

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE.**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL.**

**FERNANDO MOREIRA REIS.**

**A JUSTICIABILIDADE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO PRESO  
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E ARGENTINA: UMA ANÁLISE DE  
DIREITO COMPARADO SOBRE RESTRIÇÕES A DIREITOS  
FUNDAMENTAIS.**

**NITERÓI.**

**2014.**

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE.**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL.**

FERNANDO MOREIRA REIS.

**A JUSTICIABILIDADE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO PRESO  
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E ARGENTINA: UMA ANÁLISE DE  
DIREITO COMPARADO SOBRE RESTRIÇÕES A DIREITOS  
FUNDAMENTAIS.**

Dissertação de mestrado apresentada à  
Universidade Federal Fluminense como  
requisito parcial para obtenção do título  
de Mestre em Direito Constitucional.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Eduardo Manuel Val.

Niterói.

2014.

**FERNANDO MOREIRA REIS.**

**A JUSTICIABILIDADE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO PRESO  
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E ARGENTINA: UMA ANÁLISE DE  
DIREITO COMPARADO SOBRE RESTRIÇÕES A DIREITOS  
FUNDAMENTAIS.**

Dissertação de mestrado apresentada à  
Universidade Federal Fluminense como  
requisito parcial para obtenção do título  
de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de março de 2014.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val (orientador)

Universidade Federal Fluminense

---

  

---

*A minha mãe, pela educação com que me presenteou;*

*A minha irmã; pelo incentivo acadêmico-científico;*

*A minha esposa, pela compreensão e pela cuidadosa revisão ortográfica do  
texto.*

## **AGRADECIMENTOS.**

Inicialmente, não só por protocolo, agradeço destacadamente ao meu orientador, Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, pela incessante dedicação e colaboração para a elaboração desta dissertação, que não cessou nem mesmo diante de seu luto. Todas as páginas desta dissertação não seriam suficientes para lhe agradecer pelo empenho pessoal que teve, não só para viabilizar a conclusão deste trabalho, mas, para além disso, para que eu me tornasse melhor como pessoa e professor. Por tudo isso meu sincero muito obrigado!

Ao Prof. Dr. Daniel Raizman, agradeço por todas as reflexões que me ajudou a formular sobre a pena e o papel do conceito de pessoa no Direito Penal, que contribuíram, significativamente, para as considerações que apresento nesta dissertação.

Ao Prof. Dr. Ivair Coelho Lisboa agradeço por todas as lições gratuitas e oportunas de filosofia e, no mais, pelo incentivo à carreira docente.

Agradeço, também, aos colegas de turma de Mestrado, por terem me propiciado as reflexões necessárias ao amadurecimento do tema em nossas “conversas de café”.

## **RESUMO:**

**REIS**, Fernando Moreira. *A Justiciabilidade Da Dignidade Da Pessoa Humana Do Preso Na Jurisprudência Brasileira E Argentina: Uma Análise De Direito Comparado Sobre Restrições A Direitos Fundamentais*.2014.

Esta dissertação, apresentada como requisito para a obtenção de título de mestre em direito, examina a possibilidade de serem individualmente justiciáveis as más condições carcerárias. A partir do método de direito comparado, são contrastadas as realidades jurídicas brasileira e argentina acerca das condições a que se submetem os presos, verificando-se qual o sentido normativo que a dignidade da pessoa humana assume em cada cultura contrastada. Tomando por base as reflexões da Teoria do Direito e da Criminologia, desenvolve-se uma análise do sentido que a dignidade da pessoa humana assume na jurisprudência brasileira e sua função justificante das más condições prisionais, propondo-se uma nova apropriação hermenêutica da dignidade da pessoa humana, apartada da noção kantiana de dignidade humana

## **Palavras-chave:**

Dignidade da pessoa humana no Brasil; Dignidade do preso no Brasil; Dignidade da pessoa humana na Argentina; Dignidade do preso na Argentina; sensibilidade ; honra e dignidade.

