



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

CINARA SAMPAIO BARRETO

**AS FALÁCIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PAUTADA NO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE HUMANA NA SUPREMA CORTE**

Brasília
2015

CINARA SAMPAIO BARRETO

**AS FALÁCIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PAUTADA NO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE HUMANA NA SUPREMA CORTE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Brasília

2015

CINARA SAMPAIO BARRETO

**A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PAUTADA NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
HUMANA NA SUPREMA CORTE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Brasília, de de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Orientador

Prof^a. Dr^a. Luciana Barbosa Musse

Examinadora

Prof. Me. Paulo Henrique Franco Palhares

Examinador

Dedico este trabalho, com muito carinho, aos professores Luciana Musse, Paulo Thompson Flores e Roberto Freitas Filho, idealizadores do ProDI – Projeto Direito Integral, bem como aqueles que tenham interesse por essa área de estudo e aos demais professores, colegas integrantes desse projeto, pois a fonte de inspiração para esta monografia decorreu das reflexões propostas no Módulo I – Jurisprudência, Lógica e Argumentação.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo exemplo de coragem, força e determinação o que nos encoraja a vencer cada obstáculo que aparecer pelo caminho.

A minha avó materna, Lenoir Lopes, pelo exemplo de mulher forte, guerreira, batalhadora, em que espelho meus passos.

Aos meus pais, Zilma Sampaio e Valdomiro Sampaio, pelo apoio incondicional que transcende as barreiras do tempo e da distância.

Aos meus irmãos, Sara e Leandro, pela companhia e compreensão em todos os momentos da minha vida.

Ao meu cunhado, Pablo Barreto, por todas as orientações e sugestões ao longo da graduação.

Ao meu esposo, Antonio Barreto, pela companhia diária, apoio, suporte e compreensão.

Aos meus filhos, Mariana e Pedro, pelo amor incondicional que me sustenta e que me dá ânimo em ser melhor a cada dia.

“Toda reforma interior e toda mudança para melhor dependem exclusivamente da aplicação do nosso próprio esforço”.

Immanuel Kant.

RESUMO

A utilização constante do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal – STF conduziu à reflexão sobre o uso de expressões avaliatórias nos discursos jurídicos. Neste sentido, o objetivo desta pesquisa é verificar como os ministros do STF lidam com o princípio da dignidade humana em seus votos, se estabelecem critérios racionais de decidibilidade e se há nos votos alguma preocupação com a estabilidade semântica dessa expressão. Para realizar esta análise, foi feita uma pesquisa no sítio do STF com a palavra-chave “dignidade humana” para selecionar as decisões e em seguida os dados foram tabulados com as informações essenciais sobre cada uma delas no intuito de verificar como essa expressão é abordada nos votos proferidos. Toda esta atividade de análise e reflexão tem como suporte metodológico a MAD – Método de Análise das Decisões. Já a abordagem jusfilosófica, no que diz respeito à argumentação jurídica será trazida à discussão as principais ideias de Atienza, Alexy bem como as contribuições de Dworkin no que refere-se tanto a distinção entre regras e princípios como o poder discricionário dos magistrados e a importância do romance em cadeia para o ordenamento jurídico atual. Como complementação dessa discussão será abordado o prescritivismo universal de Richard Hare que auxilia na compreensão e contribui significativamente para elaboração de decisões judiciais racionais e coerentes, trazendo como elementos essenciais a universalizabilidade e a prescritividade. Portanto, da análise dos votos, é possível concluir que embora haja uma preocupação em reconhecer a importância do princípio da dignidade humana e a necessidade de uma delimitação deste princípio, apenas reduzem-se a citá-la, como mero argumento de autoridade. Assim, o uso desmoderado de princípios de abrangência tamanha sem a devida estabilidade semântica do termo, gera insegurança jurídica o que compromete não só a decisão no caso concreto, mas todo o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Argumentação jurídica. Prescritivismo Universal. MAD – Metodologia de Análise das Decisões. Silogismo jurídico.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
CPC	Código de Processo Civil
HC	Habeas Corpus
MAD	Método de Análise das Decisões
PIBIC	Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica
ProDI	Projeto Direito Integral
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURISPRUDENCIAIS DA DIGNIDADE HUMANA..	14
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA DIGNIDADE HUMANA	14
1.2 A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF	19
2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ELEMENTOS FUNDAMENAIIS PARA UMA DECISÃO RACIONAL	26
2.1 O SILOGISMO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ATIENZA	26
2.2 REGRAS E PRINCÍPIOS: CONTRAPONTO ENTRE DWORKIN E ALEXY	36
3 O PRESCRITIVISMO UNIVERSAL COMO MECANISMO DE COERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E AS IMPLICAÇÕES CONSEQUENCIALISTAS NA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	49
3.1 O PRESCRITIVISMO UNIVERSAL DE RICHARD HARE COMO MECANISMO DE COERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61
APÊNDICE A	63
APÊNDICE B	66
APÊNDICE C	67

INTRODUÇÃO

O tema desta monografia tem sua origem nos estudos realizados ao longo do Módulo I – Jurisprudência, lógica e argumentação do Projeto Direito Integral – ProDI, em que se discutia sobre as decisões jurídicas pautadas na racionalidade, bem como as consequências de uma decisão genérica ou sem a fundamentação adequada.

Na busca por aprofundar as discussões do ProDI e compreender sobre a argumentação jurídica pautada na racionalidade, foi desenvolvida pesquisa pelo PIBIC/CNPq intitulada “O STF e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como garantia do direito à saúde”. Essa pesquisa contribuiu de maneira significativa para verificar como os ministros utilizam do princípio da dignidade humana na fundamentação dos seus votos.

Nesse sentido, como a pesquisa foi bastante proveitosa academicamente, surgiu a necessidade de continuar o estudo desse tema da pesquisa para aprofundar o entendimento sobre como argumentam suas decisões e verificar as implicações das decisões pautadas em princípios, as quais servirão de precedentes para as demais demandas que versem sobre mesma temática. Portanto, o presente trabalho tem como finalidade ampliar e sistematizar as discussões em torno do tema proposto partindo mais uma vez da análise do princípio da dignidade humana utilizada nos votos dos ministros da Suprema Corte.

Ressalta-se que este trabalho tem como objetivo verificar como os ministros do Supremo Tribunal Federal lidam com o princípio da dignidade da pessoa humana ao proferirem seus votos e se o conceito sobre a dignidade da pessoa humana apresenta-se como categoria de forma padronizada ou se modifica conforme o caso concreto a ser julgado. Agregado a isso, identificar se ao decidirem partindo de palavras e/ou expressões avaliatórias estão garantindo ou pondo em risco a segurança jurídica, bem como a produção de uma decisão justa.

Nota-se que a utilização constante do princípio da dignidade humana como fundamento dos votos dos ministros, e em específico dos ministros do

Supremo Tribunal Federal – STF conduziu à reflexão sobre o uso de expressões avaliatórias¹ nos discursos jurídicos empregadas como argumento de autoridade.

Para tanto, faz-se necessário analisar as decisões proferidas pelos ministros do ponto de vista da coerência interna através do Método de Análise das Decisões – MAD, para verificar como foi construída a argumentação, bem como a indicação de quais elementos se valeu para compor sua decisão.

Afirma Freitas Filho e Lima que a MAD “é uma forma de fazer algo, um caminho diferente a ser seguido para atingir uma finalidade. A MAD é diferente do estudo de caso e da análise da jurisprudência”².

No estudo de caso “pressupõe que o conhecimento indutivo a partir da prática é tão válido quanto o conhecimento teórico constituído a partir de conceitos gerais”³. Então, “é um enfoque de pesquisa que compreende a obtenção indutiva de conclusões a partir da observação e seleção de dados ocorrentes em um determinado problema”⁴.

Por outro lado, conforme Freitas Filho e Lima, na análise de jurisprudência

“a metodologia consiste em coletar as decisões de um ou diversos decisores sobre um determinado problema jurídico com o objetivo de identificar um momento decisório, realizar um retrato do ‘estado da arte’ sobre o assunto. A análise de jurisprudência permite a identificação da posição dos decisores em relação ao problema e/ou solução que porventura não tenham sido adotadas”⁵.

¹ “As palavras e expressões avaliatórias são relativas a juízos que devem ser feitos sobre situações concretas e não são definíveis aprioristicamente. São palavras e expressões que necessitam ser preenchidas de significado no momento do julgamento, e, por conta de sua alta carga valorativa, permitem ao julgador imprimir suas convicções, seus valores, suas crenças, sua visão de mundo, enfim, sua ideologia”, afirma FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007. p.17.

² FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL EM PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19, 2010. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. p.5238.

³ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL EM PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19, 2010. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. p.5238.

⁴ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL EM PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19, 2010. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. p. 5238.

⁵ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL EM PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19, 2010. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. p. 5239.

No que diz respeito à MAD esta está

“inserida em um outro campo de possibilidades metodológicas, pouco explorado no Direito, mas extremamente potente instrumentalmente, o da formulação de um protocolo com o qual o pesquisador poderá trabalhar para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis. Temos, portanto, uma proposta metodológica que poderia ser qualificada como uma quinta acepção da palavra metodologia, a dos protocolos. Um protocolo é reproduzível sempre e em certa medida, especialmente nas ciências sócias aplicadas, como é o caso do Direito, mas sua utilização permite um grau de precisão e controle sobre o que é feito maior do que nos trabalhos especulativos ou conceituais. Essa é a pretensão da MAD”⁶.

Para tanto, a análise, compreensão e melhor adequação destas expressões avaliatórias terão também como ponto de partida a argumentação jurídica em Alexy, Atienza e Dworkin nas obras *Teoria da argumentação jurídica*, *As razões do direito* e *Levando os direitos a sério*, respectivamente. Além disso, servirá como base o prescritivismo universal⁷, que é imprescindível e contribui para elaboração de decisões judiciais racionais⁸, coerentes.

Cumprido ressaltar que o presente trabalho não tem como finalidade classificar as decisões como boas ou ruins, mas sim entender a lógica jurídica adotada, as escolhas que levaram a optar por um argumento ou vários argumentos como fundamento na elaboração dos votos.

A importância do estudo desse tema decorre não só do reconhecimento da segurança jurídica, mas principalmente da necessidade de se alcançar a justiça por meio de uma decisão pautada em critérios de racionalidade, os quais deverão

⁶ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL EM PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19, 2010. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. p.5240.

⁷ “O Prescritivismo Universal não permite prescrever qualquer conteúdo eventualmente tido como correto das decisões, mas sim investigar se o requisito da coerência de sentido, empregado nos conceitos como os quais se fundamentam as decisões, é respeitado. É, portanto, um instrumento teórico poderoso para análise da coerência das decisões sem uma preocupação com sua correção substantiva, na medida em que é construído dois conceitos formais: a universalização e a prescritividade”, explicita FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 45, n.178, p.19-43, abr./jun. 2008. p. 19-20.

⁸ Para CHAUI, “a atividade racional discursiva, como a própria palavra indica, discorre, percorre uma realidade ou um objeto para chegar a conhecê-lo, isto é, realiza vários atos de conhecimento até conseguir captá-lo. A razão discursiva ou o pensamento discursivo chega ao objeto passando por etapas sucessivas de conhecimento, realizando esforços sucessivos de aproximação para chegar ao conceito ou à definição do objeto”. CHAUI, MARILENA. *Convite à Filosofia*. 12ed. São Paulo: Ática, 2002. p.77.

ser universalizados para atingir não só o caso concreto que tiver sendo analisado, mas todas as demais demandas que tenham relação com o que está sendo decidido.

Nessa perspectiva, o primeiro capítulo desta monografia abordará os aspectos históricos e jurisprudenciais acerca do princípio da dignidade humana, resgatando os pontos principais da pesquisa realizada como bolsista do PIBIC/CNPq. Faz-se necessário iniciar este estudo partindo da análise das decisões para mostrar o cenário jurídico atual e o tratamento que dão ao princípio da dignidade humana.

O segundo capítulo tratará da argumentação jurídica e seus aspectos fundamentais para elaboração de decisões racionais. Cuidou-se aqui de apresentar uma abordagem jusfilosófica, pautada em Atienza, Alexy e Dworkin, no intuito de estabelecer bases necessárias para uma melhor análise das decisões referidas no capítulo anterior.

O terceiro e último capítulo abordará o prescritivismo universal de Richard Hare como uma via possível para que as decisões judiciais não padeçam de incoerência.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O aporte histórico a seguir sobre a dignidade humana tem como finalidade apresentar a evolução desse conceito para que se tenha uma noção da dimensão deste princípio nas diferentes épocas e sua importância para as gerações passadas e presentes. Portanto, não há intenção de supervalorizá-lo, nem tão pouco de tirar sua importância, apenas uma visão geral sobre o referido princípio. Na sequência será apresentado como os ministros do STF utilizam desse princípio na fundamentação de seus votos.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA DIGNIDADE HUMANA

A partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana passou a fazer parte do texto constitucional de muitos Estados, devido às atrocidades cometidas à época. E de lá até os dias atuais, tem sido o princípio fundamental, até porque “o chamado princípio da dignidade da pessoa humana é princípio não como preceito, mas como origem, início. Ele mesmo não é uma norma, mas o fundamento de toda norma”⁹.

Toda esta ênfase para justificar a incorporação e utilização deste princípio que fundamenta todas as normas faz-se necessário para a garantia do mínimo existencial de cada ser humano. Entretanto, torna-se imprescindível que sejam adotados critérios justificáveis de utilização deste princípio nas decisões judiciais, conforme será apresentado nos próximos capítulos desta monografia.

Antes de tratarmos dos critérios justificáveis de utilização do princípio da dignidade humana, é preciso analisar o conceito deste princípio para alguns autores e como é utilizado pelos magistrados em suas decisões.

Inicialmente, o conceito de dignidade humana para Barzotto é estabelecido partindo do pressuposto de que esta dignidade “possui dois elementos

⁹BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p. 34.

constitutivos: a pessoa humana e o reconhecimento”¹⁰. Ao tratar da pessoa humana, primeiro elemento integrante da dignidade, Barzotto analisa sob três perspectivas: a pessoa, ser em si; a pessoa, ser com outrem; e a pessoa, ser para si.

O autor quando se refere a pessoa, ser em si, destaca que “para o conceito de pessoa humana tem-se o primeiro elemento: uma existência individual, isto é, um ser que existe concretamente como indivíduo e não uma abstração”¹¹. Esta consideração apontada ressalta que “o termo pessoa indica um ser concreto, individual, não uma espécie a qual ele pertence”¹².

Na perspectiva do autor, além dessa consideração da pessoa em si, afirma que a pessoa decorre também da relação com outrem, assim, “a pessoa é um ser em relação ou um ser com outrem: ser pessoa significa ocupar um lugar na comunidade de todas as pessoas”¹³. Afirma ainda que “somente na relação alguém é pessoa. Não há possibilidade de separar-se do outro para alcançar uma posição imparcial para fazer um juízo sobre a sua personalidade”¹⁴.

No terceiro elemento constitutivo da pessoa humana, o autor trata a pessoa como um ser para si, enfatiza que a “natureza humana revela a essência do ser humano, mas não sua identidade, o que ele é, mas quem ele é”¹⁵. Assim, “o ser que não se identifica com a sua natureza é sujeito”¹⁶ e o “ser que se identifica com sua natureza é um objeto”¹⁷.

¹⁰BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

¹¹BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.21.

¹²BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.21.

¹³BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.24.

¹⁴BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.25.

¹⁵BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.26.

¹⁶BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.26.

¹⁷BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.26.

Além dos três elementos constitutivos da pessoa humana, o autor acrescenta que “a identificação de alguém como pessoa em uma situação concreta não depende da filosofia, mas de uma atitude que será chamada de reconhecimento”¹⁸.

Sendo assim, “o reconhecimento consiste na captação do valor positivo de uma identidade, e, portanto, é um conceito correlativo ao de dignidade”¹⁹, assim, “o reconhecimento ocorre quando alguém manifesta, por sua atitude, o valor que percebe na identidade de outrem”²⁰.

