uma das cadeiras do plenário se deu em razão do alinhamento ideológico com o partido do poder.

Em suma: ainda que não façam parte de partidos políticos (e até o são proibidos de fazê-lo pelo art. 25, II, “c” da LOMAN), a composição partidária possui reflexos empiricamente verificados na Corte.

Quanto à pertinência ou não de uma Corte progressista, prefere-se não emitir um juízo de valor; no entanto, parece que uma Corte diversa seja melhor do que um Tribunal uníssono.

Realize-se o seguinte experimento mental: imagine-se que em certo caso, se tenha uma dúvida razoável quanto a justeza de uma decisão – se ela deve pender para um lado conservador ou progressista. Certamente seria melhor haver pluralidade de juízes porque isso levaria à pluralidade de opiniões; e quanto mais lados se ouça, maior é a probabilidade acolher a opinião correta.⁸⁵

De outro modo, o mesmo estudo demonstrou que quanto mais unânime uma corte, maior a probabilidade de as decisões tornarem-se cada vez mais radicais.⁸⁶

Em síntese, a influência política nas decisões, se é inevitável, pode e deve ser mitigada por arranjos institucionais que têm a capacidade para tanto. Uma composição plural é mais propensa ao debate de opiniões e confere certa legitimidade por representar a sociedade, na linha de uma sociedade aberta de intérpretes proposta por Peter Häberle.

Embora não se tenha confirmado a hipótese, espera-se ter colaborado com o esclarecimento dos usos correntes da dignidade da pessoa humana na Suprema Corte Brasileira – essa que é o

⁸⁵ SUSTEIN, Cass R. et al. Op. cit., p. 136.

⁸⁶ EPSTEIN, Lee et al. *The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge, Harvard University Press: 2013. p. 198.

vértice axiológico de todo o Ordenamento jurídico do país. Se não há contradição no seu uso, é certo que se observou uma influência político-partidária na sua mutação. E que, além disso, a sua vertente como imposição heterônoma no Brasil, tende a desaparecer. Se isto é bom ou ruim, fica em aberto para as opiniões de cada um.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *O Conceito e Validade de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo. Malheiros. 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo Da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel Dos Princípios No Direito Brasileiro*. In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas* / Luís Roberto Barroso (org.) 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar.

_____. *A Dignidade Da Pessoa Humana No Direito Constitucional Contemporâneo/ a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello 4. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 11748720145120036, Min Rel. IVES GANDRA MARTINS FILHO, DEJT 02.05.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 849794 AgR / SP - SÃO PAULO

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012

_____. Lei n. 10.406, de 10 de jan de 2002. Código Civil, Brasília, DF

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 26.05.2001

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.450, Rel. Min. Alexandre de Moraes, medida liminar julgada em. 18.09.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.638/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em. 02/02/2012.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. 4a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

EPSTEIN, Lee et al. *The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge, Harvard University Press: 2013.

ISRAEL. *Station Film Co. v. Public Council for Film Censorship* (1994) 50 PD (5) 661.

KANT, Immanuel. *metafísica dos costumes*. Petrópolis, RJ: Vozes ; Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2013.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of Parties, not Powers. *Harvard Public Law Working Paper n° 131.*, 2006

MCRUDEN, Christopher. *Human Dignity and judicial interpretation of human rights*. In: The European Journal of International Law Vol. 19 no. 4.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Obra sob domino publico. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 01/06/2018.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais Como Diferença Paradoxal do Sistema Jurídico*. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2013

POSNER, Eric Andrew; SUSTEIN, Cass Robert. *Institutional flip-flops*. In: University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper no. 501, 2015.

_____. A.; VERMEULE, Adrian: *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Nova Iorque:. Oxford University Press 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCRUTON, Roger. *Kant: a very short introduction*. Oxford University Press, 2001.

SUSTEIN, Cass R., "Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law," University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 147 (2007).

_____. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington DC: The brookings institution, 2006.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-36/02. Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH *contra* Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn. Luxemburgo, 14 de outubro de 2004. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62002CJ0036&lang1=en&type=TXT&ancre=>>>