**ABSTRACT:**

This dissertation, submitted as a requirement for obtaining master's degree in law, examines the possibility of individually justiciable poor prison conditions. From the method of comparative law, are contrasted Brazilian and Argentine legal realities of the conditions to which prisoners are subjected, verifying what is the legal sensibility of human dignity in each culture contrasted. Based on the reflections of the Theory of Law and Criminology, develops an analysis of the meaning dignity on Brazilian jurisprudence and its justifying function of poor prison conditions, proposing a new hermeneutic appropriation of dignity human apart from the Kantian notion of human dignity.

**Key words:**

Human dignity in Brazil; Dignity arrested in Brazil; Human dignity in Argentina; Dignity arrested in Argentina; legal sensibility, honor and dignity.

## SUMÁRIO.

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10.</b>
<b>1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E NORMATIVIDADE.....</b>	<b>15.</b>
<b>1.1. A transição da dignidade da pessoa humana do plano filosófico ao plano jurídico-normativo.....</b>	<b>15.</b>
<b>1.2. A normatização da dignidade da pessoa humana no Brasil.....</b>	<b>31.</b>
<b>1.3. A normatização da dignidade da pessoa humana na Argentina.....</b>	<b>36.</b>
<b>2 A MITIGAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....</b>	<b>48.</b>
<b>2.1 Teoria dos Princípios - Uma Teoria Pós-liberal do Direito.....</b>	<b>48.</b>
<b>2.2 Teoria e Método das Restrições a Direitos Fundamentais.....</b>	<b>59.</b>
<b>2.3 O mínimo existencial e a reserva do possível – Restrições Pragmáticas e a Dignidade Humana.....</b>	<b>65.</b>
<b>3 PENA E O CONCEITO KANTIANO DE DIGNIDADE</b>	
<b>3.1 Dignidade da Pessoa Humana do Preso e a Crítica Sociológica e Criminológica.....</b>	<b>73.</b>
<b>3.2. Dignidade como Direito de Reconhecimento e Direito de Tratamento.....</b>	<b>91.</b>



<b>4 CONDIÇÕES CARCERÁRIAS E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E ARGENTINA.....</b>	<b>100.</b>
<b>4.1 Compreendendo a normatividade da proteção da dignidade do preso a partir da perspectiva comparada.....</b>	<b>100.</b>
<b>4.2 Análise crítica da jurisprudência brasileira a partir da comparação.....</b>	<b>108.</b>
<b>4.3 Contribuições para a uma nova compreensão hermenêutica da dignidade da pessoa humana.....</b>	<b>116.</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>122.</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>126.</b>
<b>7 OUTRAS REFERÊNCIAS.....</b>	<b>131.</b>

## INTRODUÇÃO.

Já há algum tempo nos intriga que ainda no século XXI as más condições do cárcere no Brasil sujeitem os detentos a condições de flagrante indignidade. Sempre nos ocorreu se seria possível ao preso invocar a dignidade da pessoa humana como causa de pedir remota para justificar uma pretensão indenizatória em face do Estado ou mesmo para exigir individualmente a melhoria das condições do cárcere.

Por mais que possa parecer, a princípio, óbvio que as condições experimentadas nos presídios brasileiros entram em rota de colisão com a interpretação menos literal da cláusula de proteção da dignidade humana, os julgados brasileiros não perfilham este entendimento, adotando teorias restritivas para afastar a justiciabilidade das condições do cárcere, frequentemente explicadas em máximas como tutela da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”<sup>1</sup>.

Estas preocupações nos levaram a refletir e pesquisar sobre dois problemas intrinsecamente ligados, aos quais se dedica esta dissertação: As condições de indignidade experimentadas pelos detentos no cárcere são individualmente “justiciáveis”? Cláusulas de restrições a direitos fundamentais podem ser utilizadas para afastar demandas individuais que tomem por causa de pedir as condições de indignidade na prisão?

Assumi como hipótese preliminar, que esperamos confirmar ao término deste trabalho, que cláusulas de restrições a direitos fundamentais, se utilizadas como esteio argumentativo para afastar a tutela individual das más condições do cárcere, vulneram a ideia de dignidade da pessoa humana e tornam sem eficácia sua proteção.