Enquanto Barzotto apresenta como elementos constituintes da dignidade a pessoa humana e o reconhecimento, Kirste elucida a dignidade relacionada mais especificamente ao direito, e afirma que “o conceito de dignidade designa um determinado status do portador desta dignidade, uma determinada posição”²¹. Ao tratar da dignidade do homem, Kirste elenca alguns critérios, quais sejam: teomorfismo, em que destaca o homem dos demais seres; a capacidade de fazer projetos e a autofinalidade, sendo a dignidade como elemento impagável.

Ressalta Kirste que “a proteção da dignidade humana significa, portanto, o direito ao reconhecimento como pessoa de Direito”²². Este conceito “de pessoa ou de sujeito de Direito deve coincidir como o conceito de homem, cada homem em particular, e somente o homem em particular, é capaz de direitos”²³.

Outro aspecto importante que Kirste elucida diz respeito aos sujeitos de direitos que “não são portadores de direitos e deveres, mas objetos de direitos e deveres”²⁴. Neste contexto, “a dignidade do homem seria lesada se ele não fosse reconhecido como sujeito de Direito, mas transformado em objeto do Direito, a proteção da dignidade humano obriga a reconhecê-lo como sujeito de Direito”²⁵.

¹⁸BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.28.

¹⁹BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.29.

²⁰BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010. p.29.

²¹KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.156.

²²KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.159.

²³KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.160.

²⁴KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.161.

²⁵KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.162.

Nesse ponto, percebe-se que Kirste aproxima-se dos ideais defendidos por Kant, no que refere-se a valorização das pessoas e não sua coisificação.

Barroso em seu texto “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional”²⁶ faz abordagem da origem e evolução do conceito de dignidade da pessoa humana, perpassando pela Constituição do México (1917), da Alemanha de Weimar (1919), Segunda Guerra Mundial até a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (2000). Todo esse percurso histórico revela a importância que a dignidade humana foi ganhando gradualmente.

Entretanto, ao tentar estabelecer o conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana e os seus elementos essenciais, Barroso, utiliza expressões tão valorativas, quanto a expressão que pretende descrever, delimitar. Utiliza como premissa maior do silogismo uma expressão valorativa que dificulta a estabilização semântica, conforme alertava Hare.

Quando estabelece que a dignidade humana é um valor moral e que tem como conteúdo o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário, não apresenta uma universalização do uso da expressão gerando os mesmo efeitos que antes da tentativa de descrevê-las²⁷. Vejamos como explica cada um dos elementos.

O primeiro elemento essencial que Barroso especifica é o valor intrínseco da pessoa humana que “trata-se da afirmação de sua posição especial no mundo, que distingue dos outros seres vivos e das coisas”²⁸, assim, “todas as pessoas tem o mesmo valor intrínseco, e, portanto, merecem igual respeito e consideração,

²⁶BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conceitos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Dez.2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado.

²⁷ Nota-se que o problema é a falta de critério para apreciação do sentido em que a expressão dignidade da pessoa humana está sendo utilizada. Ao tratar dos conteúdos mínimos da dignidade humana, não estabelece critérios descritivos e sim palavras que também possuem caráter avaliatório, impossibilitando a universalização e estabilização do conceito da expressão em análise.

²⁸BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conceitos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Dez.2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado. p. 21.

independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição”²⁹.

No que diz respeito a autonomia da vontade, segundo elemento da dignidade humana, afirma Barroso que

“a dignidade como autonomia envolve em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas”³⁰.

O terceiro elemento, valor comunitário, “também referido como dignidade como heteronomia – abriga o seu elemento social”³¹. Sendo assim, “o conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como meio de promovê-la”³².

Note-se que mesmo estabelecendo três elementos que considera essenciais à dignidade humana, percebe-se que tanto os elementos quanto suas definições são expressões avaliatórias. Assim, a utilização desses elementos como fundamento da dignidade humana podem até ajudar a compreender o que seja a dignidade, mas não apresenta critérios racionais de utilização, ou seja, fundamentar com base nesses elementos tão valorativos quanto a própria dignidade humana padecerá a decisão de uma argumentação lógica, conforme explicitaremos no próximo capítulo ao tratar da argumentação jurídica, mas precisamente de silogismo jurídico na perspectiva de Atienza.

Destaca-se ainda que se levarmos em consideração que “os direitos que estão além de ordenamentos jurídicos particulares são ficções”³³, bem como que

²⁹BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conceitos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Dez.2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado. p. 21.

³⁰BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conceitos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Dez.2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado. p. 24.

³¹BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conceitos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Dez.2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado. p. 27.

³²BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conceitos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Dez.2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado. p. 28.

³³BARZOTTO, Luis Fernando; MACINTYRE, Alasdair. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Revista da Procuradoria Procuradoria-Geral do Estado*, p. 137, 2005. p.1.

“os direitos humanos são uma espécie do gênero direito subjetivo: são direitos subjetivos que cabem a todo ser humano em virtude da sua humanidade”³⁴, conforme afirma Barzotto, mais cautela deve-se ter ao usar a dignidade humana como fundamento jurídico.

A forma como Barzotto entende os direitos humanos implica que a “análise jurídica deve ter como interlocutor a pessoa humana como agente moral, capaz de reconhecer a humanidade compartilhada com outrem. Esta perspectiva não tem natureza técnica (dogmática) nem política (cidadão), mas ética (humana)”³⁵.

É oportuno trazer ao estudo as colocações de Barzotto como complementação aos outros textos para que se tenha ainda mais cuidado tanto na leitura e interpretação, quanto na utilização de palavras ou expressões avaliatórias, no caso específico a “dignidade da pessoa humana”.

Além de evitar um uso deste termo como mera retórica para conceder seja o direito à saúde, à moradia, entre outros, cabe, portanto, ao fazer uso das expressões avaliatórias, as quais são polissêmicas, estabelecer uma estabilidade semântica, conforme explicitaremos no próximo capítulo ao tratar do prescritivismo universal, a qual poderá ser aplicada nos demais casos concretos que possuam a mesma natureza, contribuindo para efetivação da segurança jurídica.

1.2 A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF

Antes de analisar os votos, cumpre destacar inicialmente quais os critérios utilizados para chegar as decisões que serão apresentadas na sequência. Primeiro,

³⁴ BARZOTTO, Luis Fernando; MACINTYRE, Alasdair. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Revista da Procuradoria Procuradoria-Geral do Estado*, p. 137, 2005. p.1.

³⁵ BARZOTTO, Luis Fernando; MACINTYRE, Alasdair. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Revista da Procuradoria Procuradoria-Geral do Estado*, p. 137, 2005. p.40.

buscou-se no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal – STF³⁶, por meio da palavra-chave “dignidade da pessoa humana”, tendo como resultado vinte e três documentos que aparecem simultaneamente estas duas expressões.

As vinte e três decisões judiciais estão assim divididas: 12 (doze) habeas corpus; 1 (um) agravo de instrumento; 1 (um) recurso extraordinário; 1 (um) agravo regimental no recurso extraordinário com agravo; 1 (uma) petição; 4 (quatro) arguições de descumprimento de preceito fundamental e 3 (três) ações diretas de inconstitucionalidade.

Logo nesta etapa da pesquisa verificou-se que ao fazer esta busca no sítio do STF não apareceu nenhuma Suspensão de Tutela Antecipada – STA nas questões referentes ao direito à saúde ao conceder ou não medicamentos de alto custo ou algum tipo de internação médica. Como a previsão inicial era apenas a busca neste sítio, estas decisões não foram analisadas tendo em vista que o próprio sítio não as elencou como decisões que se enquadrasse na palavra-chave, o que pode ser considerado como uma grande falha desta ferramenta de pesquisa.

Como alternativa para incluir as STA à pesquisa foi feita uma nova busca no sítio JusBrasil³⁷ de jurisprudências do STF com as mesmas palavras-chaves totalizando 277 (duzentos e setenta e sete) decisões assim distribuídas: 78 (setenta e oito) habeas corpus; 57 (cinquenta e sete) recursos extraordinários; 31 (trinta e um) recursos extraordinários com agravo; 3 (três) agravos regimentais no recursos extraordinário; 58 (cinquenta e oito) agravos de instrumentos; 4 (quatro) arguições de descumprimento do preceito constitucional; 12 (doze) suspensão de tutela antecipadas; 17 (dezessete) suspensão de segurança; 15 (quinze) reclamações; 2

³⁶ As críticas apontadas pelo autor focam a dificuldade de acessar as decisões no Brasil, já que somente o STJ publica suas decisões integralmente. Para tanto, o pesquisador deve explicitar, no capítulo metodológico, as limitações dos mecanismos de busca. E não podemos ignorar que mesmo uma pesquisa que conseguisse analisar todas as decisões proferidas por um tribunal em determinado período, como sugerido pelo autor, estaria sujeita a questionamentos sobre a interpretação e a classificação de seus resultados. DIMOULIS, Dimitri. Por uma visão mais plural da pesquisa jurídica. *Consultor jurídico*, 03 de jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-30/dimitri-dimoulis-visao-plural-pesquisa-juridica>> Acesso em 30 de mar. 2014.

³⁷ Acesso em 16.09.2013:
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22Dignidade+da+pessoa+humana%22+%22sa%C3%BAde%22&idtopico=T10000001>>

(duas) ações direta de inconstitucionalidade.

Nota-se que a quantidade de decisões encontradas no sítio JusBrasil é bem maior que a encontrada no sítio do STF, o que evidencia mais uma vez que a ferramenta de busca não contempla todas decisões. Entretanto, devido ao limite de tempo, optou-se pelas decisões do sítio do STF para que a mesma seja cumprida no período previsto para elaboração da monografia.

Dessa forma, foi feita uma análise de como a expressão “dignidade da pessoa humana” é utilizada em cada uma das decisões selecionadas. Todas as informações foram sistematizadas em planilhas, apêndices A e B, as quais serão brevemente comentadas a seguir.

Cabe ressaltar que as considerações feitas sobre a dignidade humana no item anterior, serão retomadas no decorrer da análise dos votos dos ministros a seguir.

Salienta-se novamente que o estudo em questão não se resumia a entender e explicar se as decisões em análise eram boas ou ruins, pois se assim fosse cairia no mesmo ciclo de imprecisão, cabendo, portanto, analisar criticamente a lógica adotada ao elaborarem as decisões principalmente quando utilizam as palavras ou expressões valorativas.

Das decisões em análise, o que se conseguiu extrair foi o uso constante da expressão “dignidade da pessoa humana” sem contextualização, sem o cuidado na maioria das vezes de manter uma estabilidade semântica³⁸, servindo como argumento retórico. Os quadros 1 e 2 em apêndices A e B, respectivamente, trazem a análise de cada uma das decisões.

³⁸ Por estabilidade semântica, afirma FREITAS FILHO que “a determinação de critérios de avaliação de um objeto é que permitirá a formulação de um juízo que pode ser universalizado”. Portanto, ao definir critérios que determinem que um carro é bom, estes mesmo critérios devem ser aplicados nos demais carros e os que apresentarem as mesmas características descritas, serão também considerados como bons. FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p.157.

Nota-se que no quadro 1, que traz as análises dos habeas corpus, a “dignidade da pessoa humana” é apenas citada e os votos se fundamentam mais em questões processuais como o cabimento ou não do HC, aplicação ou não das leis e princípios. Da mesma maneira agem ao elaborarem os votos do agravos e petições.

O quadro 2 apresenta um resumo das análises das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Nesse quadro, destaca-se tanto a fundamentação de cada uma das propostas como o objeto de estudo das mesmas.

O quadro 3, apêndice C, embora extenso, permite uma análise por ministro e como faz referência a “dignidade da pessoa humana” nos votos por eles elaborados conforme cada caso concreto. Sobre este quadro, faz-se necessário destacar alguns pontos importantes, bem como a transcrição de fragmentos dos votos em que abordam a dignidade humana para melhor visualizarmos como este princípio é utilizado.

Sendo assim, das catorze ocorrências da expressão “dignidade da pessoa humana” nos votos do Ministro Ayres Britto, na maioria delas é apenas citada como fragmento da Carta Magna ou princípio.

O Ministro Ayres Brito, enquanto relator da ADI 3510, que tinha como objeto o artigo 5º da Lei 11105/2005 – Lei de Biossegurança ressalta que “a dignidade humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento”³⁹. Já no Voto-vista da ADPF 54, decisão que trata da anencefalia, o então Ministro afirma que “a dignidade da pessoa humana que é um princípio de valiosidade universal para o Direito Penal dos povos civilizados, independentemente de sua matriz também de Direito Constitucional”⁴⁰. Em ambos os votos o que prevalece é o argumento retórico, em sentido impróprio, como um argumento de autoridade.

Na mesma decisão da ADI 3510, o Ministro Gilmar Mendes afirma que é

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p.50.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. p. 104.

preciso “delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto”⁴¹. O mesmo Ministro ao proferir o voto na ADI 4277, descreve o que Ingo Sarlet entende por dignidade humana e direitos fundamentais:

“considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizam e renovam toda sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas que viveram com dignidade”⁴².

Embora toda a preocupação em comentar sobre que é a dignidade e sua importância, não apresenta uma estabilidade semântica.

Nota-se no voto do Ministro Celso de Mello na ADI 3510 uma preocupação explícita ao destacar que é preciso

“conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade correta à proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde”⁴³.

Ainda neste voto, ao citar Daniel Sarmento, ressalta o Ministro que

“ao respeito à dignidade da pessoa humana – há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhes permitam ponderar e avaliar ‘hic et nunc’, em função de determinado contexto e sobre uma perspectiva axiológica concreta, qual deve ser o direito a ponderar no caso”⁴⁴.

Ainda com relação ao voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADI 3510, vale destacar a seguinte passagem em que menciona a dignidade humana como princípio essencial, vejamos:

“com efeito, o postulado da dignidade humana – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, artigo 1º, III) – representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e traduz, de modo

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p.464.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4277. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. p. 178.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 453.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p.453.

expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”⁴⁵.

Dos dois votos da Ministra Carmem Lúcia em que retrata a dignidade humana, serão citados alguns fragmentos da ADI 3510. Inicialmente destaca que “a ética constitucional vigente afirma o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, do que decorre a impossibilidade de utilização da espécie humana – em qualquer caso e meio – para fins comerciais, eugênicos ou experimentais”⁴⁶. Em outra passagem do seu voto afirma que

“o que é dignidade não tem valoração; é, pois, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço”⁴⁷.

Ainda nesse voto a ministra explicita que “a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço”⁴⁸.

Numa tentativa de definição da dignidade humana, segue o fragmento do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 3510:

“é possível definir a dignidade da pessoa humana como 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”⁴⁹.

Por fim, vale destacar o voto do Ministro Marco Aurélio na ADI 4277 principalmente por explicitar que a

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 421.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 200.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p.220.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 220.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 281.

“dificuldade de extrair o exato significado da expressão ‘dignidade humana’ conduz a conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado neste mister, mas não impede reconhecimento de uma zona de certeza positiva no tocante aos elementos essenciais do conceito”⁵⁰.

Cumprе salientar que no entendimento de Barroso e de outros autores, existem críticas à utilização da dignidade humana no direito,

“em razão da plasticidade e da ambiguidade do discurso da dignidade, muitos autores já sustentam a inutilidade do conceito, referido como ilusório e retórico. Outros apontam os riscos de utilização da dignidade em nome de uma moral religiosa ou paternalista”⁵¹.

Portanto, da leitura e análise dos votos pode-se concluir que os ministros compreendem a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, definem como ela é em seus votos, citam doutrinadores que possuem um conceito sobre esta expressão. Entretanto, reconhecer a legitimidade desta expressão não é critério suficiente para proporcionar a segurança jurídica⁵² e aplicação coerente desta em seus votos. Assim, é visível a lacuna e a instabilidade ao fazerem uso desta expressão comprometendo não só a lógica, mas a coerência ao elaborarem os votos, os quais serviram de precedentes para demais casos.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4277. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011.p. 208.

⁵¹BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conceitos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Dez.2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado. p. 28. p.8-9.

