

DANIEL SARMENTO

---

# DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

---

CONTEÚDO, TRAJETÓRIAS E METODOLOGIA

 EDITORA  
**Fórum**

1ª edição - 1ª reimpressão

## A METODOLOGIA DA DIGNIDADE

*Quando eu uso uma palavra, disse Humpty Dumpty em tom de desdém, ela significa o que eu quero que signifique – nem mais nem menos. A questão é, disse Alice, se você pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes. A questão é, disse Humpty Dumpty, quem deve ser o mestre – isso é tudo.*

(Lewis Carrol, *Through the Looking Glass*:

### 7.1. Introdução: paradoxos da dignidade

Há um certo modismo na invocação do princípio da dignidade da pessoa humana. O fenômeno não é, em si, de se lamentar. Muito pelo contrário, é altamente positivo que se reconheça que as pessoas devem ser tratadas como intrinsecamente dignas. Deve ser festejada a penetração da dignidade no discurso reivindicatório da sociedade civil, nos debates políticos e sociais, nas mobilizações da cidadania. Também é louvável que o princípio da dignidade humana se incorpore ao cotidiano da *praxis* jurídica e que seja concebido como norma central do ordenamento, com aptidão para incidir diretamente sobre as relações sociais e para pautar a interpretação e aplicação de todo o Direito.

Contudo, o fenômeno também suscita preocupações. A vagueza da dignidade permite que ela seja invocada para quase tudo. Às vezes, ela é empregada no equacionamento de dilemas morais complexos para sustentar posições diametralmente opostas: para defender e refutar a legalização

---

<sup>1</sup> CARROL, Lewis. *Through the looking glass*. In: \_\_\_\_\_. *The complete illustrated works*. London: Leopard Books, 1995, p. 136.

do aborto, da prostituição, das drogas. Em outros casos, a dignidade é usada na discussão de temas que aparentemente não têm qualquer relação com o conceito. Ela foi empregada no Brasil em julgados sobre a proibição de briga-de-galo,<sup>2</sup> a compensação de tributos recolhidos por pessoas jurídicas<sup>3</sup> e a incorporação ao salário de gratificações percebidas pelo empregado.<sup>4</sup> Já foi usada até para justificar a hierarquia nas Forças Armadas.<sup>5</sup>

Há, inclusive, decisões judiciais em que a dignidade humana é citada, mas nada acrescenta à cadeia argumentativa que suporta o resultado alcançado. Ela funciona como mero ornamento, usado na tentativa de “embelezar” a decisão; uma pátina para lhe dar um colorido supostamente mais humanista ou grandiloquente.

Esses problemas não são singularidades nacionais. A crítica ao arbítrio e à ausência de critério na invocação da dignidade é praticamente universal. Na Alemanha, fala-se em “tirania da dignidade”.<sup>6</sup> Na África do Sul, afirmou-se que a dignidade funcionaria como “uma peça de Lego jurisprudencial – para ser usada de acordo com o modo e formato desejado pelo *designer* judicial”.<sup>7</sup> E não é só no Direito que o problema se apresenta. No campo da Bioética, por exemplo, ocorre o mesmo, não faltando críticos

<sup>2</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 1856, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 26.05.2011. A fundamentação baseada na dignidade encontra-se no voto do Ministro Cezar Peluso: “(...) acho que a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano”.

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp 503990, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. 23.09.2003. Consta do acórdão: “1. A compensação tributária, conforme prevista no art. 66 da Lei nº 8.383/91, é um direito do contribuinte. 2. Odiosa é qualquer pretensão de impor limites temporais e percentuais à referida compensação quando ela for utilizada para reaver quantias que foram pagas a título de tributo cuja exigência foi considerada inconstitucional. 3. Os princípios fundamentais do contribuinte nascem do texto constitucional que exige respeito à dignidade da pessoa humana, proibindo empréstimo forçado sem autorização de lei ou de forma disfarçada”.

<sup>4</sup> Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 392441-61.1997.5.06.5555, 5ª Turma, Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, julg. 07.03.2001. A decisão está assim fundamentada: “Em razão dos princípios constitucionais que resguardam a estabilidade econômica do contrato de trabalho (CF, art. 7º, VI) e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), faz jus à manutenção da gratificação a empregada que deixa o exercício da função de confiança, depois de 10 (dez) anos, e reverte ao cargo efetivo”.

<sup>5</sup> Superior Tribunal Militar. Apelação 0000022-11.2007.7.07.0007, Rel. Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, julg. 18.12.2009: “A hierarquia e a disciplina militares são princípios constitucionais de caráter fundamentalista, na medida em que constituem a base das organizações militares. Condenam, por isso, os valores militares, como o respeito à dignidade da pessoa humana, o patriotismo, o civismo, o profissionalismo, a lealdade, a constância, a verdade real, a honra, a honestidade e a coragem”.

<sup>6</sup> FRANKENBERG, Günter. Tirania da dignidade?: paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. *A gramática da constituição e do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 307-320.

<sup>7</sup> DAVIS, D. M. Equality: the majesty of Legoland jurisprudence. *South African Law Journal*, n. 116, 1999, p. 413.

a apontarem os perigos envolvidos na elevação da dignidade humana à qualidade de princípio fundamental da área.<sup>8</sup>

No Brasil, o fenômeno é agravado pela tendência atual ao recurso pouco fundamentado a princípios constitucionais abertos, impregnados de forte conteúdo moral – verdadeira perversão do neoconstitucionalismo. É o uso do “princípio como preguiça”:<sup>9</sup> o princípio serve de fórmula mágica meio vazia, que mascara a falta de critério da decisão e substitui o ônus do julgador de elaborar uma fundamentação mais consistente. Na “carnavalização” dos princípios que nós vivenciamos, a dignidade humana tem certamente um lugar de destaque.<sup>10</sup>

Esse cenário é problemático por diversas razões. Em primeiro lugar, pela questão da insegurança jurídica, pois fica muito difícil para as pessoas preverem o que será considerado contrário à dignidade humana e programarem seu comportamento com base nisso. E, se a dignidade é usada para tudo, a insegurança também se torna ubíqua. Cria-se, assim, um paradoxo: a dignidade, por um lado, é um canal para a juridicização de imperativos da moralidade pública. Por outro, a sua vagueza compromete o que Lon Fuller denominou de “moralidade interna” do Direito,<sup>11</sup> que envolve a certeza e a inteligibilidade das normas jurídicas. Mais que isso, a aplicação sem parâmetros da dignidade humana acaba ofendendo a própria dignidade, que, afinal, tem relação íntima com a garantia da segurança jurídica.<sup>12</sup>

Ademais, a dignidade humana, pela sua plasticidade e pela amplitude do seu campo de incidência, fornece aos juízes, que não são eleitos, um instrumento poderoso para a imposição das suas visões de mundo, às

<sup>8</sup> Cf., e.g., KUHSE, Helga. Is there a tension between autonomy and dignity?. In: KEMP, Peter; RENDTORFF, Jacob; JOHANSEN, Niels Matton (eds.). *Bioethics and biolaw*, v. II, Four Ethical Principles. Copenhagen: Rhodos International Science & Art Publishers/Centre for Ethics and Law, 2000; MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. *British Medical Journal*, n. 327, 2003; PINKER, Steven. The stupidity of dignity. *Op. cit.*

<sup>9</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça?. In: \_\_\_\_\_. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205-229.