Nesta dissertação a explicação da hipótese, que explicará a hipótese, partirá da compreensão sobre que tipos de enunciados deônticos podem ser obtidos de um direito à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>1</sup> Convém esclarecer ao leitor, neste ponto, que a crítica que ora formulamos é (ou pretende ser) normativa, portanto toma por referências os discursos jurídico-normativos que legitimam, para o próprio Direito, a vedação a “justiciabilidade” individual das más condições do cárcere. Não desconsideramos, entretanto, que abordagens que incorporem dados sociais, especialmente a partir de pesquisas empíricas e com aporte da criminologia, descortinem motivações “não jurídicas” para os argumentos apresentados como razão de decidir em casos envolvendo litígios desta natureza, todavia, um estudo desta natureza foge aos objetivos e limites deste trabalho.

Para a demonstração da hipótese utilizamos aqui o método comparado, pois entendemos que a comparação suscita grandes vantagens para a compreensão dos fenômenos normativos.

Como explica DAMATTA:

*Apesar das diferenças e por causa delas, nós sempre nos reconhecemos nos outros e eu estou inclinado a acreditar que a distância é o elemento fundamental na percepção da igualdade entre os homens. Deste modo, quando vejo um costume diferente é que acabo reconhecendo, pelo contraste, meu próprio costume<sup>2</sup>.*

A compreensão de nossa realidade jurídica é mais bem realizada no contraste com outras experiências normativas, no “espanto” decorrente do encontro com o diferente, daí o emprego do método comparado de que faremos uso nesta dissertação.

A adoção do método comparado exige determinadas cautelas já que se corre o risco de cair nas armadilhas da língua e na dificuldade de compreensão dos significados reais de institutos jurídicos na realidade jurídica comparada<sup>3</sup>.

A nossa tentativa será, portanto de, no processo de comparação, buscar identificar o que GEERTZ chamaria de “sensibilidade jurídica”<sup>4</sup> da dignidade da pessoa humana e de suas restrições nas duas realidades comparadas, pretendemos identificar a compreensão local que cada cultura jurídica contrastada tem da normatização das dignidades e das justificações hermenêuticas próprias para restrições de aplicação da normatividade da dignidade da pessoa humana em relação às condições do cárcere.

Optamos por examinar a normatividade da dignidade do cárcere na realidade jurídica brasileira em contraste com a argentina. As más condições carcerárias não

---

<sup>2</sup> DAMATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 26/27.

<sup>3</sup> Vide ANCEL. Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado*. São Paulo: Fabris. 1980.

<sup>4</sup> GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis : Vozes, 1997..

constituem um fenômeno estritamente local, são, de outra via, um problema mundial, ao optarmos pela utilização da Argentina, isto nos permite dar um recorte regional ao problema, simplificando o processo de comparação.

Devemos dizer que a opção pela Argentina como realidade comparada justifica-se, também, pela ausência de trabalhos acadêmicos brasileiros que examinem a realidade estrangeira mais próxima de nós e indicamos, ainda, que a existência de dessemelhanças observadas preliminarmente nas referências legislativas concernentes à dignidade da pessoa humana, especialmente por se tratar de princípio constitucional implícito, motivaram, igualmente, a utilização da Argentina como paradigma comparativo.

A análise comparada se deteve, especialmente, sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores de cada uma das realidades contrastadas, como forma de simplificar, sem perda de conteúdo, o processo de comparação já que não será possível realizar, nesta oportunidade, uma “imersão” na cultura jurídica estrangeira.

A utilização da jurisprudência e da doutrina jurídica como suporte comparativo, que adotamos neste trabalho, elimina, ou ao menos diminui sensivelmente, problemas que poderiam advir da simples utilização de interpretação exegética dos textos legais estrangeiros.

Ao delimitar o material de pesquisa à jurisprudência dos Tribunais Superiores e da doutrina jurídica, pretendemos tomá-las como amostras que me permitam interpretar o sentido da dimensão normativa da dignidade da pessoa humana em cada realidade analisada.

No que se refere às premissas teóricas, adotamos três referenciais: um referencial metodológico de comparação; um referencial deontológico da dignidade da pessoa humana e um referencial das teorias de restrições a Direitos Fundamentais.