⁵² “A importância dessa questão, transposta para o Direito, tem relação com a ideia de segurança jurídica, no sentido de conhecimento e previsibilidade de um determinado texto normativo. As normas têm um sentido orientador de condutas e tem uma função pedagógica em relação à esfera das possibilidades de ação do sujeito. Assim, a cobrança de fundamentação adequada das decisões tem como objetivo, dentre outros, permitir o conhecimento das razões que levam alguém a ter de agir de determinada forma” (p.175). FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ELEMENTOS FUNDAMENAIIS PARA UMA DECISÃO RACIONAL

Diante das análises feitas no capítulo anterior, fica a seguinte indagação: quando os ministros utilizam o princípio da dignidade humana como uma das premissas do silogismo jurídico, estamos diante de um argumento válido cuja conclusão deriva das premissas ou diante de um argumento inválido em que uma das premissas é verdadeira e a conclusão verdadeira ou um argumento válido mas as premissas e a conclusão são falsas? Ou não há silogismo jurídico?

Para esclarecer estas indagações, inicialmente serão destacados alguns pontos importantes do pensamento de Atienza, Alexy, bem como as imprescindíveis contribuições de Dworkin, uma vez que estamos analisando votos que tem como base de fundamentação os princípios.

Após explanação das principais ideias de cada um dos autores supracitados, será dado enfoque às críticas a cada um dos modelos por eles propostos não na intenção de estabelecer com isso o melhor autor dentre os mencionados, mas apresentar as possíveis falhas destes modelos de argumentação jurídica.

2.1 O SILOGISMO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ATIENZA

Para Atienza⁵³, a argumentação ocorre em três diferentes campos jurídicos: a) na produção ou estabelecimento de normas jurídicas; b) na aplicação das normas jurídicas; e c) na dogmática jurídica.

A produção ou estabelecimento de normas jurídicas ocorrem numa fase pré-lesgislativa em que “os argumentos tem, em geral, caráter mais positivo e moral que jurídico”⁵⁴, assim, as normas são “se efetuam como consequência do

⁵³ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p.18-21.

⁵⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p.18.

surgimento do problema social, cuja solução – no todo ou em parte – acredita-se que possa ser a adoção de uma medida legislativa”⁵⁵. Já a fase legislativa em “primeiro plano vem as questões de tipo ‘técnico-jurídico’”⁵⁶.

Como segundo campo da argumentação jurídica tem-se a aplicação das normas jurídicas das normas jurídicas à solução dos casos a qual é utilizada “pelos juízes em sentido estrito, por órgãos administrativos em sentido mais amplo da expressão ou por simples particulares”⁵⁷.

Nesse ponto, Atienza destaca que “a teoria da argumentação jurídica dominante se centra nas questões – os casos difíceis -, relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da justiça”⁵⁸.

O terceiro âmbito da argumentação jurídica é o da dogmática jurídica que possui as seguintes funções: “fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ocorre, oferecer critérios para aplicação do Direito e ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”⁵⁹.

Dentre os âmbitos destacados por Atienza, cumpre ressaltar que o foco deste estudo tem relação com o da aplicação das normas, mais especificamente com a atuação dos magistrados ao proferirem suas decisões, uma vez que entende-se que a argumentação jurídica na perspectiva desse autor tem como base os discursos jurídicos justificativos.

Sabe-se que o magistrado depara-se com casos fáceis e outros difíceis. Os primeiros são simplesmente solucionados com a subsunção da norma ao caso concreto, dispensando de certa forma uma argumentação, pois a norma resolve a lide em questão. Porém, nos casos difíceis há necessidade de uma argumentação

⁵⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p.18.

⁵⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p.18-19.

⁵⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p.19.

⁵⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p.19.

⁵⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p.19.

jurídica, pois a regra não dá conta de solucionar o problema e é preciso recorrer a aplicação de princípios para resolver a lide.

Tendo em vista que a argumentação está atrelada a justificação e não ao contexto da descoberta, faz-se necessário diferenciar um contexto do outro para que se verifique a importância que se tem dado a justificação.

No entendimento de Atienza, o contexto da descoberta cabe “mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico, o que constitui tarefa para o sociólogo e o historiador da ciência”⁶⁰. Ressalta-se que esse contexto não é suscetível de uma análise do tipo lógico.

Por outro lado, o contexto da justificação adota o “procedimento que consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de mostrar sua validade; essa última tarefa exige uma análise do tipo lógico”⁶¹.

Note-se que quando Atienza⁶² faz esta distinção entre um contexto e outro não faz relação ao discurso prescritivo ou descritivo, afirma que pode ser adotado um ou outro discurso nos contextos.

Ao diferenciar o contexto da descoberta do da justificação, Atienza destaca duas perspectivas de análise das argumentações, a primeira seria a informação integrada e a segunda a justificação. Destaca ainda que será a segunda perspectiva considerada, pois “a teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente nessa perspectiva, tem pretensão tanto descritivas, quanto prescritivas”⁶³.

Atienza cita que as teorias de Alexy e de MacCormick integram a teoria padrão da argumentação, pois

“pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também como deveriam elas ser justificadas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas e nesse sentido

⁶⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 21.

⁶¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 21.

⁶² ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 22.

⁶³ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 24.

se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade)”⁶⁴.

Assim, se o contexto da justificação é o que deve ser considerado na análise das decisões, pois é possível ser feita a análise do tipo lógico, faz-se necessário entender o conceito de validade dedutiva, a distinção entre raciocínio logicamente válido e argumento lógico.

Conforme Atienza, quando estamos diante de um argumento logicamente válido, mas com premissas falsas ou verdadeiras, quer dizer que “o argumento é válido em termos lógicos porque a conclusão é necessariamente inferida das premissas”⁶⁵.

Num outro giro, estaremos diante de um argumento lógico quando temos “uma implicação, ou uma inferência lógica, ou uma argumentação válida (dedutivamente) quando a conclusão necessariamente é verdadeira se as premissas são verdadeiras”⁶⁶.

Note-se que há uma grande diferença em realizar um raciocínio lógico e que seja válido mesmo se as premissas forem falsas, uma vez que basta a conclusão derivar das premissas. Ao passo que para existir um argumento válido tanto a conclusão, quanto as premissas devem ser necessariamente verdadeiras.

Entretanto, destaca Atienza que existem alguns motivos de insatisfação sobre a caracterização do argumento dedutivo. A primeira insatisfação diz respeito ao fato da

“lógica dedutiva só nos oferecer critérios de correção formais, mas não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam das ciências formais (lógica e matemática). Assim, por um lado, como vimos, a partir de premissas falsas pode-se argumentar corretamente do ponto de vista lógico; e por outro lado, é possível que um argumento seja incorreto do ponto de

⁶⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 25.

⁶⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 29.

⁶⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 32.

vista lógico, embora a conclusão e as premissas sejam verdadeiras, ou pelo menos altamente plausíveis”⁶⁷.

Nesse sentido, “em alguns casos, a lógica aparece como instrumento necessário, mas insuficiente para o controle dos argumentos (um bom argumento deve sê-lo do ponto de vista forma quanto material)”⁶⁸.

A segunda insatisfação decorre da argumentação válida dedutivamente possuir premissas e conclusões verdadeiras ou falsas, surgindo assim uma dúvida sobre a aplicação ou não da lógica às normas. A questão foi dirimida no sentido de que as regras da lógica se aplicam ao silogismo teórico, que é um ato de pensamento, mas não se aplica ao silogismo prático ou normativo, que além de ter como base um ato de vontade, pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas⁶⁹.

Portanto, o silogismo prático não utiliza um argumento lógico, mas sim o argumento indutivo ou não dedutível em que a

“passagem das premissas à conclusão não é necessariamente feita. Deve-se ter em conta, no entanto, que por ‘indução’ não se entende aqui a passagem do particular para o geral: no caso anterior, por exemplo, o que ocorre é um trânsito do particular para o particular. Além do mais, os argumentos desse tipo são (ou podem ser) bons argumentos, pois há muitas ocasiões em que nos deparamos com a necessidade de argumentar sem que, no entanto, seja possível utilizar argumentos dedutivos”⁷⁰.

À vista de todas essas considerações, é oportuno a partir deste ponto tratar mais especificamente do silogismo jurídico e suas limitações. Sabe-se que no silogismo judicial ou jurídico, serve ao mesmo tempo como esquema para o silogismo prático ou normativo, assim, a primeira premissa enuncia uma norma geral e abstrata na qual o caso concreto aparece como condição jurídica para consequência jurídica; a segunda premissa representa a situação na qual se

⁶⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 33-34.

⁶⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 34.

⁶⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 35-36.

⁷⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 39-40.

produziu um determinado fato; e a conclusão é a consequência jurídica prevista na norma⁷¹.

Conforme Atienza, esse esquema apresenta alguns inconvenientes, sendo que o primeiro deles é que “a conclusão do silogismo não representa a conclusão ou a decisão da sentença, e sim, por assim dizer, um passo prévio para a mesma”⁷². Ademais, esse tipo de raciocínio é “um raciocínio não dedutivo, pois a passagem das premissas não tem caráter necessário”⁷³. Assim,

“o arbítrio judicial desempenha um papel fundamental. Mas isso não significa que o silogismo judicial não permite reconstruir satisfatoriamente o processo de argumentação jurídica, porque as premissas de que se parte – como ocorre nesse caso – podem precisar por sua vez ser justificadas, e porque uma argumentação jurídica é entimemática. Um argumento entimemático pode sempre ser proposto de forma dedutiva, mas isso supõe acrescentar premissas às explicitamente formuladas, o que significa reconstruir, não reproduzir um processo argumentativo”⁷⁴.

O outro inconveniente do silogismo judicial é que na decisão da sentença se diz que são condenados como também se condena, há “uma passagem do plano do discurso para o da ação, isto é, uma passagem que recai fora da competência lógica”⁷⁵.

Ressalta-se que há um processo de justificação seja nos casos fáceis ou difíceis. Assim, sendo um caso jurídico simples, fácil pode o juiz “justificar dedutivamente a passagem de uma premissa normativa a de uma premissa fática para uma conclusão normativa”⁷⁶. Porém, nos casos difíceis as argumentações podem ou não ser dedutivas, requer uma justificação externa, sendo assim, “a

⁷¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 44.

⁷² ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 44.

⁷³ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 45.

⁷⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 46.

⁷⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 46.

⁷⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 50.

justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito”⁷⁷.

Cumprido destacar que a argumentação jurídica “vai além da lógica jurídica porque, como vimos anteriormente, os argumentos jurídicos podem ser estudados também de uma perspectiva que não é a da lógica”⁷⁸.

Atienza⁷⁹ apresenta o modo de pensar tópico como contraponto ao modo de pensar sistêmico-dedutivo. A tópica tem como característica três elementos interligados, quais sejam, o ponto de vista de seu objeto, técnica do pensamento problemático; o ponto de vista do instrumento com o que opera, noção de topos ou lugar; ponto de vista da atividade, busca e exame de premissas. Sendo assim, a tópica é um modo de pensar que recai nas premissas e não nas conclusões.

Segundo Atienza⁸⁰, tendo como ponto principal a descoberta das premissas, a tópica por si só não dá conta de explicar a argumentação jurídica, pois fica apenas na estrutura superficial dos argumentos não analisando a estrutura profunda, ficando apenas no campo das generalidades. Portanto, o que se destaca como importante na tópica não é sua teoria em si, mas a descoberta de um novo campo de investigação, pois permite raciocinar até mesmo onde não cabe fundamentação conclusiva, aspectos ocultos se examinados do ponto de vista da lógica.

Pode-se concluir que no entendimento de Atienza, “a lógica formal dedutiva não permite dar conta de todos os aspectos da argumentação jurídica ou argumentação geral”⁸¹. Além disso, afirma que a teoria da argumentação jurídica deve ser avaliada a partir de três perspectivas: objeto, método e função.

⁷⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 51.

⁷⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 52.

⁷⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 65.

⁸⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 74-75.

⁸¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 313.

Tendo em vista a existência de várias teorias sobre a argumentação jurídica, Atienza⁸² as divide em dois grupos: a) o grupo dos percussores das atuais teorias da argumentação jurídica que são representados por Viehweg, Perelman e Toulmin; b) o grupo da teoria padrão representado por Alexy e MacCormick. Atienza considera insuficientes as explicações dos representantes da teoria padrão sobre argumentação.

Atienza tece críticas à teoria padrão afirmando que “se preocupa com questões de tipo normativo, quando na verdade a argumentação jurídica é grande parte sobre os fatos”⁸³. Além disso, afirma que Alexy entende que uma das limitações do discurso jurídico é o respeito à lei, porém rebate explicitando que:

“parece ter de levar a pensar que a racionalidade na aplicação do direito, depende da racionalidade na legislação; que a argumentação do juiz, das partes no processo ou dos dogmáticos não é independente da que ocorre no parlamento ou nos órgãos administrativos que produzem normas válidas”⁸⁴.

Ainda sobre a teoria padrão da argumentação, afirma Atienza que esta teoria

“só considera o processo que se costuma chamar ‘adjudicação’ esquecendo quase por completo de que a resolução de problemas jurídicos é, com muita frequência resultado de uma mediação ou de uma negociação, o que significa que não consiste apenas em aplicar normas jurídicas”⁸⁵.

Acrescenta Atienza⁸⁶ que a argumentação jurídica possui três funções: o caráter teórico ou cognoscivo; a natureza prática ou técnica e a política ou moral. No que diz respeito ao caráter teórico afirma que pode contribuir para o desenvolvimento de outras disciplinas jurídicas ou não; já com relação a prática ou teórica, afirma que a argumentação deve ser capaz de oferecer uma orientação útil

⁸² ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 314.

⁸³ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 315.

⁸⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 316.

⁸⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 318.

⁸⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 332-334.

nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito; e com relação a prática ou moral, explicita qual tipo de ideologia jurídica que está inevitavelmente na base de uma argumentação.

Complementando o acima exposto, sobre essa última função, afirma Atienza que

“a teoria da argumentação jurídica teria de se comprometer com uma concepção – uma ideologia política e moral – mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista. Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução que o Direito positivo leva”⁸⁷.

Acrescentaria ao fragmento acima a necessidade de justificação da decisão para não incorrer em arbítrios judiciais que geram mais insegurança jurídica do que garantias de direitos.

Ao em arremate, a teoria padrão parte da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis.

“Em relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário, caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas no Direito positivo”⁸⁸.

Porém, ressalta Atienza que os casos trágicos, aparentemente excluídos da teoria padrão, ocorrem quando em relação a ele

“não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema”⁸⁹.

⁸⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 335.

⁸⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 335.

⁸⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 335.

Note-se que todas as considerações sobre argumentação jurídica elencadas ao longo deste texto são importantes para retomarmos a análise das decisões citadas no item anterior.

Pode-se destacar que ao fundamentar das decisões referentes aos Habeas Corpus houve uma subsunção da norma ao caso, partindo como pressuposto a aplicação de normas processuais, as quais se fossem cumpridas, seria concedida a ordem, ao passo que se infringidas a ordem seria denegada.

No que diz respeito à decisão que não era possível esta subsunção, como ocorreu na ADI 3510, verifica-se que os votos dos ministros variam com aplicação de normas, princípios demonstrando que havia uma fundamentação, entretanto, ausentes de justificação.

A falha na justificação pode ser apontada com relação ao uso do princípio da dignidade humana para fundamentar o voto, uma vez que era na maioria das vezes apenas citado, outras vezes havia uma tentativa de conceituação, mas em nenhuma decisão houve uma justificação para esclarecer o porquê da escolha desse princípio.

Sendo a argumentação função precípua da atividade jurídica, não basta fundamentar a decisão em cumprimento ao artigo 93 da CF, mas principalmente justificar como chegou àquela decisão. Se assim agir, tornar-se-á possível entender os critérios de decidibilidade para julgar o caso em concreto.

A justificação das decisões afasta de certa forma a arbitrariedade pois limita a ação do jurista, não no sentido de decidir apenas com base na norma, pois sabe-se que em muitos casos a norma não dá conta de resolver determinadas demandas sociais. Mas, sobretudo, na possibilidade de acompanhamento da atividade judicial.

Retomemos a ADI 3510 que tratava da utilização de células-troncos, onde o STF, por maioria, declarou que os dispositivos impugnados eram constitucionais e permitiu a pesquisa com células-tronco embrionárias. Entre os argumentos científicos, biológicos havia também princípios como a dignidade humana, o direito à vida.