<sup>10</sup> Veja-se, a propósito, COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014. Tratei da carnavalização dos princípios em SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. *Op. cit.*

<sup>11</sup> FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1964.

<sup>12</sup> Como observou Humberto Ávila, “sem um ordenamento minimamente inteligível, estável e previsível, o homem não tem como se autodeterminar, plasmando o seu presente e planejando o seu futuro com liberdade e autonomia. Sem estas condições, portanto, o homem não tem como se definir como um sujeito autônomo e digno. A segurança jurídica constitui, assim, o pressuposto jurídico para a realização da dignidade humana” (ÁVILA, Humberto. *A segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 225).

vezes em detrimento das deliberações tomadas pelos representantes do povo. Assim, o uso inflacionado e sem critério do princípio da dignidade agrava a “dificuldade contramajoritária”<sup>13</sup> da jurisdição constitucional, entrando em tensão com a democracia. Eis aqui mais um paradoxo: muito embora a dignidade, como visto anteriormente, tenha ligação profunda e visceral com a democracia, o abuso do princípio no discurso judicial pode significar menos autonomia pública para as pessoas – logo, menos dignidade – em uma das suas facetas.

Esse problema não afeta apenas a autonomia pública do cidadão. Como discutido no capítulo 4, ele pode também comprometer a autonomia privada do indivíduo, já que não é incomum a invocação da dignidade humana para a imposição de limites à liberdade individual, inclusive em áreas delicadíssimas, como as que concernem à sexualidade. Nessas situações, a dignidade pode se tornar um canal para imposição aos indivíduos de valores morais que não professam. Tem-se, então, outro paradoxo: a dignidade demanda o reconhecimento da autonomia da pessoa, mas, dependendo do sentido que lhe dê o intérprete, pode se converter em instrumento a serviço da heteronomia, do paternalismo, do moralismo mais conservador.

Além disso, há a questão da trivialização. Se a dignidade é invocada de maneira inflacionada, em hipóteses banais, o princípio tende a se desvalorizar. Ocorre uma “fadiga” da dignidade:<sup>14</sup> apela-se tanto ao princípio que ele perde a sua força. De trunfo poderoso na argumentação jurídica, política e moral, a dignidade humana torna-se um adereço retórico de gosto duvidoso; um bacharelismo *kitsh*, ao qual se deixa de prestar muita atenção. Aí, nos casos de lesão real e grave à dignidade humana, o recurso ao elevado princípio pode não impressionar ninguém. Tem-se então um paradoxo adicional: no discurso jurídico, mais pode ser menos dignidade.

Finalmente, existe um risco de perversão que não pode ser menos-prezado. A vagueza da dignidade, que comporta tantas leituras e interpretações, pode ser usada como manto para encobrir propósitos menos nobres do que a emancipação e empoderamento das pessoas. O princípio pode ser empregado, por exemplo, para defender privilégios não universais da

<sup>13</sup> A expressão “dificuldade contramajoritária”, como se sabe, foi cunhada pelo constitucionalista norte-americano Alexander Bickel e exprime o problema da justificação democrática do controle de constitucionalidade, que envolve a possibilidade de juizes, não eleitos, invalidarem decisões de órgãos representativos, com base na sua interpretação de normas constitucionais muitas vezes vagas e plurissignificativas. Veja-se BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

<sup>14</sup> Tomei de empréstimo a expressão de MAHLMANN, Mathias. *The good sense of dignity: six antidotes to dignity fatigue in ethics and law*. In: MCCRUDDEN, Christopher (ed.). *understanding human dignity*. *Op. cit.*, p. 593-614.

elite ou de corporações poderosas, conferindo-lhes maior respeitabilidade.<sup>15</sup> Diante do *ethos* desigualitário das nossas relações sociais – que fatalmente contamina o processo de interpretação e aplicação do Direito – esse é um problema particularmente importante no Brasil, como visto no capítulo 1. Nesse cenário, a mudança prometida pela dignidade humana pode acabar se assemelhando à tática para evitar o advento da república na Itália, recomendada pelo astuto Tancredi, no livro *O Leopardo*,<sup>16</sup> de Giuseppe Lampedusa: “Se queremos que tudo permaneça como está, é preciso mudar tudo”. Eis aí o último paradoxo: a dignidade humana, que deveria servir à inclusão dos excluídos, pode se converter em mais um instrumento de defesa dos interesses dos poderosos.

Esses problemas e paradoxos são reais e graves. Por isso, tem razão o Ministro Dias Toffoli quando adverte que “é necessário salvar a dignidade de si mesma (...) sob pena de condená-la a ser (...) um tropo oratório que tende à flacidez absoluta”.<sup>17</sup> Cabe, porém, o cuidado de não se jogar fora o neném junto com a água suja do banho. A solução para os abusos não é descartar o emprego do princípio da dignidade, voltando-se a concebê-lo como não mais do que uma proclamação retórica despida de efeitos concretos. Como visto ao longo desta obra, a dignidade tem um conteúdo riquíssimo e pode desempenhar funções extremamente relevantes na ordem jurídica.

Nos capítulos anteriores, busquei precisar os contornos normativos do princípio da dignidade da pessoa humana, atribuindo-lhe um conteúdo material, a partir de uma leitura da Constituição de 88 aberta aos fluxos da moralidade política. A definição deste conteúdo já contribui para o equacionamento dos problemas mencionados acima. É que a geleia conceitual certamente alimenta cada uma das patologias a que aludi. A definição do conteúdo é um avanço importantíssimo para remediá-las, mas é necessário dar um passo adicional: é preciso também definir a *metodologia* de aplicação da dignidade.

Neste capítulo, apresento quatro propostas metodológicas singelas referentes à aplicação do princípio da dignidade humana. A primeira é concebê-lo como um princípio que atua como norte hermenêutico, mas que não atropela, em sua incidência, direitos fundamentais mais específicos.

<sup>15</sup> Cf. NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*

<sup>16</sup> LAMPEDUSA, Giuseppe. *O Leopardo*. Trad. Rui Cabeçadas. São Paulo: Abril, 1979.

<sup>17</sup> Supremo Tribunal Federal. RE 363889, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 02.04.2011. Ressalto, contudo, que, conquanto compartilhe das preocupações do Ministro Toffoli, considero que, no caso concreto então examinado, em que se discutiu a colisão entre a coisa julgada e o direito ao conhecimento da identidade genética, a invocação da dignidade humana estava longe de configurar um excesso. O voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no referido julgamento utilizou amplamente a dignidade humana, de forma que considero apropriada.

Trata-se de uma aplicação do *critério da especialidade*, empregado para lidar com o fenômeno da *concorrência* de direitos fundamentais. A segunda ideia é exigir maior *rigor na fundamentação* do uso da dignidade em cada caso. O intérprete, quando invoca um princípio tão vago e aberto, deve ter o ônus de fundamentar a ligação entre o caso concreto e a dignidade, bem como a diretriz que o princípio proporciona para equacionamento do problema. A terceira é exigir que esses fundamentos se conformem às exigências convergentes da *laicidade estatal* e do uso de *razões públicas* para o exercício do poder político. A dignidade não pode se tornar disfarce para a imposição heterônoma de valores religiosos ou cosmovisões particulares às pessoas. A quarta diz respeito à defesa de um relativo *minimalismo judicial* no emprego do princípio da dignidade da pessoa humana. O intérprete judicial não deve enveredar na busca dos “fundamentos últimos” para a dignidade, penetrando em querelas filosóficas difíceis e divisivas, a não ser quando isso seja realmente necessário para o equacionamento do caso que tem de resolver. Vejamos.