Na elaboração dos votos, a dignidade humana estava numa das premissas do silogismo adotado para decidirem pela constitucionalidade ou não da ADI 3510. Portanto, um caso concreto, talvez um caso trágico para Atienza ou apenas um caso difícil para Dworkin, em que tinha como argumento para garantir o direito em questão um princípio, a dignidade humana.

Nesse sentido, torna-se imprescindível um estudo sobre princípios e regras para tentar explicar como concluir um silogismo jurídico em que tenha como premissa um princípio. Além disso, faz-se necessário destacar as principais ideias de Alexy, criticado em alguns momentos por Atienza, sobre argumentação jurídica. Temas esses que serão abordados no tópico a seguir.

2.2 A ARGUMENTAÇÃO EM ALEXY E AS REGRAS E PRINCÍPIOS PARA DWORKIN

Inicialmente, Alexy afirma que o problema da fundamentação jurídica advém de quatro motivos:

“1) imprecisão da linguagem do Direito; 2) a possibilidade de conflitos entre normas; 3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente; 4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão contrária à literalidade da norma”⁹⁰.

Ressalta ainda Alexy outra dificuldade que é a imprecisão, no sentido de que não exista uma regra como “interprete cada norma de modo que cumpra seu objetivo pode levar a resultados contrários se dois intérpretes tem concepções diferentes sobre o objeto da norma em questão”⁹¹.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 33.

⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 35.

De acordo com Alexy, na fundamentação jurídica acontece a “enunciação da alternativa eleita como melhor em algum sentido e, portanto, uma valoração ou um juízo de valor”⁹². Sobre esta valoração são elencados três questionamentos: “1) onde e em que medida são necessárias as valorações; 2) como atuam estas valorações nos argumentos qualificados como especificamente jurídicos; 3) se tais valores são passíveis de fundamentação racional”⁹³.

Destaca-se que a fundamentação jurídica tem em sua essência os discursos jurídicos, os quais fazem parte do discurso prático geral. Nesse sentido, Alexy apresenta o discurso jurídico em três perspectivas: a empírica, analítica ou normativa. Vejamos:

“A perspectiva é empírica se nela se descrevem ou se explicam, para citar apenas alguns exemplos, a frequência de determinados argumentos, a correlação entre determinados grupos de falantes, situações linguísticas para o uso de determinados argumentos, o efeito dos argumentos, a motivação para o uso de determinados argumentos ou as concepções dominantes em determinados grupos sobre a validade dos argumentos. Uma teoria desse tipo é parte de uma teoria do atuar jurídico, especialmente do judicial, a ser desenvolvido com os métodos das ciências sociais. A perspectiva é analítica se nela se trata da estrutura lógica dos argumentos realmente efetuados ou possíveis. É, finalmente, normativa se se estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso jurídico”⁹⁴.

Conforme o exposto acima, a metodologia jurídica tradicional mescla as três perspectivas. Afirma Atienza⁹⁵ que não há defeito em realizar esta junção e explicita ainda que a perspectiva empírica pressupõe uma classificação dos diferentes argumentos; a normativa tem como foco a estrutura lógica dos argumentos, porém admite ser problemática a relação entre a perspectiva normativa

⁹² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 37-38.

⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 38.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 45.

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 45.

e a empírica, pois o critério de validade para racionalidade poderia estar vinculado a um argumento de concepção dominante.

Ao traçar essas perspectivas, Alexy⁹⁶ esclarece que serão apontados critérios para racionalidade do discurso jurídico adotando uma postura 'analítico-normativa', uma vez que para elaborar esses critérios será feita uma análise da estrutura lógica das fundamentações.

Ressalta-se que assim como Atienza, Alexy⁹⁷ aponta algumas restrições ao utilizar a tópica tendo em vista que a natureza das premissas não tem como ponto de partida enunciados verdadeiros, são verossímeis, plausíveis. Devem-se evitar esses defeitos para que seja uma argumentação bem sucedida.

Antes de passar para a análise do discurso prático na ética analítica, faz-se necessário compreender o que Alexy⁹⁸ entende por enunciado, oração e proposição. Um enunciado é uma sequência de sinais sejam eles escritos ou sonoros; a oração é a utilização do enunciado numa situação específica e a proposição é aquilo que é expresso pelo enunciado, o seu significado.

Sendo assim, Alexy apresenta inicialmente duas posições metaéticas para responder ao questionamento se é possível justificar convicções morais, o naturalismo e o intuicionismo. E logo adverte que “se uma dessas teorias for sustentável a teoria do discurso prático racional, é supérflua”⁹⁹.

⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 45.

⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 52.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 57.

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 58.

Por naturalismo entende-se que “os enunciados normativos podem ser substituídas por expressões descritivas”¹⁰⁰. O significado “das expressões não coincide, ao menos completamente, com o das expressões descritivas”¹⁰¹.

O intuicionismo explica que as “entidade não-empíricas não são cognoscíveis através dos cinco sentidos, mas por uma faculdade especial”¹⁰². Assim, há muitos argumentos contra o intuicionismo, pois “diferentes pessoas respondem de modos diferentes à mesma evidência, a teoria falha ao não fornecer nenhum critério para distinguir as corretas das falsas, as autênticas das não-autênticas”¹⁰³.

Além destas duas teorias, Alexy traz à discussão o emotivismo que dentre as várias funções que possa ter, destaca-se a função que consiste em “expressar e/ou provocar sentimentos e/ou atitudes. Em contraste com o naturalismo e o intuicionismo, o emotivismo representa um novo conceito de linguagem moral”¹⁰⁴.

Portanto, a teoria da argumentação de Alexy tem como finalidade a construção de discursos jurídicos racionais em que os enunciados passam por um processo de correção, de justificação interna e externa.

Enquanto Atienza¹⁰⁵ utiliza a justificação interna como uma questão de lógica dedutiva no que diz respeito à validade de uma inferência a partir de uma premissa; e a justificação externa tem como finalidade por à prova o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 58.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 59.

¹⁰² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 61.

¹⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 62.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 62-63.

¹⁰⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 51.

Observa-se que para Alexy “na justificação interna verifica-se se a decisão segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção destas premissas”¹⁰⁶.

Nesse sentido, apresenta seis grupos de regras e formas de justificação externa assim designados: de interpretação; da argumentação da Ciência do direito (dogmática); do uso de precedentes; da argumentação prática geral, da argumentação empírica e das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos¹⁰⁷.

Assim, a justificação externa analisa a lógica da argumentação tendo como base esses elementos. Aproxima-se, portanto, do que entende Atienza sobre a justificação externa, estabelecendo com mais clareza como será feito este procedimento de justificação.

Dessa forma, o conceito de argumentação jurídica racional

“se dá nesta investigação mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões jurídicas”¹⁰⁸

Diante disso, quais regras deveriam ser seguidas nessa perspectiva que Alexy apresenta? Enfatiza o uso das regras e formas do discurso prático geral, quais sejam, as regras fundamentais, as regras de razão, as regras sobre a carga da argumentação.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 217-218.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p.227.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p.280.

As regras fundamentais tem como condição a possibilidade de qualquer comunicação, são elas:

“a) nenhum falante pode contradizer-se; b) todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita; c) todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos; e d) diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados”¹⁰⁹.

No que diz respeito às regras de razão, as que definem as condições mais importantes para a racionalidade do discurso, são assim especificadas:

“2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação. Esta regra pode-se denominar a ‘regra geral de fundamentação’. 2.1) quem pode falar, pode tomar parte do discurso; 2.2) todos podem problematizar qualquer asserção; 2.3) a nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em 2.1 e 2.2, mediante coerção interna ou externa ao discurso”¹¹⁰.

Atienza tece várias críticas ao modelo de argumentação jurídica defendido por Alexy. Dentre as críticas elencadas sobre o alcance dessa teoria, afirma que

“o critério oferecido por Alexy para medir a racionalidade ou justificabilidade das decisões jurídicas é, por um lado demasiado largo e, por outro lado, demasiado estreito. Com efeito, as regras do discurso jurídico que ele elabora não podem servir como critério para os casos difíceis, pois dado o caráter mais formal e flexível das mesmas, o que normalmente ocorrerá é que as diversas soluções em presença (por exemplo, as opiniões sustentadas pela maioria e pela minoria de um tribunal num caso controvertido) se manterão dentro do discursivamente possível”¹¹¹.

Essa crítica feita por Atienza nos remete a outra questão também importante que seria o conceito de regras e de princípios para Alexy, uma vez que

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p.191.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p.194-195.

¹¹¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 300.

estabelece a existência de regras para os discursos racionais. Sendo assim, as regras

“são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso, determinações no campo do que é fática e juridicamente possível”¹¹².

Alexy entende que os princípios

“são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poder ser cumprido em diversos graus”¹¹³.

Embora haja críticas à teoria da argumentação jurídica defendida por Alexy, percebeu-se pelas explanações anteriores que em muito contribui para fortalecer a ideia da justificação das decisões, bem como estar atento aos critérios de correção dos argumentos.

Note-se que as decisões analisadas ao longo do capítulo anterior padecem de justificação nessa perspectiva defendida por Alexy, tornando-as imprecisas do ponto de vista de uma correta argumentação jurídica.

Convém destacar que tanto Atienza, quanto Alexy remetem a uma argumentação jurídica mais pautada na norma posta, ou seja, nas regras do que essencialmente nos princípios. Verifica-se que em se tratando de casos difíceis, provavelmente estas argumentações não deem conta de justificar e corrigir as decisões conforme preconizam os referidos autores.

¹¹² ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p.267.

¹¹³ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003. p.267.

Como complementação a estas duas abordagens da argumentação jurídica, é imperioso trazer ao debate as contribuições de Dworkin não só na distinção entre regras e princípios, mas também a visão do direito como integridade para apresentar uma alternativa de decisão, sendo estas mais baseadas em princípios do que em regras.

Sendo assim, “o sentido da argumentação de Dworkin em incorporar princípios ao direito é o de que os juízes, na ausência de regras específicas aplicáveis a um determinado caso, tem de julgar com fundamento nos princípios” ¹¹⁴.

As regras diferenciam dos princípios por uma razão de natureza lógica. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para decisão” ¹¹⁵.

Porém, não é assim que funciona com o princípio, pois constitui-se como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” ¹¹⁶. Dessa forma, os princípios “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” ¹¹⁷.

Ressalta Dworkin que os princípios “possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância” ¹¹⁸. Assim, quando “os

¹¹⁴ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 224.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 39.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 36.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 40.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 42.

princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” ¹¹⁹.

Por outro lado, as regras possuem funções importantes ou desimportantes. Para Dworkin,

“uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior” ¹²⁰.

Acrescenta Dworkin que “se duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser válida” ¹²¹. Ao passo que os princípios entrando em conflito, um deles será escolhido para solucionar a controvérsia, porém o outro que não foi escolhido neste momento, não será descartado para sempre, poderá ser utilizado em outra situação jurídica. Note-se que isso não acontece com as regras, a validade de uma exclui a outra do ordenamento jurídico.

De acordo com Dworkin¹²², ao compreendermos que os princípios diferem das regras, nos damos conta de que estão por toda a parte, sendo que eles parecem atuar com toda a sua força nas questões difíceis.

Ressalta Dworkin que de acordo com os positivistas “quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação” ¹²³.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

¹²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46.

¹²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50.

Esse poder discricionário pode ser entendido em seu sentido fraco em que “os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar” ¹²⁴. Há ainda um segundo sentido fraco do termo em que quem tem “autoridade para tomar uma decisão não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário” ¹²⁵. Já o poder discricionário em sentido forte, significa que além de usar seu discernimento, “em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão” ¹²⁶.

Cumprе salientar que esse poder discricionário em sentido forte, “não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade competente” ¹²⁷.

Dworkin¹²⁸ fez um contraponto entre os sentidos do poder discricionário e os positivistas. Assim, quando um positivista afirma que os juízes sempre possuem poder discricionário, mesmo diante de uma regra clara, estamos diante do poder discricionário em seu sentido fraco, pois prevê que nenhuma autoridade revê decisões de instâncias mais altas. Por outro lado, quando os positivistas dizem que o juiz não tem poder discricionário se a regra é clara e está disponível, há aqui um poder discricionário em seu primeiro sentido fraco, assim, os juízes devem formar seu próprio juízo ao aplicar as regras. Entretanto, se o juiz esgotar todas as regras à

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 51.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 51.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 53.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 54-55.

sua disposição ele possui o poder discricionário em sentido forte, uma vez que não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade ou da lei.

É exatamente nesse sentido forte do poder discricionário que o juiz trará como fundamento de suas decisões os princípios. Portanto, é principalmente neste momento que a argumentação jurídica deve se valer de critérios de decidibilidade para não correr o risco de que as decisões não passem de meros decisionismos.

Corroborando com o exposto anteriormente, é pertinente apresentar as críticas que Sarmiento elenca em relação ao decisionismo judicial

“e a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça - , passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgados. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer tudo o que quiser.

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta ainda contra a segurança jurídica, porque torna o direito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico”¹²⁹.

Embora Dworkin não mencione o termo decisionismo ao tratar do direito como integridade é possível estabelecer uma conexão entre eles uma vez que “o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 144.

tendo em vista que os juízes fazem das duas coisas e nenhuma delas”¹³⁰. Portanto, “o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”¹³¹.

Como ilustração ao direito como integridade pode-se mencionar o romance em cadeia assim descrito por Dworkin

“um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim, por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível”¹³².

Note-se que o romance em cadeia traz um aspecto muito importante ainda não mencionado nesse trabalho que constitui sobre a importância de manter uma coerência nas decisões proferidas, pois servirão de precedentes para outras decisões, uma vez que a lógica do romance é exatamente a possibilidade de continuar a partir de onde o outro parou.

Diante do exposto sobre o pensamento de Dworkin, ao menos duas considerações devem ser feitas com relação às decisões mencionadas no início desse trabalho. O princípio da dignidade humana foi invocado tanto nos casos fáceis como, por exemplo, os habeas corpus, quanto nos casos difíceis, como nos votos da ADI 3510. Dessa forma, o poder discricionário dos magistrados tem sido em sentido forte quando deveria ser em sentido fraco, ou seja, no julgamento dos habeas corpus a invocação de princípios talvez fosse desnecessária, uma vez que se já

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 271.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 272.

¹³² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.276.

existia a possibilidade de aplicar a regra. Por outro lado, nota-se que ao usar o poder discricionário em sentido forte, como na ADI 3510, em que a legislação atual não dava conta de responder as questões demandadas, os magistrados fazem o uso do princípio da dignidade humana, mas não realizam a justificação necessária o que torna a argumentação jurídica inconsistente.

3 O PRESCRITIVISMO UNIVERSAL COMO MECANISMO DE COERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Os capítulos anteriores deram conta de apresentar decisões judiciais em que a dignidade humana faz parte da fundamentação dos votos, bem como uma análise dessas decisões sob o aspecto da argumentação jurídica no contexto da justificação defendido por Atienza e Alexy. Ainda foi feita uma análise a partir das concepções de Dworkin sobre princípios e regras, assim como, o direito como integridade. Este último capítulo abordará a coerência das decisões judiciais a partir do prescritivismo universal de Richard Hare.

3.1 O PRESCRITIVISMO UNIVERSAL DE RICHARD HARE COMO MECANISMO DE COERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Inicialmente, Freitas Filho afirma que o conceito de coerência deve ser compreendido de duas maneiras distintas:

“a) do ponto de vista dos CLS, a coerência é um mito que serve para dar suporte à ideia de que o sistema jurídico é um sistema lógico auto-referente em que sempre já há uma resposta certa para um problema decisório qualquer; b) do ponto de vista da linguagem moral, sob a perspectiva lógico-formal, a coerência é um conceito que supõe a aplicação dos princípios da identidade e da não contradição ao discurso de um emissor qualquer”¹³³.

Dessa forma, a coerência interna “além de não ser incompatível como projeto crítico, pode ser um poderoso instrumento revelador das práticas políticas dos julgadores, na medida em que possibilita a análise do sentido do discurso de justificação das decisões”¹³⁴.

¹³³ FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007. p.5.

¹³⁴ FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007. p.10.

Afirma ainda Freitas Filho que a “análise da coerência das decisões supõe a ideia de universalização dos juízos. O conceito de universalização dos juízos é cerne para a compreensão do prescritivismo universal. Os juízos descritivos tem como características serem universalizados” ¹³⁵ .

Nota-se que as decisões apresentam em seu conteúdo palavras avaliatórias, em que o seu “significado é relativo à qualificação de um determinado objeto e não à descrição de um objeto. O significado é dado, portanto, em relação a sua função lógico-semântica no discurso” ¹³⁶ .

Ressalta Freitas Filho que “a implicação deste fato no direito consiste em que as decisões jurídicas devem necessariamente ser fundamentadas de forma que os critérios para a utilização de palavras avaliatórias sejam publicamente explicitadas, na *ratio decidendi*, de forma descritiva” ¹³⁷ .

Assim, “quanto mais justificada for a decisão, mais clara ficará a opção política do juiz e mais visíveis ficarão as eventuais incoerências entre diversas decisões de tal juiz” ¹³⁸ .

Observa-se que:

“as palavras e expressões avaliatórias são relativas a juízos que devem ser feitos sobre situações concretas e não são definíveis aprioristicamente. São palavras e expressões que necessitam ser preenchidas de significado no momento do julgamento, e, por conta de sua alta carga valorativa, permitem

¹³⁵ FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. *Revista de informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007. p. 12.

¹³⁶ FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. *Revista de informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007. p.12.

¹³⁷ FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. *Revista de informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007. p.13.

¹³⁸ FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. *Revista de informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007. p.04.

ao julgador imprimir suas convicções, seu valores, suas crenças, sua visão de mundo, enfim, sua ideologia”¹³⁹.

Dessa maneira,

“ao não fundamentar completamente a decisão indicando os elementos descritivos que servem de critérios para determinar o sentido de tais palavras e expressões, (1) os juízes ficam aparentemente livres do dever de enfrentar a difícil situação de fundamentar distintamente um entendimento futuro diferente do existente e (2) os juízes expõem apenas parcial e indiretamente suas preferências ideológicas”¹⁴⁰.

Dessa forma, fica evidente que não caberia nem o estudo de caso, nem tão pouco a análise de jurisprudência, cabendo a MAD auxiliar nesta análise dos votos à luz também do prescritivismo universal.

Portanto, sendo a decisão judicial instrumento de modificação de uma dada realidade, o ideal é que a mesma seja elaborada com o intuito de alcançar a justiça e para tanto, deve-se valer da clareza, de estar bem fundamentada, principalmente se fizer uso das palavras ou expressões avaliatórias.

Ao classificar sua teoria como ética, Hare explica que “ela não inclui, como tantas assim chamadas teorias morais, nenhum princípio substancial, mas tão-somente formas de raciocínio que são usadas para argumentar em favor de tais princípios”¹⁴¹.

Ressalta Hare que os

“princípios podem ser estabelecidos objetivamente e que não estão baseados nos preconceitos de culturas específicas. Os argumentos a seu favor estão fundamentados somente na lógica e nos fatos, e não em instituições insustentadas. Isso se torna possível porque os significados das palavras morais (a natureza dos conceitos morais) são explicados

¹³⁹ FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007. p.17.

¹⁴⁰ FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007. p.18.

¹⁴¹ HARE, Richard Mervyn. *Ética: problemas e propostas*. São Paulo: UNESP. 2003. p.7.

inteiramente com base em suas propriedades lógicas formais, sem introduzir nenhuma substância na explicação”¹⁴².

Nesse contexto, “as principais propriedades das palavras morais são duas: serem prescritíveis e universalizáveis”¹⁴³. Complementa Freitas Filho afirmando que

“Hare construiu uma teoria por ele próprio denominada ‘Prescritivismo Universal’ segundo a qual as palavras morais, tais como ‘bom’, ‘dever’, ‘correto’, tem duas propriedades lógico-semânticas: universalidade e prescritividade. Em síntese, a propriedade da universalizabilidade é aquela segundo a qual um julgamento moral deverá ser expresso de forma que contenha um rol finito de termos universais. Segundo esta propriedade, um julgamento moral dá origem a uma regra moral (a qual Hare chama de princípio), ou seja, pode ser expresso dessa maneira. A propriedade da prescritividade é aquela segundo a qual os agentes morais devem realizar a conduta que eles considerem moralmente obrigatórias quando estiverem física e psicologicamente aptos a assim agirem”¹⁴⁴.

Ao compreender esses dois aspectos da teoria defendida por Hare, faz-se necessário tecer algumas observações sobre como ficaria o silogismo se na premissa menor contiver uma palavra avaliatória. Sendo assim, alerta Freitas Filho¹⁴⁵ que esta é uma das dificuldades do processo silogístico.

Dessa forma, o silogismo jurídico composto por palavra ou expressão avaliatória na premissa menor, se não houver a estabilização semântica do termo utilizado prejudicará a lógica, padecendo assim de uma coerência interna. Freitas Filho explicita que

“no processo dedutivo, a conclusão já está em algum imperativo na premissa, do que decorre que necessariamente haja um comando do qual derive e dever. Assim, toda inferência dedutiva tem caráter analítico, pressupondo necessariamente a coerência entre as afirmações envolvidas no processo, sendo um dos termos universalizável e outro a ser subsumido ao primeiro. O problema da inferência acaba por entreabrir a questão da coerência. Se não há coerência interna num processo dedutivo entre os termos das premissas, ou o aplicador está a falsear intencionalmente o

¹⁴² HARE, Richard Mervyn. *Ética: problemas e propostas*. São Paulo: UNESP, 2003. p.8.

¹⁴³ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 144.

¹⁴⁴ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 143.

¹⁴⁵ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 168.

sentido do (ou de um dos) termos que as compõem ou simplesmente ele os desconhece”¹⁴⁶.

Ademais, se o silogismo jurídico padece de coerência interna compromete a segurança jurídica, a qual é “entendida como conhecimento e previsibilidade (razoável) do sentido normativo dos comandos, tem relação com a capacidade de ação segundo padrões de conduta aprendidos”¹⁴⁷. Sendo assim,

“as normas tem um sentido orientador das condutas e tem uma função pedagógica em relação à esfera das possibilidades de ação do sujeito. Assim, a cobrança de fundamentação adequada das decisões tem como objetivo, dentre outros, permitir o conhecimento das razões que levam a alguém a ter de agir de determinada forma”¹⁴⁸.

Portanto, do ponto de vista da segurança jurídica e do prescritivismo universal¹⁴⁹, há um grande alerta no sentido de que ao invocar princípios, que são expressões avaliatórias, devem ser utilizados da maneira mais racional¹⁵⁰ possível, evitando sua banalização.

Neste sentido, o prescritivismo universal contribuiu para de maneira significativa na constatação de que os magistrados ao utilizarem palavras ou expressões avaliatórias não induzem a uma regra e não há isonomia ao fazer uso destas expressões. O que o prescritivismo propõe não é a busca pela

¹⁴⁶ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 170.

¹⁴⁷ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 172.

¹⁴⁸ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p.175.

¹⁴⁹ “O Prescritivismo Universal não permite prescrever qualquer conteúdo eventualmente tido como correto das decisões, mas sim investigar se o requisito da coerência de sentido, empregado nos conceitos como os quais se fundamentam as decisões, é respeitado. É, portanto, um instrumento teórico poderoso para análise da coerência das decisões sem uma preocupação com sua correção substantiva, na medida em que é construído dois conceitos formais: a universalização e a prescritividade”, explicita FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 45, n.178, p.19-43, abr./jun. 2008. p. 19-20.

¹⁵⁰ Para CHAUI, “a atividade racional discursiva, como a própria palavra indica, discorre, percorre uma realidade ou um objeto para chegar a conhecê-lo, isto é, realiza vários atos de conhecimento até conseguir captá-lo. A razão discursiva ou o pensamento discursivo chega ao objeto passando por etapas sucessivas de conhecimento, realizando esforços sucessivos de aproximação para chegar ao conceito ou à definição do objeto”. CHAUI, MARILENA. *Convite à Filosofia*. 12 ed. São Paulo: Ática, 2002. p.77.

“verdade de uma sentença como base na convergência de sentido da palavra como um objeto qualquer. A preocupação recai sobre a possibilidade de controle do discurso pela via da coerência na utilização dos significantes”¹⁵¹.

Hare alerta que “o problema está em que não há como se proceder a uma estabilização semântica prévia à aplicação de tal norma relativamente aos temas que funcionam como palavras de valor, como é o caso da onerosidade excessiva”¹⁵² e por analogia a dignidade da pessoa humana. Assim, o uso desmoderado de princípios de abrangência tamanha sem a devida estabilidade semântica do termo gera insegurança jurídica o que compromete não só a decisão no caso concreto, mas todo o ordenamento jurídico.

Afirma Hare que existem dois fatores que estão envolvidos em qualquer decisão de fazer algo, “o primeiro, ao menos teoricamente, pode estar ausente; o segundo está presente em certo grau. Correspondem às premissas maior e menor do silogismo aristotélico”¹⁵³. Então, tem-se como premissa maior um princípio de conduta e como premissa menor um enunciado, portanto, “se decido não dizer algo porque é falso, estou agindo segundo um princípio ‘Nunca (ou nunca sob determinadas condições) diga o que é falso’, e devo saber que isso que estou cogitando dizer ou não é falso”¹⁵⁴.

Para compreendermos esse silogismo, Hare apresenta a seguinte situação

“suponha que eu seja um empregador e esteja pensando se demito ou não um funcionário que habitualmente chega ao escritório depois da hora em que se comprometera a chegar. Se o demito estarei privando sua família do dinheiro com que vive talvez dando à minha firma uma reputação que levará funcionários a evita-la quando houver outros empregos disponíveis, e assim por diante; se o mantiver, estarei fazendo com que outros funcionários realizem o trabalho que, do contrário, seria realizado por esse funcionário; e

¹⁵¹ FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 45, n.178, p.19-43, abr./jun. 2008. p.21.

¹⁵² FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 45, n.178, p.19-43, abr./jun. 2008. p.40.

¹⁵³ HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 59.

¹⁵⁴ HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 59.

os negócios do escritório não serão realizados rapidamente quanto o seriam se todos os funcionários fossem pontuais”¹⁵⁵.

Diante dessa situação, o empregado estaria entre dois conjuntos de efeitos conforme decisão de demiti-lo ou não. Dessa forma,

“são efeitos que determinam o que eu deveria estar fazendo; é entre os dois conjuntos de efeitos que estou decidindo. O ponto essencial de uma decisão é que ela faz uma diferença no que acontece, e essa diferença é a diferença entre os efeitos de decidir de uma forma e os efeitos de decidir da outra forma”¹⁵⁶.

Destaca ainda Hare que

“quando tivermos examinando a lógica das palavras de valor, é muitíssimo importante, numa exposição verbal de um argumento sobre o que fazer, não permitir palavras de valor na premissa menor. Ao formular os fatos dos casos, devemos ser o mais factuais que pudermos”¹⁵⁷.

Complementa afirmando que

“não quero dizer que ao discutir os fatos do caso não deveríamos admitir quaisquer palavras que pudessem ter um significado avaliatório, pois isso, em vista da forma como os significados avaliatórios permeiam nossa linguagem, seria praticamente impossível”¹⁵⁸.

Dessa forma,

“a justificação completa de uma decisão consistiria em uma descrição completa de seus efeitos, juntamente com uma descrição completa dos princípios a serem observados e dos efeitos de observar aqueles princípios – pois, é claro, são também os efeitos (aquilo em que efetivamente consiste obedecer a eles) que dão conteúdo aos princípios”¹⁵⁹.

Note-se que Hare não afirma que os princípios não devem ser considerados, embora na prática nem sempre tenha como elaborar esta justificação completa. Entretanto, alerta que ao utilizar de palavras ou expressões avaliatórias deve-se ao menos descrevê-las para que haja certa estabilidade semântica do termo, uma previsibilidade.

¹⁵⁵ HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 59-60.

¹⁵⁶ HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 60.

¹⁵⁷ HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 61.

¹⁵⁸ HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 61.

¹⁵⁹ HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 72.

Ao retomarmos as decisões que foram selecionadas no sítio do STF, merecem destaques os Habeas Corpus n.º. 94916/RS¹⁶⁰ e o de n.º. 83358/SP¹⁶¹, tendo como relatores o Ministro Eros Grau e o Ministro Ayres Britto, respectivamente.

O HC de relatoria do Ministro Eros Grau tinha como pedido a liberdade provisória da paciente que portava quantidade pequena de maconha e em seu voto concedeu a ordem em nome da dignidade humana, pois a prisão preventiva seria uma afronta e caracterizaria apenas uma punição do Estado.

Por outro lado, o HC n.º. 83358/SP relatoria do Ministro Ayres Britto, em que versava sobre a liberdade do idoso ou a conversão em pena domiciliar pela prática de atos libidinosos com as funcionárias de seu escritório, sob a alegação de que esse idoso possuía problemas neurológicos, a ordem foi denegada. No voto do então Ministro, embora tenha reconhecido a dignidade do idoso e a dignidade da pessoa humana denegou a ordem, pois não ficou evidente que precise o idoso de tratamento neurológico que não seja o prestado onde será mantido preso.

Essas duas decisões demonstram a ausência de critérios que estabilizassem a expressão “dignidade humana” e, por isso, decisões divergentes para o mesmo remédio constitucional, o Habeas Corpus. Ressalta-se que embora as situações fáticas sejam diferentes, a função precípua desse remédio constitucional é garantir o direito de ir e vir, desse modo, o princípio da dignidade humana implicitamente estaria vinculado à essência desse remédio.

Dessa forma, temos uma decisão que concede a ordem tendo como base a dignidade humana e outra que denega a ordem com base no mesmo princípio, ambas da mesma Corte Suprema.

A falta de critérios para estabilizar semanticamente a decisão gera incoerências não só no âmbito interno, ou seja, na própria decisão, como também

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 94916/RS. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 30 de setembro de 2008.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 83358/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 04 de maio de 2004.

uma incoerência entre julgados da mesma Corte Suprema, o que causa uma insegurança jurídica. Havendo critérios, tem-se como verificar quais as opções feitas pelo magistrado para chegar àquela decisão, o que não aconteceu nestes dois votos analisados.

Dessa forma, fica evidente que os votos não seguem os padrões que determina o prescritivismo universal, de modo que essas decisões proferidas desprovidas de critérios ao menos elucidados nos votos, dificilmente poderão ser universalizáveis, uma vez que não houve a preocupação em delimitar, sem que isso signifique restringir ou engessar, o princípio da dignidade humana.

Ainda nas análises das decisões selecionadas, merece destaque o voto-vista do Ministro Menezes de Direito na ADI 3510. Afirma o Ministro que a Constituição Federal não diz quando a vida humana começa e não dispõe sobre nenhuma forma de vida pré-natal. Sendo assim, ao tratar da dignidade humana em seu voto especifica que

“quando fala da ‘dignidade humana’ (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ (alínea b do inciso VII do art. 34), livre exercício dos direitos (...) individuais’ (inciso III do art. 85) e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém”¹⁶².

Complementa o Ministro que “o alcance do princípio da dignidade humana, este sim, base para o reconhecimento de algum grau de proteção ao embrião e ao feto”¹⁶³.

E finaliza seu voto ao afirmar que

“na verdade, não há dignidade autônoma, isto é, não há dignidade humana desligada da vida humana. Mesmo os defensores do estatuto intermédio do embrião reconhecem essa vinculação, embora lidem com uma vida qualificada de racional, moral. Toda essa discussão aponta para a inadequação da dignidade da pessoa humana como fundamento para a proteção do embrião, porque, repita-se, se a vida racional é que justifica o

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p.93.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p.95.

reconhecimento da dignidade, não há motivo para reconhecer dignidade no embrião. A construção do estatuto intermédio do embrião, capitaneada, sobretudo, pelos filósofos dos países da Common Law, acaba revelando uma indevida aplicação do belo conceito de dignidade da pessoa humana, a tanto custo desenvolvido pelo direito romano-germânico”¹⁶⁴.