## 7.2. Dignidade humana e concorrência de direitos fundamentais

A concorrência ou concurso de direitos fundamentais se dá quando dois direitos diferentes amparam uma mesma situação, mas eles têm regimes distintos, e se torna necessário precisar qual deles se aplica.<sup>18</sup> A hipótese não se confunde com a colisão, em que as normas constitucionais são contrapostas. Na concorrência, elas não são antagônicas no caso concreto, mas convergentes. Quando há esta convergência, os direitos por vezes se reforçam mutuamente, sem que haja necessidade de realizar qualquer escolha sobre qual deles incidirá. Porém, há hipóteses em que existe diferença entre os respectivos contornos normativos, o que demanda uma decisão sobre qual dos direitos será aplicado. Veja-se o caso de uma passeata de protesto contra o governo. A hipótese enquadra-se, simultaneamente, no âmbito de incidência da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX, CF) e da liberdade de reunião (art. 5º, XVI, CF). O exercício da liberdade de reunião pressupõe a comunicação prévia do ato à autoridade competente, o que não ocorre com a liberdade de expressão. Nesse contexto, o exercício regular do direito à realização da passeata de protesto exige ou não o aviso prévio?

<sup>18</sup> Veja-se, a propósito, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156-159; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 654-657; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 172-176.

O aviso prévio é, sim, exigível, porque a relação entre a liberdade de expressão e o direito de reunião se resolve pelo critério da especialidade, já que o segundo é uma manifestação específica, de natureza coletiva, da primeira.<sup>19</sup> Na concorrência entre direitos fundamentais, há, basicamente, duas situações distintas. Há casos em que as normas constitucionais concorrentes mantêm uma relação de especialidade, e hipóteses em que isto não ocorre. Nos primeiros, em que se enquadra o exemplo acima, emprega-se o critério da especialidade para o equacionamento do concurso normativo. Nos segundos, mais complexos, há dois critérios relevantes e nem sempre convergentes: a preferência da norma mais protetiva para o titular do direito fundamental ou a aplicação do direito que tenha mais pertinência em relação ao caso, consideradas todas as suas especificidades.

Como visto no capítulo 2, a dignidade da pessoa humana não é propriamente um direito fundamental, mas a fonte e fundamento de todos os direitos materialmente fundamentais. Os direitos materialmente fundamentais são concretizações da dignidade humana, o que torna possível o uso do critério da especialidade nos casos que envolvam ofensas a direitos fundamentais específicos e lesões à dignidade humana *que decorram de tais afrontas*.

É verdade que os direitos fundamentais também são muitas vezes enunciados em linguagem abstrata e indeterminada; que também há, com frequência, controvérsias sobre o seu conteúdo e limites. Nada obstante, do ponto de vista comparativo, eles são menos vagos do que a dignidade humana. Os seus contornos e regime de proteção, embora nem sempre precisos, são, em geral, menos nebulosos do que os que caracterizam o princípio da dignidade. Por isso, o emprego desse critério de especialidade proporciona significativos ganhos em matéria de previsibilidade e contenção do arbítrio do intérprete.

A ideia de que, dentre vários comandos jurídicos incidentes sobre o mesmo caso, deve incidir o mais específico, é tradicional no Direito. Como já destacado, ela está por trás do critério da especialidade, empregado para resolução de antinomias jurídicas.<sup>20</sup> Tal noção pode ser associada também

<sup>19</sup> Não é todo agrupamento de pessoas que traduz exercício da liberdade de reunião. As reuniões protegidas pelo preceito constitucional têm uma dimensão expressiva, configurando, em essência, "um direito à liberdade de expressão exercido de forma coletiva" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Art. 5º, XVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil. Op. cit.*, p. 305). Veja-se também, a propósito, MELLO FILHO, José Celso de. O direito constitucional de reunião. *Justitia*, n. 98, 1997.

<sup>20</sup> Sobre o critério da especialidade, veja-se, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1996, p. 95 ss.

ao reconhecimento da precedência *prima facie* das regras sobre os princípios em hipóteses de colisão.<sup>21</sup>

Veja-se um exemplo de aplicação desse parâmetro. Uma escuta telefônica de conversa privada atinge, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, que pressupõe o respeito à intimidade para o livre desenvolvimento da personalidade. Há, porém, norma constitucional específica que trata do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII, CF), com contornos mais precisos, e que foi regulamentada pelo legislador (Lei nº 9.296/96). Portanto, não se justifica a invocação direta da dignidade da pessoa humana para tratar de caso atinente a uma quebra do sigilo telefônico, passando por cima da norma constitucional mais densa e específica, bem como da sua concretização legislativa. Com esse tipo de “salto” hermenêutico, perde-se muito em previsibilidade e em possibilidade de controle intersubjetivo da decisão judicial.<sup>22</sup>

Isso não quer dizer, porém, que a dignidade seja desimportante nesse tipo de situação. Ela continua no “pano de fundo”, atuando como vetor hermenêutico, a influenciar a interpretação, aplicação e integração do direito fundamental mais específico e da sua legislação concretizadora. Mas não se pode, de modo algum, ignorar o plano normativo mais concreto e próximo do caso para buscar diretamente na dignidade da pessoa humana a solução para problema jurídico. Fazê-lo implica aumentar desnecessariamente a insegurança jurídica e os riscos de arbítrio e de erro do intérprete. E importa em demandar um esforço argumentativo desnecessário do julgador – em cenário de grave congestionamento da justiça e de atrasos na prestação jurisdicional –, já que existe caminho muito mais simples para o correto equacionamento do problema jurídico.

Essa orientação, seguida pela Corte Constitucional sul-africana em sua riquíssima jurisprudência sobre a dignidade humana,<sup>23</sup> foi criticada

<sup>21</sup> Cf., e.g., BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Op. cit., p. 165-234; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103-108.

<sup>22</sup> Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet ressaltou que se afigura “em princípio conveniente que se busque inicialmente sondar a existência de uma ofensa a determinado direito fundamental em espécie no caso concreto objeto de exame. Isto não apenas pelo fato de tal caminho se mostrar o mais simples, mas acima de tudo por viabilizar a redução de margem de arbítrio do intérprete”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III. Op. cit., p. 128-129). Porém, em sentido aparentemente diverso do aqui sustentado, afirmou no mesmo texto: “Ainda que se pudesse argumentar a prescindibilidade do recurso à dignidade humana quando atingido um direito fundamental (já impregnado de dignidade), não se poderia defender uma aplicação meramente subsidiária daquele princípio, pois se trata de uma relação caracterizada por uma substancial fundamentalidade assumida pela dignidade em face dos demais direitos fundamentais” (*ibidem*, p. 128).

<sup>23</sup> Nas palavras do constitucionalista sul-africano Stuart Woolman, a “primeira regra na jurisprudência sul-africana sobre dignidade é que onde a Corte puder identificar a violação de um direito mais específico, a Seção 10 da Constituição” – que consagra a dignidade – “não será

por Aharon Barak.<sup>24</sup> Para o jurista israelense, tal posição concebe a dignidade humana como um direito residual, o que não se compadece com a sua estatura central nas constituições. Ademais – sustentou Barak –, se há uma restrição que atinge simultaneamente tanto a dignidade como algum direito específico, o correto, do ponto de vista metodológico, seria aplicar os dois parâmetros para o controle da medida restritiva, e não apenas o outro direito, olvidando o princípio da dignidade.