A importância de trazer à discussão este voto-vista do Ministro Menezes de Direito é para demonstrar que mesmo diante de uma decisão tão importante sobre a utilização de células-tronco o princípio da dignidade humana foi mencionado só neste voto por aproximadamente 15 (quinze) vezes e em nenhuma delas o Ministro justificou a sua utilização. Preocupou-se em dizer em que consiste tal princípio, mencionou o que estudiosos entendem sobre o princípio, mas em nenhum momento estabilizou semanticamente a expressão avaliatória.

Diante dessas análises é possível concluir que não há critérios razoáveis de decidibilidade nos votos quando tem como base o princípio da dignidade humana, expressão avaliatória que precisa ter uma estabilidade semântica, uma previsibilidade para que seja de fato garantida a segurança jurídica. O que se defende não é o estabelecimento de critérios rígidos, fechados para essa expressão, mas, sobretudo de uma justificação por parte do magistrado ao utilizá-la, pois assim é possível verificar a opções que levaram a tal escolha para adotar o princípio da dignidade humana como fundamento de seu voto.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. p.147.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo central deste trabalho monográfico foi apresentar como os ministros do STF utilizam do princípio da dignidade humana ao proferirem seus votos e as implicações do uso desmoderado de expressões avaliatórias.

No procedimento de seleção das decisões a serem analisadas, percebeu-se que o sítio do STF apresenta falhas, não relacionando todas as decisões proferidas que tinham a expressão “dignidade humana”, objeto de estudo desse trabalho, o que demonstra que a ferramenta de busca precisa ser aperfeiçoada para que futuras pesquisas que tenham como base esse sítio possam acessar as decisões sem nenhuma espécie de restrição.

Cumprido destacar que as considerações feitas sobre a argumentação jurídica tendo como base Atienza e Alexy tiveram como finalidade reafirmar a importância de justificar as decisões, bem como corrigir as premissas do silogismo jurídico. Farali elucida que para Alexy “uma argumentação é correta se, ao ser realizada, respeita determinadas regras racionalmente justificadas”¹⁶⁵.

Note-se que é no contexto da justificação que pode-se chegar as escolhas normativas ou argumentativas para decidir a demanda. Assim, permite também analisar a coerência interna dos votos.

Como o que estava em análise era o estudo de um princípio, fez-se necessário trazer os grandes ensinamentos de Dworkin tanto no que diz respeito a distinção entre princípios e normas, quanto o poder discricionário que o magistrado possui ao julgar um caso, bem como a importância do romance em cadeia no sentido de que as decisões de hoje serão precedentes para as decisões futuras.

Toda essa discussão deságua no prescritivismo universal de Hare que traz elementos mais precisos sobre análise das decisões, quais sejam, a prescritividade e a universalizabilidade.

Nesse sentido, ao utilizarem em seus votos do princípio da dignidade humana, deveriam os ministros do STF estabelecer critério para a dignidade

¹⁶⁵ FARALI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 45.

conforme o caso e surgindo outro caso semelhante, haveria a aplicabilidade dos mesmos critérios de forma a universalizar os critérios. Assim, com a estabilização da expressão avaliatória garantiria maior segurança jurídica, pois haveria uma previsibilidade no sentido de que casos iguais, teriam a mesma resposta jurisdicional.

A importante contribuição desta monografia é o alerta a uma leitura mais atenta dos votos dos ministros dos tribunais superiores ou até mesmo de qualquer decisão jurídica sempre tendo como ponto de partida a análise dos elementos escolhidos para compor a referida decisão judicial e se estes critérios de escolhas são pautados na prescritividade e universalizabilidade.

Ao proceder desta forma, a garantia jurídica terá mais chance de ser alcançada uma vez que haverá critérios razoáveis de decidibilidade, principalmente se o fundamento do voto tiver como base a utilização de princípios ou fundamentos constitucionais, o que afastaria o decisionismo tão bem criticado por Sarmento no segundo capítulo desta monografia.

Saliente-se que a própria CF/88 estabelece em seu artigo 93 a necessidade de uma decisão fundamentada e nesse mesmo sentido o Novo Código de Processo Civil demonstra esta preocupação em existirem decisões fundamentadas alertando sobre a questão dos precedentes.

Portanto, o que se prega não é o abandono ao fundamento do princípio do qual decorrem todos os outros, qual seja, a dignidade da pessoa humana. O que se almeja é a utilização racional de princípios e expressões valorativas, desde que haja uma estabilização semântica e assim possa ser aplicada aos casos semelhantes.

Por fim, as análises realizadas nos levam a concluir que se o princípio da dignidade humana continuar sendo utilizado como mero argumento de autoridade, sem adoção de critérios racionais de decidibilidade, comprometerá a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conceitos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Dez.2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado.
- BARZOTTO, Luis Fernando; MACINTYRE, Alasdair. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Revista da Procuradoria Procuradoria-Geral do Estado*, p. 137, 2005.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4277. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 94916/RS. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 30 de setembro de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 83358/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 04 de maio de 2004.
- CHAUÍ, MARILENA. *Convite à Filosofia*. 12 ed. São Paulo: Ática, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri. Por uma visão mais plural da pesquisa jurídica. *Consultor jurídico*, 03 de jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-30/dimitri-dimoulis-visao-plural-pesquisa-juridica>> Acesso em 30 de mar. 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARALI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo*

universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 45, n.178, p.19-43, abr./jun. 2008.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL EM PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19, 2010. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. p.5238-5247.

FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e a coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, ano 44, n. 175, p.41-65, jul./set.2007.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

HARE, Richard Mervyn. *Ética: problemas e propostas*. São Paulo: UNESP, 2003.

HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Jurisprudências. Acesso em 16.09.2013:
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22Dignidade+da+pessoa+humana%22+%22sa%C3%BAde%22&idtopico=T10000001>>

KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

APÊNDICE A – PLANILHA COM AS ANÁLISES DAS DECISÕES: HC – PETIÇÕES – AGRAVOS

1	AI 850017 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO AGRADO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 11/09/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O Agravo de Instrumento trata de exigir condições mínimas para atendimento digno ao cidadão.</p> <p>- Decisão: O STF tem competência constitucional para julgar ações relativa ao serviço público.</p> <p>- O voto não é fundamentado no princípio da dignidade humana, apenas reitera a competência do STF em decidir sobre questões referentes à saúde.</p>
2	HC 110417 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 14/02/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O HC denegado é fundamentado na progressão de regime de semiaberto para aberto ou prisão domiciliar devido a grave enfermidade.</p> <p>- Decisão: O réu não reúne requisitos para obter a progressão de regime, exige-se que comprove que o custodiado depende de tratamento médico especial, de forma inequívoca, mas não o fez nos autos. Mesmo precisando de tratamento não se apresentou a nenhum hospital por temer ser preso.</p> <p>- O voto não é fundamentado no princípio da dignidade humana.</p>
3	HC 97346 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 25/05/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O HC foi fundamentado em ausência de elementos concretos que justifiquem a prisão preventiva, inconstitucionalidade do art. 44(Lei 11.343/06) q veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por crime de tráfico de entorpecentes, querem que responda em liberdade.</p> <p>- Decisão: A gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva. O pedido foi indeferido apenas na garantia da ordem pública. A prisão preventiva afronta aos princípios da presunção de inocência, devido processo legal e dignidade da pessoa. A regra é a liberdade; a exceção é a prisão.</p> <p>- O voto fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, porém não relaciona com o direito à saúde.</p>
4	HC 98103 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Julgamento: 16/03/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O HC foi fundado no pedido de liberdade provisória em que o réu foi preso em flagrante e denunciado por tráfico de drogas. Alega não estar presentes o requisitos para prisão preventiva</p> <p>- Decisão: Denegou o pedido pois por ser equiparado a crime hediondo, é vedada a liberdade provisória.</p> <p>- O voto não é fundamentado pelo dignidade humana como argumento para denegar o pedido.</p>
5	HC 100745 / SC - SANTA CATARINA HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 09/03/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O HC pede a liberdade provisória pois o fundamento do pedido foi feito com base no art. 44 da Lei 11.343/06 o que contraria julgados do STF.</p> <p>-Decisão: Concedeu que o réu fosse posto em liberdade pelo crime de tráfico de entorpecentes.</p> <p>- O voto trata apenas da aplicação ou não da lei e das garantias constitucionais, não faz relação com a dignidade da pessoa humana, nem ressalta aspectos do direito à saúde.</p>

6	HC 101505 / SC - SANTA CATARINA HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 15/12/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O HC está fundamentado na impossibilidade de manter preventivamente presa a paciente que cometeu crime previsto na Lei de Tóxicos (art. 33 e 35)</p> <p>-Decisão: Concedeu que respondesse em liberdade, afirmando que a prisão preventiva por prática de crime envolvendo entorpecentes, afronta o princípio da presunção de inocência e o devido processo.</p> <p>- O voto não tem como argumento a dignidade da pessoa humana relacionado com o direito à saúde para aprovar a liberdade provisória.</p>
7	HC 98675 / ES - ESPÍRITO SANTO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 09/06/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O HC almeja a liminar para que o paciente responda em liberdade ou prisão domiciliar pela prática do crime de homicídio qualificado, devido a ausência de fundamentação da prisão cautelar.</p> <p>- Decisão: Concedeu que respondesse em liberdade pelas condições psíquicas em que se encontram autor e coautor.</p> <p>- O voto trata de um aspecto relacionado a saúde do autor, porém não faz o paralelo com a dignidade humana.</p>
8	HC 94916 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 30/09/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O HC pede liberdade provisória da paciente que portava quantidade pequena de maconha.</p> <p>- Decisão:</p> <p>a) Voto (Eros Grau) – Concedeu a liberdade em nome da dignidade humana pois a prisão preventiva seria uma afronta e caracterizaria apenas como uma punição do Estado;</p> <p>b) Voto (Celso Peluso) – segui o voto do relator</p> <p>- Os votos embora tratem da dignidade humana, não a relacionam com o direito à saúde conforme proposta da pesquisa.</p>
9	HC 94524 / DF - DISTRITO FEDERAL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 24/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O HC com pedido de liminar fundado em princípio da insignificância pela quantidade pequena de entorpecentes que gerou a prisão preventiva.</p> <p>- Decisão: Concedeu o pedido reconhecendo a atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância.</p> <p>- O voto não faz referência a proposta da pesquisa.</p>
10	HC 90125 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Julgamento: 24/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma	<p>- O HC pede a liberdade e afirma que os crimes de entorpecentes devem ser punidos com penas alternativas.</p> <p>- Decisão: Denegou a ordem de HC afirmando que a utilização de entorpecentes, mesmo em quantia pequena põe em risco não só a vida do paciente mas da instituição que faz parte.</p> <p>- O Voto não relaciona o direito à saúde com a dignidade nos moldes da proposta da pesquisa.</p>
11	HC 92961 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 11/12/2007	<p>- O HC pede a liberdade do militar que foi pego usando um cigarro de maconha e de posse de outros cigarros.</p> <p>- Decisão: Pela aplicação do princípio da insignificância foi absolvido.</p> <p>- O voto não é fundamentado na dignidade humana.</p>

	<p>Órgão Julgador: Segunda Turma</p>	
12	<p>HC 91657 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 13/09/2007</p> <p>Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>	<p>- HC fundamentado na ilegalidade da prisão preventiva, nulidade da decretação da prisão por falta de manifestação prévia do Procurador-Geral da República e a desnecessidade da prisão preventiva, considerando que a liberdade não enseja perigo.</p> <p>- Decisão: Num Estado Democrático a prisão é excepcional e não pode ser utilizada para limitar a liberdade dos cidadãos. Assim, a prisão preventiva para fins de extradição deve ser revisitada, por isso deve ser liberado.</p> <p>- Embora o voto trate de direitos fundamentais, não faz referência específica a dignidade humana.</p>
13	<p>HC 83358 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 04/05/2004</p> <p>Órgão Julgador: Primeira Turma</p>	<p>- HC requer a liberdade do idoso ou a conversão em pena domiciliar pela prática de atos libidinosos com as funcionárias de seu escritório, pois possui problema neurológico.</p> <p>- Decisão: Mesmo reconhecendo a dignidade do idoso e da dignidade da pessoa humana, indeferiu o HC por não ficar evidente que precise o idoso de tratamento neurológico que não seja prestado onde será mantido preso.</p> <p>- O voto teve como fundamento a dignidade humana e a condição de saúde do idoso.</p>
14	<p>ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/08/2011</p> <p>Órgão Julgador: Segunda Turma</p>	<p>- O Agravo foi fundamentado no pedido de matrícula de uma criança em unidade de educação infantil próxima de sua casa.</p> <p>- Decisão: Negou provimento ao recurso pois não é permitido reexame de questões de fato e de direito.</p> <p>- A decisão embora ressalte a dignidade da criança em ter acesso a educação não faz relação com o direito à saúde.</p>
15	<p>Pet 3388 / RR - RORAIMA PETIÇÃO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 19/03/2009</p> <p>Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>	<p>- A petição alega vícios no procedimento de demarcação de terras indígenas (Raposa Serra do Sol)</p> <p>- Voto (Ayres Brito): revoga a liminar e pede a retirada dos não-índios do lugar.</p> <p>- A decisão não foi pautada na dignidade humana.</p>
16	<p>RE 541627 / PA - PARÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 14/10/2008</p> <p>Órgão Julgador: Segunda Turma</p>	<p>- O Recurso Extraordinário requer a manutenção da competência da justiça federal nos crimes contra a organização do trabalho mesmo quando não afetarem coletivamente as instituições de trabalho.</p> <p>- Decisão: Recurso parcialmente conhecido e foi dado provimento para declarar que a justiça federal tem competência para julgar os crimes previstos nos artigos 132, 149, 203, 297 - § 4º, todos do Código Penal.</p> <p>- A decisão não foi pautada no princípio da dignidade humana.</p>

APÊNDICE B – PLANILHA COM AS ANÁLISES DAS DECISÕES: ADI – ADPF

	ADI 3106 - MG	ADI 4277 – DF / ADPF 132	ADI 3510
Paradigma Normativo	Art. 1º - Lei 9717/98 Art. 40 - §13 / CF Art. 149 - §1º / CF	Art. 5º caput – CF Art. 5º , II – CF Art. 1º, IV – CF Ar. 1723 – Código Civil	Art. 5º /CF (Autonomia da Vontade) Art. 226 - §7º / CF Art. 5º - II, IX – Paternidade Responsável Art. 199 - §4º / CF Art. 6º /CF Art. 218 – caput e §1º / CF
Objeto	Artigos 79 e 85 da Lei Complementar nº 64 de 25.03.2002 (Minas Gerais)	Decreto Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Rio de Janeiro): At. 19, II e V Art. 33, I a X	Art. 5º da Lei 11105/2005 (Lei de Biossegurança)
Fundamentação	Declarar a inconstitucionalidade destes artigos da Lei Complementar nº 64 que preveem a aposentadoria e pensão para que não é do quando efetivo, bem como a cobrança obrigatória para assistência a saúde.	- Direitos alusivos a servidores homoafetivos; - Decreto Lei anterior a CF; - Aplicação do método de integração do direito para equiparar uniões estáveis à uniões estáveis homoafetivas.	ADI julgada improcedente pois é inaplicável a “interpretação conforme a CF” no artigo da Lei de Biossegurança. A norma não padece de polissemia ou de plurissignificatividade. (p.8)
Voto dos Ministros	1) <u>Eros Grau</u> Julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 79 (Lei Complementar) e parcialmente o art. 85 retirando apenas o termo “compulsoriamente” do §4º do art. 85. 2) Voto-Vista <u>Cezar Peluso</u> – Inconstitucional o Art. 79, §§3º e 4º, porque está em desacordo com art. 40 §13 c/c art. 20, XII e art. 202 da CF. Com relação ao art. 85, afirma que nada impede a prestação de saúde, desde que não seja compulsória. <u>Marco Aurélio, Carmém Lúcia, Lewandowski, Ayres Britto</u> – acompanham o voto do relator.	1) Ayres Britto – Relator (p. 15 a 46) 2) Fux (p. 49 a 83) 3) Carmém Lúcia (p.85 a 96) 4) Lewandowski (p. 98 a 112) 5) Joaquim Barbosa (p. 113 a 117) 6) Gilmar Mendes (p.118 a 141) 7) Marco Aurélio (p. 198 a 212) 8) Celso de Mello (p. 213 a 262) 9) Cezar Peluso (p.263)	1) Ayres Britto (p. 20 a 74) 2) Ellen Graice (p.81 a 86) 3) Voto-Vista Menezes Direito (p. 88 a 173) 4) Carmen Lúcia (p.193 a 238) 5) Lewandowski (p. 241 a 315) 6) Eros Grau (p. 316 a 327) 7) Joaquim Barbosa (p. 328 a 341) 9) Cezar Peluso (p. 342 a 391) 10) Marco Aurélio (p.405 a 420) 11) Celso de Mello (p.421 a 458) 12) Gilmar Mendes (p. 507 a 524)

APÊNDICE C - PLANILHA COM AS ANÁLISES DOS VOTOS POR MINISTRO

Ministro Carlos Ayres Britto	
Julgado	Comentários – Fragmentos dos Votos
1	<p>HC 83358 – SP (Relator)</p> <p>- A inicial faz referência a documentos que comprovariam a precária saúde do condenado. Invocando os arts 1º; 5º inciso XLVIII; e 230, todos da CF/88, além dos arts. 116 e 117, ambos da Lei de Execuções Penais, aduz a impetração que, em homenagem à dignidade do idoso garantida pelo Estado, o caso asseguraria a possibilidade e cumprimento da pena em regime aberto, o que facilitaria assistência pelos seus familiares e por médicos. Pede a concessão da ordem para que seja concedido o regime domiciliar ao paciente. (p.3)</p> <p>- Como se sabe, a dignidade da pessoa humana foi elevada pela Magna Carta de 1988 à condição de princípio fundamental da República. Assume, de consequência, o papel de inspirador não só do legislador ordinário, como também do aplicador do Direito, que nunca deve perder de vista seus parâmetros, :30b pena de desrespeitar. O próprio Ordenamento Jurídico que legitima sua atuação. (p.4)</p>
2	<p>Pet 3388 – RR (Relator)</p> <p>- A decisão não menciona a dignidade humana.</p>
3	<p>ADI 3510 (Relator)</p> <p>- Ao inverso, penso t r a t a r - s e de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro) . p.26</p> <p>- Quando fala da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição) . E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" (alínea b do inciso VII do art. 34), "livre exercício dos direitos (...) individuais" (inciso III do art. 85) e até dos direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4a do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. (p.30/31)</p> <p>- Sucede que - este o <i>fiat lux</i> da controvérsia – a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento, Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságue, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas.(p.36)</p> <p>- Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é " fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo 226, negritos à parte). (p.50)</p> <p>- Princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esse, que opera por modo binário ou dual. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade ou esfera de privacidade decisória. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva. (p.50/51)</p> <p>- A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; (p.61)</p>
4	<p>ADPF 130</p> <p>De novo como pauta de direitos mais fortemente entroncados com a dignidade da pessoa. (p.42)</p>
5	<p>ADPF 54</p> <p>O que se tem no ventre materno é algo, mas que jamais será alguém. Usei, lembro-me bem, da metáfora do casulo da crisálida e da borboleta. O útero é um casulo. O feto anencéfalo é uma crisálida, jamais chegará ao estágio de borboletas, jamais alçará voo. Eu me pergunto aqui discutindo sobre o direito de viver, o direito de nascer ou o direito de nascer para morrer? (p.70)</p>

	ADPF 54 Voto-Vista	<p>- Pois bem, é esse bloco normativo-penal que se afigura à acionante como portador de mais de um entendimento quanto ao respectivo conteúdo e alcance, sendo que um deles é tido por manifestamente contrário “ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” e aos “direitos fundamentais à liberdade e à saúde da gestante (CF, arts. 1º, IV; 5º, II; 6º, caput; e 196). (p.94)</p> <p>- Três defensáveis significações ressaídas, torno a falar, dos próprios textos normativos em causa; ou seja, ressaídas tão –só da estrutura da linguagem de cada qual dos enunciados interpretados, segundo os combinados método de compreensibilidade que são os próprios da Hermenêutica do Direito: a: os métodos filológico, lógico, teleológico e histórico, todos eles a incidir sobre o dispositivo-objeto em si mesmo (isoladamente, portanto); b) o método sistemático, que já opera pela inserção do texto-alvo no conjunto da lei ou do segmento legal de que ele faça parte (panoramicamente, então). (p. 99)</p> <p>- Dignidade da pessoa humana que é um princípio de valiosidade universal para o Direito Penal dos povos civilizados, independentemente de sua matriz também de Direito Constitucional. (p.105)</p>
Ministro Gilmar Mendes		
Julgado		Comentários – Fragmentos dos Votos
1	HC 110417 – SP (Relator)	- Não utiliza a expressão “dignidade humana” no voto.
2	HC 91657 – SP (Relator)	<p>- Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. (Cf. MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz Kommentar. Band I. München: Verlag C. H. Beck I 1990, 1118) (p.18)</p> <p>- E não vejo razão, tanto com base em nossa Carta Magna, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, de que somos signatários, para que não apliquemos tal entendimento no que concerne àquelas prisões preventivas para fins de extradição. (p.20)</p>
3	ADI 3510	<p>- Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. (p.464)</p> <p>- Nesse sentido, são elucidativas as lições de Jürgen Habermas : "Nessa controvérsia, fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejuízo, do status moral da vida humana prematura, que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular. Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um amontoado de células e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa potencial e como um portador de direitos fundamentais.(p.468)</p>
4	ADPF 130	Na decisão de 24.02.1971, relativa à publicação do romance Mephisto, de Klaus Mann, reconheceu-se o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade como derivações do princípio da dignidade humana (BVerfGE 30, 173). O filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen postulou perante a justiça estadual de Hamburgo a proibição da publicação do romance Mephisto com o argumento de que se cuidava de uma biografia depreciativa e injuriosa da memória de Gründgen, caricaturado no romance na figura de Hendrik Höfgen. O tribunal estadual de Hamburgo julgou improcedente a ação. O romance foi publicado em setembro de 1965 com uma advertência aos leitores, assinada por Klaus Mann, afirmando que "todas as pessoas deste livro são tipos, não retratos de personalidade" (Aller Personen dieses Buchs stellen Typen dar, nicht Porträts. K.M.). (p.229)

5	ADPF 54	O pedido funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II), e no direito à saúde (art. 6 e 196). A existência ou não de violação e tais preceitos será objeto de exame quando do julgamento do mérito. Mas cabe enfatizar, nesse ponto, que este requisito legal para a admissibilidade da ADPF restou cumprido na inicial. (p.144-145)
Ministro Celso de Mello		
Julgado		Comentários – Fragmentos dos Votos
1	ARE 639337 AgR – SP (Relator)	<p>- A cláusula da reserva do possível que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. (p.4)</p> <p>- Para CELSO LAFER "Reconstrução Direitos dos humanos", p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação – que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projete. (p.11)</p> <p>- Em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. (p.28)</p> <p>- Embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (p.30)</p> <p>- Não constitui demasia acentuar, por oportuno, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa considerada a centralidade desse postulado essencial art.1º significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em de modo expressivo, um dos fundamentos em nosso País traduz, que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido jurisprudência Suprema Corte, cujas a desta decisões, no ponto, refletem, com precisão, próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA. (p.31)</p> <p>- A decisão embora ressalte a dignidade da criança em ter acesso a educação não faz relação com o direito à saúde.</p>
2	ADI 3510	<p>- Com efeito, o postulado da dignidade da pessoa humana - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (p.421)</p> <p>- Conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde. (p.447)</p> <p>- Ao respeito à dignidade da pessoa humana - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "<i>hic et nunc</i>", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO...) (p.453)</p>
3	ADPF 130	<p>- Valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos. (p.160)</p> <p>- Como demonstrado, a Constituição brasileira (...) conferiu significado especial aos direitos da</p>

		personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5º, X. (p.178)
Ministra Ellen Graice		
	Julgado	Comentários – Fragmentos dos Votos
1	HC 90125 – RS (Relator)	A circunstância de a Lei n. 11.343/06 haver atenuado o rigor na disciplina relacionada ao usuário de substância entorpecente, à evidência, não repercute no âmbito de consideração do art. 290, do Código Penal Militar, não havendo que se cogitar de violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (p.7)
2	RE 541627 – PA (Relator)	<p>- Além disso, há conexão com os demais crimes descritos na denúncia. Quanto ao crime de redução à condição análoga à de escravo, há interesse jurídico direto da União, eis que há completa sujeição dos trabalhadores ao poder dos donos das fazendas ou de seus prepostos, com supressão total de suas liberdades e dignidade. (p.4)</p> <p>- Não há como negar que as infrações imputadas aos recorridos atingem valores jurídicos que vão além da liberdade individual dos trabalhadores reduzidos à condição análoga a de escravos, porquanto atentam, também, contra o primado da garantia da dignidade da pessoa humana e da liberdade de trabalho, tornando inconteste a competência da Justiça Federal para processar e julgar o caso subjudice, conforme inciso VI do art. 109 da Constituição Federal". (p.8)</p> <p>- Registro, assim, que as condutas atribuídas aos recorridos, em tese, violam bens jurídicos que extrapolam os limites da liberdade individual e da saúde dos trabalhadores reduzidos à condição análoga à de escravos, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade do trabalho. Entre os precedentes nesse sentido, refiro-me ao RE 480.138/RR, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.04.2008; RE 508.7171PA, rel. Min. Cármen Lúcia, DI 11.04.2007. (p.9)</p>
3	ADI 3510	<p>- Para tal intento, foram apontados na presente ação, como parâmetros de verificação mais evidentes, o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, <i>caput</i>), o direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), o direito à saúde (art.6º), o dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196) e de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, <i>caput</i>). (p.82)</p> <p>- Saliente-se que a Lei de Biossegurança, reconhecendo a dignidade do material nela tratado e o elevado grau de reprovação social na sua incorreta manipulação, categorizou como crime a comercialização do embrião humano, com base na lei de doação de órgãos (art. 5º, § único), bem como a sua utilização fora dos moldes previstos no referido artigo 5º. Tipificou, ainda, como delito penal, a prática da engenharia genética em célula geminal, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana (arts. 6º, 25 e 26). (p.86)</p>
Ministra Carmem Lúcia		
	Julgado	Comentários – Fragmentos dos Votos
1	AI 850017 – RJ (Relatora)	- Não utiliza a expressão “dignidade humana” no voto. Apenas reitera a competência do STF em decidir sobre questões referentes à saúde.
2	ADI 3510	<p>- A ética constitucional vigente afirma o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, do que decorre a impossibilidade de utilização da espécie humana – em qualquer caso e meio – para fins comerciais, eugênicos ou experimentais.(p. 200)</p> <p>- Enfim, a dignidade humana não pode ser elemento de mínima concessão. Cabe ao direito assegurar que assim se cumpra. Mas esta garantia não se restringe a uma competência estatal; há que se converter em compromisso social. (p.201)</p> <p>- Desconhecer que o negócio de embriões, a sua venda, a concepção para o uso posterior de embriões, indesejados como seres em fase de formação, buscados apenas como bem a ser manipulado para fins cumpríveis por laboratórios, é desatender as funções primárias dos Estados e das sociedades de proteger o princípio da dignidade humana, que não se pode render a lucros materiais ou imateriais dos pesquisadores ou médicos encarregados dos procedimentos....”(O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, p. 82). (p.202)</p>

	<p>- Terapias feitas a título de experimentação com o uso do ser humano não se compatibilizam com os princípios da ética constitucional, em especial, com o princípio da dignidade da pessoa humana. (p.203)</p> <p>- Dignidade humana é princípio, e esse se aplica na ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado. Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional. (p.207)</p> <p>- Afirma-se que a dignidade da pessoa humana teria sido contrariada pelas normas legais em exame, porque a permissão do uso de células-tronco embrionárias, mesmo que inviáveis e congeladas há mais de três anos, agrediria o direito à vida digna, pois nelas vida já se contém. (p.214)</p> <p>- A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agridem a dignidade humana, constitucionalmente assegurada. (p.218)</p> <p>- Mais ainda: pode-se mesmo acentuar que a dignidade da pessoa humana contém-se explícita em todo sistema constitucional no qual os direitos fundamentais sejam reconhecidos e garantidos, mesmo que não ganhem nele expressão afirmativa e direta. (p.219)</p> <p>- Para Kant, o grande filósofo da dignidade, a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há valer para se obter uma finalidade definida. (p.219)</p> <p>- O que é uma dignidade não tem valoração; é, pois, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço. (p.220)</p> <p>- A dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço. (p.220)</p> <p>- De conceito filosófico que é, em sua fonte e em sua concepção moral, a princípio jurídico a dignidade da pessoa humana tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política. Por força da juridicização daquele conceito, o próprio Direito foi repensado, reelaborado e diversamente aplicadas foram as suas normas, especialmente pelos Tribunais Constitucionais. (p.220)</p> <p>- Quando retorna com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, o uso da palavra dignidade, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar à integridade, à intangibilidade e à inviolabilidade do ser humano, não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que o lança para muito além do meramente físico. (p.223)</p> <p>- A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.(p.226)</p> <p>- Significa que o princípio constitucional da dignidade humana estende-se além de cada pessoa, considerando todos os seres humanos, os que compõem a espécie, dotam-se de humanidade, ainda quando o direito sequer ainda reconheça (ou reconheça precariamente, tal como se tem na fórmula da Convenção Nacional de Ética francesa de pessoa humana em potencial) a personalidade. É o que se dá com o embrião e com o morto, que não dispõem das condições necessárias para titularizar a personalidade em direito (pelo menos em todas as legislações vigentes, hoje, no mundo), mas que compõem a humanidade e são protegidos pelo direito pela sua situação de representação da humanidade. (p.227)</p>
--	---