De modo diverso, considero que quando se afronta a dignidade *porque* se violou o direito que a concretiza, basta para o equacionamento da questão o emprego desse direito mais específico. Usá-lo como parâmetro exclusivo em nada apequena a dignidade, apenas confere mais consistência e rigor à argumentação jurídica, gerando maior previsibilidade e economizando o esforço e o tempo do intérprete. A dignidade humana, nessas hipóteses, até pode ser citada como um reforço argumentativo, mas sem jamais substituir o parâmetro mais denso, representado pelo direito fundamental. Porém, concordo que há situações de afronta simultânea ao princípio da dignidade humana e a algum – ou alguns – direito(s) específico(s), em que o recurso direto à dignidade se justifica plenamente.

Isso ocorre quando a violação à dignidade não se resume à restrição ou ao descumprimento do direito específico que a concretiza, envolvendo também algum aspecto autônomo do princípio da dignidade. Imagine-se a situação hipotética de uma lei que, para resolver o problema do desabastecimento dos hemocentros, obrigasse os presos em boas condições de saúde a realizarem doações periódicas de sangue. Haveria clara afronta ao direito fundamental dos presos ao respeito à sua integridade física e moral, previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição. Mas, além disso, haveria também uma violação independente à dignidade humana, porque os presos não estariam sendo tratados como fins em si, mas como meros meios – como um verdadeiro estoque vivo de sangue à disposição da sociedade. A violação à dignidade humana não seria apenas indireta, decorrente da ofensa a outro direito fundamental específico que a concretiza, mas também direta, em razão da clara afronta a um dos seus componentes nucleares – o valor intrínseco da pessoa. Em um caso como esse, seria absolutamente pertinente o recurso direto à dignidade humana para equacionamento do problema – sem prejuízo, é claro, do emprego também do direito mais específico ao respeito da integridade física e moral do preso.

---

adicionalmente empregada” (WOOLMAN, Stuart. Dignity. In: WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael (eds.). *Constitutional Law of South Africa*. v. 3, 2. ed. Cape Town: Juta & Co. Ltd., 2013, p. 19).

<sup>24</sup> BARAK, Aharon. *Human dignity: the constitutional value and the constitutional right*. *Op. cit.*, p. 181-182.

Finalmente, é certo que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana tem um conteúdo que excede os direitos fundamentais enumerados na Constituição. Tal conteúdo, na minha ótica, pode ser condensado nos quatro componentes, explorados nos capítulos 3 a 6 – valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento. Como visto, cada um desses componentes tem projeções em direitos positivados na Constituição, que, contudo, não os exaurem. Portanto, há hipóteses que são abarcadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mas não por qualquer outro direito fundamental. Nessas hipóteses, em que não existe concorrência entre direitos fundamentais, é indiscutível que a dignidade humana se aplica diretamente. Uma lei sobre o poder de polícia, que autorizasse restrições cabais a direitos sempre que necessárias à preservação do “bem-estar da coletividade”, por exemplo, afrontaria diretamente a dignidade humana por incidir em organicismo, claramente incompatível com tal princípio, como visto no capítulo 3. A ofensa não seria a qualquer direito específico, mas à própria ideia da pessoa como fim em si, com direitos que prevalecem como trunfos diante dos interesses da maioria. Apesar do caráter analítico da Constituição de 88, há inúmeras situações dessa natureza e, nelas, a abertura da dignidade serve para assegurar uma proteção integral à pessoa.

### 7.3. Dignidade humana e fundamentação

Uma das patologias do uso da dignidade humana nos tribunais brasileiros é a falta de fundamentação na sua aplicação. Invoca-se a dignidade sem nenhuma explicitação das razões que justificariam a incidência do princípio, nem tampouco dos motivos que levariam dita aplicação a produzir o resultado alcançado pelo intérprete. Nesse cenário, a dignidade humana torna-se uma espécie de coringa hermenêutico, que serve para tudo e empresta – ou tenta emprestar – uma entonação humanista às preferências do julgador. O Recurso Especial nº 503.990,<sup>25</sup> decidido pelo STJ em 2003, é ilustrativo desse tipo de desvio. A decisão, que trata de limites à compensação tributária, não diz mais do que isso: estabelecer limites temporais e percentuais para a compensação de tributos seria “odioso”, uma espécie de empréstimo forçado; por isso, incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Para combater esse desvio, é preciso insistir na necessidade de fundamentação criteriosa do emprego da dignidade humana. Não é demais lembrar que a fundamentação – ou motivação – não é apenas um requisito formal para a validade dos atos judiciais e administrativos. Mais do que

<sup>25</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp 503.990, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. 23.09.2003.

isso, trata-se de um direito fundamental (art. 93, IX, CF) e de uma exigência impostergável do princípio do Estado de Direito,<sup>26</sup> que visa a impedir a atuação arbitrária das autoridades e a assegurar a possibilidade de controle das decisões não só pelas partes e instâncias superiores (controle endoprocessual), como também pela sociedade em geral (controle extraprocessual). A fundamentação proporciona *accountability* às decisões e é pressuposto da sua legitimidade em uma democracia.<sup>27</sup>

A fundamentação é sempre relevante, mas se torna ainda mais essencial naquelas decisões que envolvem parâmetros normativos vagos – como a dignidade, em que existe uma latitude maior para as valorações pessoais do julgador.<sup>28</sup> Nesses casos, é fundamental o acesso às razões subjacentes à decisão para que se possa avaliar a sua consistência jurídica e adequação social. Aliás, pode-se afirmar que a fundamentação das decisões guarda forte conexão com a dignidade humana. Tratar as pessoas como dignas implica no dever das autoridades de fornecer as razões que justificam os atos que lhes digam respeito como indivíduos, ou mesmo como membros da comunidade política.<sup>29</sup> O constitucionalismo democrático, diz Cláudio Pereira de Souza Neto, é o “governo das razões”.<sup>30</sup> Portanto, é também paradoxal o descuido com a motivação das decisões que aplicam o princípio da dignidade da pessoa humana.

A fundamentação deve, no mínimo, explicitar por que a situação concreta se enquadra no princípio da dignidade da pessoa humana e qual a derivação jurídica que resulta deste enquadramento. O intérprete deve exteriorizar esses elementos, permitindo o controle intersubjetivo sobre tais passos argumentativos. No afã de fazê-lo, o intérprete bem-intencionado poderá também se beneficiar da oportunidade de exercer um controle racional sobre a sua “intuição de decisão”, que pode ter se baseado em impulso emotivo que não sobreviva a um esforço genuíno de racionalização.

<sup>26</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: \_\_\_\_\_, *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95; TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

<sup>27</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. Art. 93. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Op. cit., p. 1.324-1.325.

<sup>28</sup> Nesse sentido, LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 7, 2005, p. 41-67.

<sup>29</sup> O filósofo Rainer Forst chega a afirmar que a essência da dignidade humana é o direito da pessoa de receber justificações legítimas dos atos que a afetem, Cf. FORST, Rainer. The ground of critique: on the concept of human dignity in social orders of justification. *Philosophy and Social Criticism*, n. 37, 2011, p. 965-976.