Ministro Eros Grau	
Julgado	Comentários – Fragmentos dos Votos
1	<p>HC 97346 – SP (Relator)</p> <p>- Ainda que se admitisse aditamento como tal, a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da Lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. (p.6)</p> <p>- A inafiançabilidade, por si só, não pode e não deve ---considerados os princípios da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, ampla defesa e devido processo legal --- constituir-se em causa impeditiva da liberdade provisória. (p.7)</p> <p>- Nessa hipótese, o conflito dar-se-ia, sem dúvida, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal. (p.7, 8)</p>
2	<p>HC 100745 – SC (Relator)</p> <p>- A proibição de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da Lei n. consubstancia afronta escancarada aos princípios da 11.343/06, presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [artigos 10, III, e 5º LIV e LVI I da Constituição do Brasil]. Daí a necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil --- sempre referida pelos que entendem que inafiançabilidade leva à vedação da liberdade provisória. (p.4)</p> <p>- A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal constituir causa impeditiva da liberdade provisória. (p.4/5)</p> <p>- A circunstância, aventada na sentença, de que a prisão em flagrante consubstancia óbice ao apelo em liberdade não pode prosperar. Isso porque a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da Lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [artigos 10, III, e 5o, LIV e LVI I da Constituição do Brasil"]. Daí a necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil sempre referida pelos que entendem que inafiançabilidade leva à vedação da liberdade provisória. (p.7-8)</p> <p>- A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. (p.8)</p> <p>- Inexistem antinomias na Constituição do Brasil. A regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra de modo que a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. Nessa hipótese o confronto com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla e do devido processo legal seria flagrante. (p.8)</p>
3	<p>HC 98675 – ES (Relator)</p> <p>- No presente caso, é necessário que se faça valer o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, cristalizado no artigo 10, inciso 111, da Constituição da República, que em casos excepcionais, diz ser possível o deferimento da prisão domiciliar, quando demonstrada a necessidade especial de tratamento de saúde, o qual não poderia ser suprido no local em que o condenado se encontra preso. (p.6)</p> <p>- Neste aspecto, a Convenção Americana de Direitos Humanos - O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992 - estatui que toda pessoa tem direito ao respeito a sua integridade física, psíquica e moral, não devendo ser submetida a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, resultando ser forçoso tratar o preso com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano, com atendimento adequado à condição que se encontra. (p.6)</p> <p>- O não deferimento da prisão domiciliar, no caso, viola flagrantemente o princípio da dignidade humana, inscrito de modo destacado no artigo 1º da Constituição do Brasil (inciso 111). (p.9)</p> <p>- A situação do paciente e do co-réu não está entre aquelas listadas nas alíneas do art. 117 da LEP. No entanto, a demonstração cabal de que o Estado não tem condições de prestar-lhes a assistência médica de que necessitam, para não morrerem no cárcere, justifica seja a prisão domiciliar deferida, excepcionalmente, mercê do princípio da dignidade da pessoa humana, tal</p>

		corno proposto no parecer do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves (fls.108/113). (p.9)
4	HC 94916 – RS (Relator)	<p>- Dizer "peculiaridades do caso concreto" é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque, no caso, a afirmação da dignidade da pessoa humana acode a paciente. (p.8)</p> <p>- Aqui, no caso de que cogitamos, estamos diante de exceção. A regra que diz ser incabível a liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes não pode colher a situação descrita nestes autos, pena de transgredir a própria ordem na qual se compõe. Pois é certo que sua aplicação conduziria a afronta à dignidade da pessoa humana, valor transformado em princípio normativo no texto da Constituição de 1988. (p.10)</p> <p>- A este tribunal incumbe a elevada missão de afirmar a força normativa da Constituição e de conferir efetividade à dignidade do ser humano, que o seu artigo 10 declara. A paciente apresenta estado de saúde debilitado --- diz o Juiz da causa e dela depende inclusive economicamente uma filha. Submetê-la ao cárcere isso é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Daí que a captura da exceção se impõe. Aliás, é da inclusão de situações como tais no ordenamento --- e da exclusão de outras, a pretexto de razoabilidades e proporcionalidades --- que depende a regularidade do seu funcionamento. Direi mesmo que a preservação dos princípios impõe, seguidas vezes, a transgressão das regras. Concedo a ordem, a fim de que a paciente permaneça em liberdade até eventual sentença penal condenatória transitada em julgado. (p11)</p>
5	HC 94524 – DF (Relator)	A circunstância de a Lei nº 11.343/06 haver atenuado o rigor na disciplina relacionada ao usuário de substância entorpecente, à evidência, não repercute no âmbito de consideração o art. 290, do Código Penal Militar, não havendo que se cogitar de violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana . (p18)
6	HC 92961 – SP (Relator)	<p>- Todavia, a mesma deve ser analisada e aplicada ao caso em questão, a despeito do princípio da especialidade e em consideração ao princípio maior da dignidade humana. (p.8)</p> <p>- A aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma porque estão presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a dois, como demonstrado no parecer ministerial, em razão da dignidade da pessoa humana, arrolada na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art.1º). (p.9)</p>
7	HC 101505 – SC (Relator)	<p>- A circunstância, aventada na sentença, de que a prisão em flagrante consubstancia óbice ao apelo em liberdade não pode prosperar. Isso porque a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da Lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [artigos 10, III, e 5º, LIV e LVII da Constituição do Brasil] . Daí a necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil sempre referida pelos que entendem que inafiançabilidade leva à vedação da liberdade provisória. (p.7)</p> <p>- A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. (p.8)</p> <p>- Inexistem antinomias na Constituição do Brasil. A regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra de modo que ao admitir-se que o artigo 5º, inciso XLII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. Nessa hipótese o confronto com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla e do devido processo legal seria flagrante. (p.8)</p>
8	ADI 3510	<p>- O nascituro não apenas é protegido pela ordem jurídica, a sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento, mas é também titular de direitos adquiridos. (p.320)</p> <p>- Bastam as razões que acabo de alinhar para encaminhar a conclusão de que a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização <i>in vitro</i> e não utilizados no respectivo procedimento afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Não tenho a menor dúvida : a pesquisa em e com embriões humanos e conseqüente destruição afronta o direito à <i>vida</i> e a dignidade da pessoa humana. Temo, contudo, que essas razões não conduzam à convicção de que os textos normativos objeto da presente ação direta sejam inconstitucionais (p.321)</p>

Ministro Joaquim Barbosa		
	Julgado	Comentários – Fragmentos dos Votos
1	HC 98103 – RS (Relator)	<p>- A proibição de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da Lei n.11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (artigos 10, 111, e 50, LIV e LVII, da Constituição do Brasil). Dai a necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da contemplada no artigo inciso XLIII, da Constituição do Brasil, sempre referida pelos que entendem que inafiançabilidade conduz à vedação da liberdade provisória. (p.10)</p> <p>- A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal constituir causa impeditiva da liberdade provisória. (p.11)</p> <p>- Inexistem antinomias na Constituição do Brasil. A regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLII, estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. O confronto com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla e do devido processo legal seria flagrante. (p.11)</p>
2	ADI 3510	<p>- Esta é uma ideia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, na expressão de Canotilho, baseia-se no 'princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto spiritu. (p.334)</p>
Ministro Menezes de Direito		
	Julgado	Comentários – Fragmentos dos Votos
1	ADI 3510	<p>Com todas as vérias ao ilustre proponente da ação, o Procurador-Geral da República - agora com uma outra identidade pessoal - e aos ilustres juristas que secundam a sua posição, não constato vício de inconstitucionalidade na referida norma. Não se lhe pode opor, segundo entendo, a garantia da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inciso III -, nem a garantia de inviolabilidade da vida, pois, conforme acredito, o préembrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento - o útero - não se classifica como pessoa. (p.79)</p>
2	Voto-Vista ADI 3510	<p>- Sustenta que violariam o disposto nos arts. 1o e 5o da Constituição da República, notadamente as garantias da inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. (p.89)</p> <p>- Quanto à dignidade da pessoa humana, afirma que: "(...) a própria terminologia empregada no princípio afasta, per se, a possibilidade do enquadramento almejado. Veja-se. O princípio da dignidade da pessoa humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica." (p.90)</p> <p>- É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da 'dignidade da pessoa humana' (inciso III do art. 1o), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' (alínea b do inciso VII do art. 34), livre exercício dos direitos (...) individuais' (inciso III do art. 85) e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. (p.93)</p> <p>- Sobre o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, este sim, base para o reconhecimento de algum grau de proteção ao embrião e ao feto. (p.95)</p> <p>- Sobre a proteção infraconstitucional do feto, confirmando a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e a inaplicabilidade da norma constitucional (p.96)</p> <p>- O que há de se determinar é se a Lei que autoriza a utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos destinados à geração da vida, intenção primeira dos genitores, é ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais. (p.105)</p>

		<p>- É por essa razão que devemos pôr com toda clareza que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana. (p.105)</p> <p>- Ademais, as limitações éticas ou filosóficas não significam redução da liberdade de pesquisar. Ao reverso, podem significar confiança ilimitada na capacidade dos cientistas de alcançar resultados com menor risco, relevando que a redução do risco é imperativa quando se trata de vida humana a partir da união dos cromossomos ou, se assim preferirmos, a partir da necessidade de assegurar a dignidade humana. (p.113)</p> <p>- Jürgen Habermas, como de hábito, estuda em profundidade esse tema, merecendo destacado o trecho que exhibe a polaridade que o assunto provoca: <i>"Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um 'amontoado de células' e o confronto com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa em potencial e como um portador de direitos fundamentais"</i> (O Futuro da natureza humana. São Paulo, Martins Fontes, 2004. pág. 44). (p.122/123)</p> <p>- O ponto que se deve relevar agora e sempre é que a biologia, o desenvolvimento das pesquisas que mexem com a vida humana, a dignidade do ser do homem, tudo isso deve necessariamente estar subordinado a valores éticos. Estes valores devem prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada a busca científica. (p.132)</p> <p>- Há uma dificuldade lógica a desafiar o raciocínio que coloca marcos temporais no desenvolvimento do embrião para fixar o início da vida após a fecundação. É que se de um lado reconhece haver vida no embrião, mas uma vida ainda não humana, para a qual não caberia a proteção do direito constitucional à vida, de outro, entende não haver pessoa (personalidade) no embrião, mas lhe reconhece a proteção da dignidade da pessoa humana. (p.145)</p> <p>- Com todo respeito, essa engenhosa solução é compartilhada por boa parte do mundo ocidental para justificar a violação do embrião: um estatuto intermediário, fundado em uma dignidade também intermediária, geralmente associada à ausência de capacidade moral ou racional. (p.145)</p> <p>- Veja-se o que escreveu Susan M. Shell: <i>"seres humanos têm dignidade, para Kant, porque eles são capazes de agir moralmente. Mas essa capacidade só pode ser realizada dialeticamente, através de nossas interações pragmáticas com o mundo"</i> (p.145)</p> <p>- Na verdade, não há dignidade autônoma, isto é, não há dignidade da pessoa humana desligada da vida humana. Mesmo os defensores do estatuto intermédio do embrião reconhecem essa vinculação, embora lidem com uma vida qualificada de racional, moral. Toda essa discussão aponta para a inadequação da dignidade da pessoa humana como fundamento para a proteção do embrião, porque, repita-se, se a vida racional é que justifica o reconhecimento da dignidade, não há motivo para reconhecer dignidade no embrião. A construção do estatuto intermédio do embrião, capitaneada, sobretudo, pelos filósofos dos países da Common Law, acaba revelando uma indevida aplicação do belo conceito de dignidade da pessoa humana, a tanto custo desenvolvido pelo direito romano-germânico. (p.147)</p> <p>- Sem vida não há dignidade, e a dignidade é uma exigência da vida humana. (p.147)</p> <p>- Na verdade, o direito à vida tem extensão abrangente, que enlaça a dignidade da pessoa humana, justificando-a. (p.147)</p>
3	ADPF 130	<p>- Destaquei que nossa realidade constitucional está subordinada ao princípio da reserva qualificada, isto é, a preservação da dignidade da pessoa humana como eixo condutor da vida social e política. E, ainda, lembrei Dworkin, que mostrou com pertinência que tanto a imprensa quanto o Estado sofreram desenvolvimento no seu modo de operação. Escreveu Dworkin que "as duas instituições aumentaram seu poder juntas, numa espécie de simbiose constitucional: a influência da imprensa decorre em grande parte da justificada crença do público de que uma imprensa livre e poderosa serve para impor bem-vindas restrições às atitudes de segredo e desinformação por parte do Estado. A intenção mais básica dos autores da Constituição era a de criar um sistema equilibrado de restrições ao poder: o papel político da imprensa agindo dentro de uma imunidade limitada em relação aos seus próprios erros, parece agora um elemento essencial desse sistema - pelo fato mesmo de a imprensa ser a única instituição</p>

		<p>dotada de flexibilidade, do âmbito e da iniciativa necessárias para descobrir e publicar as mazelas secretas do Executivo, deixando a cargo das outras instituições do sistema a tarefa de saber o que fazer com essas descobertas" (O direito da liberdade, Martins Fontes, 2006, pág. 300). (p.85-86)</p> <p>- Essa liberdade, vista como instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana, que lhe precede em relevância pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há nem liberdade, nem democracia. Essa precedência, no entanto, não significa que exista lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas. (p.90)</p>
Ministro Ricardo Lewandowski		
	Julgado	Comentários – Fragmentos dos Votos
1	ADI 3510	<p>- Em outras palavras, a produção legislativa, a atividade administrativa e a prestação jurisdicional no campo da genética e da biotecnologia em nosso País devem amoldar-se aos princípios e regras estabelecidas naquele texto jurídico internacional, sobretudo quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais, valores, de resto, acolhidos com prodigalidade pela Constituição de 1988.(p.262)</p> <p>- Mas é preciso ter em mente, como advertem Gomes Canotilho e Vital Moreira, que a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida, simplesmente, "à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". (p.276)</p> <p>- A dignidade humana a própria matriz unificadora dos direitos fundamentais, a começar do direito à vida, não pode ela ser considerada apenas um bem jurídico atribuído à determinada pessoa, enquanto indivíduo, mas deve ser tratada, também e especialmente, como um valor que diz respeito à coletividade em que esta se encontra integrada.(p.277)</p> <p>- É que, como assinala Ingo Wolfgang Sarlet, "a dignidade humana implica também, em ultima ratio, por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (...) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso (...), até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas". (p.277)</p> <p>- A dignidade da pessoa humana, nesse sentido, corresponde a uma baliza axiológica que deve reger as relações entre governantes e governados, administradores e administrados, empregados e empregadores, pais e filhos, professores e alunos, médicos e pacientes, advogados e clientes, fornecedores e consumidores etc.(p.278)</p> <p>- A dignidade da pessoa humana, na qualidade de "núcleo essencial" da Carta de 1988, ou seja, enquanto valor que ostenta a maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico, do ponto de vista axiológico, não se resume apenas a um imperativo de natureza ética ou moral, mas configura um enunciado dotado de plena eficácia jurídica, achando-se, ademais, refletido em diversas normas de caráter positivo, formal e materialmente constitucionais. (p.278)</p> <p>- O que significa dignidade da pessoa humana, para que se possa, na sequência, responder se a norma impugnada nesta ação direta de inconstitucionalidade vulnera ou não esse valor essencial, mesmo porque, lembra Reale, "toda a interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa".⁵² Mas, para tanto, primeiro, será preciso estabelecer a sua natureza jurídica (p.280)</p> <p>- 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.(p.281)</p>
Ministro Cezar Peluso		
	Julgado	Comentários – Fragmentos dos Votos
1	ADI 3510	<p>- Alega a demandante, a Procuradoria-Geral da República, em substância, que tal autorização violaria o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, objetos respectivos do art. 5a, caput, e do art. 1a, inc. III, da Constituição Federal. (p.342)</p> <p>- Os objetos teóricos de pesquisas não traçam caminhos mutuamente excludentes. Considerando-se que, ao propósito, nenhuma das tecnologias conhecidas demonstrou cabal suficiência no sentido de esgotar as potencialidades científico- terapêuticas, fica desde logo</p>

		<p>claro que o estudo com as CTE é de todo em todo adequado e recomendável, na medida em que pode contribuir para promoção de objetivos e valores constitucionais legítimos, que são o direito à vida, à dignidade, à saúde e à liberdade de investigação científica. (p.345)</p> <p>- Na mesma direção, CLAUS ROXIN inclina-se a reconhecer certa forma de vida ao embrião, ao tempo em que lhe nega, porém, condição análoga à do homem nascido, por considerá-lo apenas uma <i>forma prévia</i> de pessoa: "É inquestionável que, com a união do óvulo e do espermatozoide, surge uma forma de vida que já carrega em si todas as disposições para tornar-se um homem futuro. Daí deduzo que um tal embrião tem de participar, em até certo grau, na proteção e na dignidade do homem já nascido". (...) (p.353/354)</p> <p>- E, deveras, tal poder, inerente à liberdade e ao domínio plenos que o ordenamento jurídico sempre reconheceu às pessoas sobre a produção e o uso das suas células reprodutivas presentes no esperma e no óvulo, ninguém o pode contestar ou negar, sem claro e gravíssimo insulto à dignidade humana. (p.372)</p>
2	ADPF 54	<p>Não me convence o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos os somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas. Esta é a razão jurídica fundamental por que não apenas as normas institucionais tutela a vida, porque, no instante em que, independentemente da classificação nosológica que se pudesse emprestar ao feto anencéfalo, o transformássemos em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (res) porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humana é sujeito de direito. (p.74)</p>
Ministro Marco Aurélio		
	Julgado	Comentários – Fragmentos dos Votos
1	ADI 3510	<p>Contrapõe-se à visão avessa à utilização dos embriões <i>in vitro</i> dado da maior importância considerado até mesmo predicado que transparece em desuso - a solidariedade. É fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Ora, o que previsto no artigo 5a da Lei nº 11.105/2005 objetiva, acima de tudo, avançar no campo científico para preservar esse fundamento, para devolver às pessoas acometidas de enfermidade ou às vítimas de acidentes uma vida útil razoavelmente satisfatória.(p.415)</p>
2	ADPF 54	<p>De um lado, encontram-se os argumentos em torno de valores inafastáveis no Estado Democrático de Direito, em sociedade que se diga estruturada e avançada, ou seja, a dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade – tornando de maneira ampla, como cabível, a alcançar a liberdade da autonomia da vontade – e o direito à saúde. (p.21)</p>