<sup>30</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Na mesma linha, cf. SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 321-337.

O reconhecimento dessa exigência independe da aceitação da teoria sobre o conteúdo material da dignidade da pessoa humana, desenvolvida nos capítulos precedentes. Mas, se adotada a minha teoria, para aplicar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana a um caso concreto o intérprete terá o dever de demonstrar a presença de uma conexão direta e relevante entre a hipótese analisada e pelo menos um dos quatro elementos da dignidade anteriormente expostos: valor intrínseco, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento. Além disso, terá também o ônus de justificar por que a solução concreta adotada deriva racionalmente do componente da dignidade humana tido como pertinente no caso. Invocações genéricas não serão suficientes em nenhum dos dois passos.

Ademais, não é toda fundamentação decisória que satisfaz os pressupostos normativos de aplicação da dignidade humana. Não basta que exista motivação, sendo indispensável que ela observe algumas exigências normativas, como se verá abaixo.

#### 7.4. Laicidade estatal e razões públicas

Uma decisão judicial que invocasse a dignidade humana para, por exemplo, proibir o fornecimento pelo Estado de pílulas anticoncepcionais a mulheres pobres a partir de uma compreensão católica de dignidade seria manifestadamente inadequada.<sup>31</sup> É que a interpretação e aplicação da dignidade por autoridades estatais deve respeitar o princípio da *laicidade estatal* e se orientar por *razões públicas*, vale dizer, por razões que sejam independentes de compreensões religiosas ou metafísicas particulares e que possam ser racionalmente aceitas por pessoas das mais diferentes crenças. Essa é uma preocupação importante em matéria de dignidade humana, já que o discurso religioso se infiltra frequentemente na sua interpretação e aplicação.

Uma das características mais marcantes das sociedades modernas é o pluralismo. Na mesma sociedade, convivem pessoas com as mais diferentes religiões e cosmovisões. Nesse cenário, o respeito à laicidade estatal e às razões públicas se justifica tanto por preocupações morais normativas – de respeito à autonomia pessoal e à igualdade – como pela necessidade prática de manutenção da paz social, que seria permanentemente ameaçada por conflitos intermináveis caso o Estado passasse a exercer a autoridade a partir, por exemplo, de dogmas religiosos.

A laicidade estatal, consagrada no art. 19, inciso I, da Constituição, não proscreve apenas o endosso oficial de qualquer religião. Mais que isso,

---

<sup>31</sup> Recorde-se que a Encíclica católica *Evangelium Vitae* (1995), do Papa João Paulo II, invocou a dignidade humana para condenar os métodos contraceptivos.

ela afirma a neutralidade estatal na esfera religiosa, exigindo uma postura equidistante do Estado em relação às diferentes crenças – o que envolve inclusive as posições dos ateus e agnósticos. Não se trata de qualquer tipo de má vontade ou animosidade diante da expressão de religiosidade pelos particulares – típica do laicismo,<sup>32</sup> que não se confunde com a laicidade. Muito pelo contrário, a religiosidade dos indivíduos é profundamente respeitada pela ordem constitucional por meio da reforçada garantia da liberdade de religião e de consciência (art. 5º, inciso VI, CF). O que o princípio da laicidade exprime é “a radical hostilidade constitucional para com a coerção e discriminação em matéria religiosa, ao mesmo tempo em que afirma o princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos”.<sup>33</sup> O Estado laico não é um Estado ateu, ele é simplesmente neutro no campo religioso.

A laicidade estatal é garantia que robustece a liberdade religiosa, afastando as coerções simbólicas ou indiretas que o Estado poderia exercer sobre as pessoas ao endossar concepções religiosas e agir com base nelas.<sup>34</sup> Ademais, ela protege a igual dignidade das pessoas. É que, no contexto de pluralismo, a adesão estatal a dogmas e posições religiosas implica tratamento desfavorecido aos que não abraçam o credo privilegiado, que são tratados como “cidadãos de segunda classe”.<sup>35</sup> Para a laicidade, o fato de uma religião ser ou não majoritária não é relevante. A predominância de uma religião na sociedade não é fator que justifica o endosso das suas crenças pelo Estado. Pelo contrário, o princípio da laicidade está impregnado pela preocupação constitucionalista e contramajoritária de defesa dos direitos das minorias.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Como ressaltou Marco Huaco, o laicismo “propõe a hostilidade ou indiferença perante o fenômeno religioso coletivo que pode acabar radicalizando a laicidade, sobrepondo-se aos direitos fundamentais básicos como a liberdade religiosa e suas diversas formas de expressão. Poderia se dizer que consiste em uma forma de radicalização da laicidade que, por isso, acaba por negá-la” (HUACO, Marcos. *A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito*. In: LOREA, Roberto Arriada (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 47).

<sup>33</sup> Cf. MACHADO, Jonas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 347.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 348-349.

<sup>35</sup> A Suprema Corte norte-americana, no caso *Lynch v. Donnelly*, destacou o ponto ao sublinhar que qualquer comportamento estatal que favoreça alguma religião ou grupo de religiões “envia uma mensagem aos não aderentes de que eles são *outsiders*, e não plenos membros da comunidade política” (465 U.S., 668 (1984)).

<sup>36</sup> Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão, em histórica decisão em que proibiu a afixação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, assentou: “O Estado no qual convivem seguidores de convicções religiosas e ideológicas diferentes ou mesmo opostas, apenas pode assegurar suas coexistências pacíficas quando ele mesmo se mantém neutro em questões religiosas. (...) Isto não se dá em razão da representatividade numérica ou da relevância social de uma crença. O Estado tem que, pelo contrário, observar um tal tratamento das diferentes

A laicidade possui uma *dimensão argumentativa*. Ao Estado, não é vedada apenas a adesão formal a uma religião ou o seu favorecimento material. Mais que isso, os poderes públicos não podem se fundar em motivações religiosas para tomar qualquer tipo de decisão. Essa dimensão da laicidade guarda estrita conexão com a ideia de *razões públicas*, muito debatida na filosofia política contemporânea.

O conceito de “razão pública” tem origem remota em texto de Kant, de 1784,<sup>37</sup> em que o filósofo procurou definir o que seria o Iluminismo, associando-o ao uso da razão, que acarretaria o fim da “imaturidade humana”. No ensaio, o filósofo aludiu ao “uso público da razão”, que é aquele que “qualquer um pode fazer como homem de conhecimento, ao se dirigir ao público letrado inteiro”.<sup>38</sup> Este uso público, para Kant, deve ser completamente livre, ao contrário do uso privado da razão, que poderia sofrer algumas restrições.

Na contemporaneidade, a ideia de razões públicas foi desenvolvida pelo filósofo político John Rawls,<sup>39</sup> que sustentou que, na esfera política, ao lidar com temas essenciais, como os que concernem aos direitos humanos, só seriam admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas a que cada cidadão adira. Em espaços privados, como as famílias, entidades religiosas, grupos de amigos etc., esse limite não se aplica. Mas, na discussão pública, as pessoas devem apresentar argumentos também públicos, que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças e cosmovisões.<sup>40</sup> Argumentos religiosos, por exemplo, não poderiam penetrar nesse debate a não ser que fossem “traduzidos” para razões públicas.<sup>41</sup> Um

---

comunidades religiosas e ideológicas que seja representado pelo princípio da igualdade” (BVerfGE 93, 1 (1995)).

<sup>37</sup> KANT, Immanuel. An answer to the question: ‘what is enlightenment?’. In: \_\_\_\_\_. *Political writings*. Trad. H. B. Nisbet. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 54-60.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>39</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. *Op. cit.*, p. 250-304.

<sup>40</sup> Nas palavras de Rawls, “ao discutir sobre elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica, não devemos apelar para doutrinas religiosas ou filosóficas abrangentes – para aquilo que, enquanto indivíduos ou membros de associações, entendemos ser a verdade toda. (...) Tanto quanto possível, o conhecimento e as formas de argumentação que fundamentam nossa aceitação dos princípios de justiça e sua aplicação a elementos constitucionais essenciais devem repousar sobre verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral e acessíveis a eles” (*ibidem*, p. 274).

<sup>41</sup> Como consignou Luís Roberto Barroso, “nas democracias maduras, um equilíbrio implícito e justo é normalmente atingido: os dogmas religiosos – como milagres, pecado e fé na vida depois da morte – são deixados de lado na esfera pública, mas isso não significa que valores de inspiração religiosa – como a santidade da vida ou o dever de respeitar os outros – não possam ser traduzidos em argumentos políticos válidos” (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. *Op. cit.*, p. 73).

político cristão não poderia se opor a um projeto de lei que legalizasse a eutanásia invocando a Bíblia e dizendo que a vida não pertence ao homem, e sim a Deus, mas ele poderia sustentar a indisponibilidade do direito à vida, apelando para a relevância especial desse bem jurídico no sistema constitucional. O seu argumento, neste último caso, pode ser considerado correto ou incorreto – para mim, é incorreto –, mas não estará fora do campo das razões públicas.

Para Rawls, o emprego das razões públicas, pelo cidadão, é um dever moral, mas não um imperativo jurídico. Isso porque seria impossível obrigá-lo a invocar apenas razões públicas ao deliberar sobre temas essenciais na arena social sem afrontar a sua liberdade de expressão. Contudo, para agentes públicos e, especialmente, para membros do Poder Judiciário, o respeito às razões públicas é exigência juridicamente vinculante.

A concepção rawlsiana, atinente ao dever moral do cidadão de respeitar as razões públicas, deve ser problematizada. Habermas, por exemplo, sustenta que ela importa em ônus excessivo para a pessoa religiosa, que não consegue cindir em duas a sua personalidade, ao participar dos debates travados na esfera pública.<sup>42</sup> Iris Marion Young, por sua vez, afirma que a exigência de discurso racional para tratar dos temas públicos é elitista e aliena grupos que empregam outras formas de comunicação, mais “quentes” e emocionais.<sup>43</sup> Tal modelo impõe uma forma de discussão que é típica do homem branco, culto e ocidental, e que pode ser profundamente excludente para membros de grupos vulneráveis, que se exprimem habitualmente de outro modo. A *Critical Race Theory* norte-americana por exemplo, enfatiza a importância do discurso emotivo e da narrativa pessoal (*storytelling*) para defesa política do direito dos negros.<sup>44</sup> Seria impossível estabelecer um diálogo intercultural sobre a dignidade, como foi defendido no capítulo 6, esperando que minorias culturais, como os índios e comunidades tradicionais, se expressassem apenas de forma neutra e racional, pondo entre parênteses o seu modo de ser e suas cosmovisões. A exigência das razões públicas, se posta nesses termos, significaria a exclusão comunicativa de parcelas expressivas da sociedade, empobrecendo os debates sociais e deslegitimando as decisões tomadas na arena pública sem a efetiva participação dos excluídos. Fazê-lo na discussão sobre a dignidade humana – que se volta especialmente à proteção dos *outsiders* – seria, além de tudo, profundamente contraditório.

<sup>42</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. Religião na esfera pública: pressuposições cognitivas para o “uso público da razão” de cidadãos seculares e religiosos. In: \_\_\_\_\_. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 129-168.

<sup>43</sup> YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 52-80.

<sup>44</sup> Cf. LAWRENCE III, Charles et al. Introduction. In: MATSUDA, Mai J. et al. *Words that wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*. *Op. cit.*, p. 1-15.

O ponto também se aplica às pessoas e instituições religiosas, que não podem ser excluídas dos movimentos e debates que envolvem a dignidade humana na esfera pública. Tentar afastá-las seria não apenas uma discriminação odiosa, como também uma medida profundamente contraproducente, já que desperdiçaria uma poderosa energia transformadora que pode se voltar para a promoção dos direitos humanos e da emancipação social.<sup>45</sup> Não é demais lembrar que a religiosidade marcou alguns dos mais importantes movimentos em favor da dignidade humana na história, como se deu na Índia, na resistência pacífica de Mahatma Gandhi, e nos Estados Unidos, na luta pelos direitos civis dos negros, que teve no pastor Martin Luther King a sua principal liderança.

Contudo, se não é possível restringir ou desprezar a participação nas deliberações sociais das pessoas e grupos que se exprimem de acordo com as suas particularidades identitárias ou religiosas – que, muitas vezes, não se conformam com o padrão das razões públicas –, não há dúvida de que as decisões do Estado só podem se lastrear em razões públicas. Isso não significa, porém, que os agentes estatais devam ignorar as “razões não públicas” ofertadas na arena social. Pelo contrário, cabe a eles examinar a conversibilidade desses argumentos em razões públicas, fazendo a necessária tradução, sempre que possível. A defesa da igualdade racial feita por Martin Luther King e seus seguidores, por exemplo, alimentava-se da religião, mas podia ser igualmente justificada a partir da moralidade laica dos direitos humanos e dos valores e princípios presentes na própria Constituição norte-americana. Nesse esforço de tradução, convém, inclusive, que se adote uma postura especialmente empática diante das manifestações provenientes de grupos vulneráveis, de modo a viabilizar a mais ampla inclusão comunicativa.

A imposição jurídica – não apenas moral – de respeito às razões públicas nas decisões estatais exprime a exigência de tratamento de todas as pessoas como sujeitos morais, merecedores do mesmo respeito e consideração.<sup>46</sup> Em outras palavras, trata-se de uma imposição que também deriva do princípio da dignidade humana. Numa democracia, é natural que as opiniões e vontades de cada cidadão nem sempre prevaleçam nos processos decisórios. Contudo, quando isso se dá por razões que não sejam racionalmente aceitáveis pelos afetados, mais do que derrota, há também desrespeito.

<sup>45</sup> Sobre o tema, veja-se SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2013. Na obra, o autor português sustenta que as teologias progressistas têm um papel importante nas lutas contra-hegemônicas em favor dos direitos humanos.

<sup>46</sup> Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 152.

O princípio das razões públicas dirige-se a todos os poderes estatais, mas a imposição é ainda mais severa para o Poder Judiciário. Afinal, os juízes não são eleitos, o que torna mais ilegítima a possibilidade de que imponham os seus valores pessoais sobre os jurisdicionados ou que os invoquem para derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo. Ademais, diferentemente dos cidadãos e dos parlamentares, que não estão juridicamente obrigados a enunciar publicamente as razões que motivam seus atos e votos, os juízes têm sempre que justificar as respectivas decisões. Não podem, nessa tarefa, guiar suas decisões pelas orientações axiológicas cultivadas no interior das doutrinas religiosas ou metafísicas a que se filiem.

É certo que a realização integral desse dever de imparcialidade cosmovisiva é muito difícil. A pré-compreensão e as visões particulares de mundo do intérprete – inclusive de natureza religiosa – tendem a exercer influência, ainda que inconsciente, no processo de tomada de decisões.<sup>47</sup> Afinal, intérpretes são seres humanos e não máquinas. Daí não resulta, porém, que as razões públicas não possam atuar como *ideia regulativa* e como *dever constitucional*, a ser perseguido pelos agentes e instituições públicas, controlados juridicamente e fiscalizados pela crítica social.

O critério das razões públicas afigura-se especialmente importante no tema da interpretação da dignidade humana, diante dos riscos de captura do princípio por correntes religiosas ou metafísicas, como meio de imposição das suas doutrinas particulares, sob o disfarce de aplicação de um princípio constitucional. Um exemplo enviesado de emprego da dignidade humana ocorreu no voto do Ministro Cezar Peluso no julgamento do caso da interrupção de gestação de feto anencefálico.<sup>48</sup> Confrontado com o argumento de que a imposição de manutenção da gravidez de um feto sabidamente inviável causaria grave sofrimento à mulher, violando a sua dignidade, Peluso redarguiu:

A integridade física e biológica da vida intra-uterina também está em jogo. Depois, 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. (...) Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético – não me interessa – de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, engrandecer as pessoas.

A ideia de que a imposição heterônoma de um sofrimento grave não afronta a dignidade humana, porque a dor pode ser até dignificante para quem a experimenta, é própria à teologia cristã e não se conforma com o padrão das razões públicas. A infligência de dor profunda e evitável

<sup>47</sup> Sobre essas influências, veja-se, na literatura jurídica brasileira. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 57-146.

<sup>48</sup> Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 12.04.2012.

às pessoas por ato estatal é, sim, uma violação gravíssima à dignidade humana daqueles que a sofrem.

O exemplo revela também que o princípio das razões públicas não é violado apenas quando são invocados explicitamente argumentos religiosos nas decisões. Juristas com um mínimo de sofisticação dificilmente fazem isso. Ele também é afrontado quando as razões fornecidas em suporte à decisão são estritamente religiosas ou metafísicas, mesmo quando se omite qualquer referência à sua fonte.

Por outro lado, a observância da laicidade e das razões públicas não significa uma interdição cabal à citação de documentos ou textos religiosos em decisões estatais sobre a dignidade humana – ou sobre qualquer outro tema. Essa invocação pode ocorrer legitimamente para, por exemplo, aludir às origens históricas de certos valores, mostrar a presença de consensos sociais sobre determinados assuntos ou chamar a atenção sobre algum argumento ou ponto de vista importante, dando o devido crédito às suas fontes. Mas os argumentos religiosos não se revestem de qualquer tipo de autoridade especial no âmbito jurídico. De todo modo, o que eventualmente descredencia esses argumentos não é propriamente a sua origem religiosa, mas o seu conteúdo: se não forem conversíveis em *razões públicas*, não podem fundamentar explicitamente os atos do Estado, nem tampouco motivá-los de forma sub-reptícia.

## 7.5. Minimalismo, acordos incompletamente teorizados e exibicionismo judicial

Assentou-se acima que deve ser devidamente fundamentado o emprego do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso, contudo, não quer dizer que, em cada caso que envolva a aplicação do princípio, o intérprete deva mergulhar nos debates complexos, intermináveis e profundamente divisivos que o cercam. Pelo contrário, fazê-lo seria um equívoco, por várias razões: haveria desperdício de tempo e de energia, aumento dos riscos de erro e criação de tensões e controvérsias dispensáveis não só no âmbito do próprio processo decisório – *e.g.*, disputas desnecessárias entre magistrados de um órgão colegiado –, como também na sociedade de modo geral.

Quanto ao último aspecto, a pretensão do intérprete de ser muito profundo, de atingir “verdades últimas”, poderia alienar e até ofender segmentos da sociedade, fragilizando a legitimação social da decisão e, dependendo da saliência política do caso, até do seu órgão prolator. Como já destacado no capítulo 1, um dos motivos que levou à consagração da dignidade da pessoa como fundamento dos direitos humanos em tratados e declarações internacionais foi exatamente o fato de se tratar de categoria

palatável para as mais diferentes cosmovisões, religiões e ideologias, com a aptidão de cristalizar um certo consenso. Esta questão também se manifesta no âmbito interno, em sociedades plurais como a brasileira. Por isso, buscar, no momento de aplicação do princípio, o fundamento último que está por trás da dignidade poderia estilhaar esse consenso, cuja subsistência pressupõe certo compromisso com o abandono da pretensão de se alcançar, na disciplina das relações intersubjetivas, algum suposto “Santo Graal” da moralidade política.

Mas não é só. O “excesso de profundidade” na interpretação da dignidade humana pode colocar em risco a implementação da ideia exposta acima, de que as decisões estatais devem se fundar em razões públicas, que independam de compreensões religiosas ou metafísicas particulares. Mergulhos hermenêuticos abissais tendem a atrair o intérprete para os espaços obscuros e insondáveis da especulação metafísica ou teológica. E não surpreenderia se ele retornasse desse mergulho exatamente com mesma resposta dada pela *sua* religião ou pela *sua* cosmovisão particular. Defendo, assim, certo *minimalismo judicial* na interpretação da dignidade humana, especialmente quando realizada no âmbito do processo judicial.

O minimalismo judicial, que tem como principal referência o jurista norte-americano Cass Sunstein,<sup>49</sup> propõe, como regra geral, que o Poder Judiciário não vá além do necessário para a resolução do caso que lhe é apresentado, seja sob o ângulo da *extensão* daquilo sobre o que se pronuncia, seja sob a perspectiva da *profundidade* das razões empregadas. A postura minimalista, para Sunstein, reduz o risco de erros judiciais e diminui os impactos decorrentes dos equívocos eventualmente cometidos.<sup>50</sup> Além disso, facilita a tomada de decisões, poupando energia e tempo dos magistrados. O minimalismo, segundo Sunstein, também impede que temas em demasia sejam subtraídos pelo Judiciário da esfera da deliberação das instâncias políticas que representam o povo. Não bastasse, ainda diminui a probabilidade e a intensidade de reações e resistências sociais às decisões jurisdicionais. É que julgamentos sobre temas polêmicos vazados em argumentação muito ambiciosa tendem a aumentar a polarização social e o radicalismo,<sup>51</sup> dificultando a construção de consensos que são necessários para a vida em comum nas sociedades plurais.

Para os fins deste estudo, interessa mais a questão da profundidade dos argumentos do que da sua extensão. Nesse primeiro ponto, Sunstein

<sup>49</sup> A obra de referência é SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 46-50.

<sup>51</sup> O argumento é desenvolvido em SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing justices are wrong for America*. New York: Books, 2005.

defende o “uso construtivo do silêncio” para a formação de “acordos incompletamente teorizados”.<sup>52</sup> Nas suas palavras,

Quando as pessoas discordam ou estão incertas sobre uma questão abstrata – é a igualdade mais importante que a liberdade?; existe o livre arbítrio?; o utilitarismo é correto?; a pena tem funções retributivas? – elas podem fazer progressos movendo-se para um nível de maior particularidade. (...) O fenômeno possui uma feição especialmente notável: ele usa o silêncio, sobre certas questões básicas, como um instrumento para produzir convergência apesar do desacordo, da incerteza, dos limites de tempo e de capacidade, da heterogeneidade. Em suma, o silêncio pode ser uma força construtiva. Acordos incompletamente teorizados são uma importante fonte de constitucionalismo bem sucedido e de estabilidade social. Eles também são um meio para as pessoas demonstrarem respeito mútuo.<sup>53</sup>

Há críticas importantes ao minimalismo, e uma delas é a de que a interpretação constitucional não tem como se desconectar da moral. É o que sustentou Dworkin, para quem não haveria como escapar da filosofia moral na tarefa de, por exemplo, definir os direitos que as pessoas têm.<sup>54</sup> Penso, porém, que a questão não comporta uma resposta binária e polarizada, do tipo “minimalismo *v.* interpretação orientada pela moral, escolha o seu lado”. Concordo que a interpretação constitucional, especialmente de um princípio como a dignidade da pessoa humana é – e deve ser –, aberta aos influxos da moral, como sustentado no capítulo 2. O que advogo aqui não é, de modo algum, o abandono da reflexão moral-filosófica na interpretação judicial da dignidade. É tão somente que não se deve ir à caça dos fundamentos últimos, das raízes filosóficas mais profundas da dignidade, quando isso não seja necessário para o equacionamento do problema que se tem em mira. Porém, algumas vezes não haverá escapatória e será preciso fôlego para o mergulho moral.

Em caso em que se discuta, por exemplo, a violação à dignidade humana pelas condições degradantes das prisões ou pela prática de trabalho escravo, não há necessidade de discutir se a teoria mais correta é a kantiana, a liberal igualitária, a que deriva da doutrina católica ou a suportada por qualquer outra corrente. Todas as teorias minimamente razoáveis sobre a dignidade estarão de acordo sobre a incompatibilidade dessas situações e

<sup>52</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass. *Incompletely theorized agreements in Constitutional Law*. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 47, 2007. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>54</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. In praise of theory. In: \_\_\_\_\_, *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 49-74.

práticas com o princípio constitucional, e o esforço adicional não se justificará, podendo gerar consequências negativas, sem nada acrescentar para a solução da controvérsia. Se, porém, a discussão for sobre a eutanásia, o cenário será diferente, e aí tornar-se-á indispensável elevar o grau de abstração do raciocínio para dar conta do problema enfrentado.

Sem embargo, existem casos em que uma maior profundidade ou extensão da fundamentação decisória pode se justificar, mesmo quando não seja estritamente necessária para a resolução do caso concreto. Em certas áreas do Direito, o ganho em segurança jurídica e previsibilidade gerado por precedentes de maior amplitude ou profundidade pode compensar os respectivos riscos e desvantagens. Ademais, no que toca à dignidade humana, decisões maximalistas podem eventualmente se justificar pelo fortalecimento da sua dimensão simbólica, quando seja especialmente relevante o seu papel pedagógico na sociedade. Um bom exemplo foi a decisão do STF no caso da união homoafetiva.<sup>55</sup> A Corte poderia, na ocasião, ter proferido uma decisão minimalista, afirmando o direito postulado, mas abstendo de se pronunciar sobre a existência de estrita igualdade entre aquele tipo de relação familiar e a união estável tradicional. Foi essa a linha adotada nos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Já a maioria do Tribunal, seguindo o voto condutor do Ministro Ayres Britto, optou pelo maximalismo, ao assentar a plena igualdade entre os dois tipos de família. Naquele caso, era tão importante transmitir para a sociedade brasileira, pela voz autorizada do STF, a clara mensagem da igual dignidade na seara da orientação sexual, que o maximalismo decisório certamente se legitimava.

De todo modo, a advertência contra possíveis excessos na fundamentação das decisões que empregam a dignidade da pessoa humana é importante em razão de algumas características da cultura jurídica brasileira. É verdade que, com mais frequência, a dignidade humana tem sido invocada sem a mínima fundamentação. Porém, tampouco pode ser negligenciado o risco oposto, de exageros maximalistas injustificados na motivação decisória.<sup>56</sup> Afinal, não são incomuns no país as decisões enor-

<sup>55</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento conjunto em 05.05.2011.

<sup>56</sup> O STF tem pecado, com alguma frequência, pelo maximalismo decisório. Um exemplo claro foi a decisão proferida no caso sobre pesquisa em células-tronco embrionárias, em que, sem necessidade, a Corte adentrou na questão da proteção constitucional do nascituro. Vide Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 29.05.2008. Com o mesmo diagnóstico, veja-se SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e *expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, 2008, p. 107-142; e MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. *Op. cit.*, p. 192-196.

mes, repletas de considerações pouco relevantes para solução do caso, pontilhadas de infundáveis citações filosóficas e literárias, tudo isso visando à demonstração da erudição do seu prolator. A nossa cultura jurídica aplaude essas demonstrações de cultura, o que estimula a elaboração de decisões desnecessariamente longas,<sup>57</sup> que muitas vezes arriscam “palpites filosóficos” sobre as questões mais delicadas, sem a necessária reflexão.

Fazê-lo em relação à dignidade humana seria um equívoco, que, por todas as razões acima aduzidas, não serviria bem ao propósito de proteger e promover este princípio. Não se deve corrigir um erro – a deficiência das fundamentações que aplicam a dignidade – incorrendo no equívoco contrário. Em síntese, é fundamental que as decisões que aplicam o princípio da dignidade da pessoa humana sejam bem fundamentadas. Mas a motivação não deve se elevar a um plano mais elevado e abstrato do que aquele necessário para a resolução do caso. Afinal, quanto mais alto o voo, maior é a queda.

## 7.6. Conclusão

A ideia da dignidade da pessoa humana é muito inspiradora. Mas o princípio, tão vago e plástico, já foi usado até para fundamentar o Ato Institucional nº 5<sup>58</sup> – o mais autoritário instrumento jurídico da ditadura militar. A dignidade é, indiscutivelmente, um pilar central da Constituição de 88. Porém, para que não se torne fórmula retórica oca, ou pior, disfarce para a imposição das preferências nem sempre tão nobres do intérprete, é necessário não apenas precisar o seu conteúdo, como também definir a forma adequada para o seu emprego.

Utilizado de modo criterioso, de acordo com as indicações sugeridas acima, o princípio da dignidade até pode perder um pouco em maleabilidade. Mas os ganhos em termos de segurança jurídica, democracia e

<sup>57</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso sugeriu que se fizesse uma “revolução da brevidade” no direito brasileiro, que envolveria o compromisso com maior concisão nas decisões judiciais (cf. BARROSO, Luís Roberto. A revolução da brevidade. *Migalhas*, 29 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI65100,4104>>. Acesso em: 10 set. 2015).

<sup>58</sup> No primeiro dos *consideranda* do AI nº 5, lê-se: “Considerando que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, como decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um regime jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, desse modo, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria” (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964).”

contenção do arbítrio judicial certamente compensam essa perda. Afinal – seja escusada a tautologia –, é preciso respeitar a dignidade humana na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. E isso pressupõe, dentre outras coisas, previsibilidade, moderação do poder estatal – inclusive o judicial –, uso exclusivo de razões públicas para o exercício da autoridade política e respeito às deliberações democráticas.