No plano metodológico, incorporamos como premissa teórica a antropologia interpretativa de GEERTZ<sup>5</sup>, de forma que este trabalho está fixado em uma percepção do Direito como uma dimensão da cultura, que pode ser mais bem compreendida a partir do contraste de sensibilidades jurídicas diferentes.

---

<sup>5</sup>GEERTZ, Cliford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis : Vozes, 1997

No que se refere à compreensão da dignidade da pessoa humana, utilizou-se como visão norteadora a compreensão TAYLOR<sup>6</sup> e BERGER<sup>7</sup> sobre a dignidade, de maneira que compreendemos a dignidade da pessoa humana, em seu sentido normativo, não como um fenômeno ontológico capturado pela normatividade, mas como uma construção social elaborada a partir de uma sequência de atribuições intersubjetivas, das quais o Direito participa, não só na condição de protetor, mas com uma peculiar função propiciadora.

As reflexões quanto às restrições a Direitos Fundamentais que aqui desenvolvemos, tomam por ponto de partida teórico as reflexões de ALEXY<sup>8</sup>, das quais me servirei para estabelecer uma crítica à utilização de cláusulas de restrições para justificar o afastamento a tutela individual das más condições carcerárias.

Partindo destas premissas teóricas, projetamos o desenvolvimento desta dissertação em quatro capítulos que servirão de base para resposta ao problema suscitado.

No primeiro capítulo expomos a trajetória do direito à dignidade da pessoa humana, da sua gênese na teoria filosófica iluminista até sua apropriação pelo constitucionalismo liberal característico do século XX. Por fim, são abordadas questões acerca da sua incorporação no Direito Positivo Brasileiro e Argentino.

O segundo capítulo se dedica à gênese das teorias pós-liberais, do direito que explicam o advento da teoria dos princípios, na qual se insere uma teoria das restrições a direitos fundamentais. Aqui são identificadas as principais dessemelhanças entre a utilização das restrições a direitos fundamentais na literatura jurídica brasileira e argentina.

No terceiro capítulo dissertamos sobre a possibilidade de que o cárcere tenha um caráter digno, diferenciando-se o caráter indigno da pena privativa de liberdade da indignidade das más condições do cárcere e contribuição desta distinção para a compreensão do âmbito normativo da dignidade.

---

<sup>6</sup> TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition*. [Online] 1992. [acessado em: 04 de 12 de 2012.] [http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics\\_of\\_Recognition.pdf](http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics_of_Recognition.pdf), p. 26.

<sup>7</sup> BERGER, Peter L. *On the Obsolescence of the Concept of Honor*, in MACINTYRE, ALASDAIR *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Notre Dame: University. 1983.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2.ed. 2008.

O quarto capítulo é dedicado ao exame da utilização de cláusulas de restrições incidentes sobre a dignidade da pessoa humana para afastar pretensões envolvendo as más condições do cárcere na jurisprudência brasileira e argentina. Encerra o capítulo uma análise crítica da jurisprudência brasileira a partir do contraste e da coerência com teorias sobre restrições a direitos individuais fundamentais, com uma breve contribuição para uma nova concepção hermenêutica do direito a dignidade da pessoa humana.

## **1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E NORMATIVIDADE.**

### **1.1. A transição da dignidade da pessoa humana do plano filosófico ao plano jurídico-normativo.**

Ainda que se possa cogitar do Direito como um sistema que criaria autonomamente sua própria realidade pela introdução de uma linguagem própria, mesmo o positivista mais convicto não poderia negar que as construções jurídicas têm como substrato a realidade sensível e a moral.

Esta afirmação se evidencia, sobremaneira, em relação à dignidade da pessoa humana, cuja dimensão normativa se afirma mesmo fora do Direito, sendo a sua resultante semântica um produto de uma longa elaboração da Ética moderna.

Sendo assim, um estudo acerca da utilização normativa da dignidade da pessoa humana e das restrições incidentes sobre este direito não pode ser realizado sem que haja uma abordagem de sua trajetória no campo das ideias filosóficas que compõem o próprio sentido de sua dimensão jurídico-normativa.

Para compreender aquilo que chamaremos de âmbito de normativo da dignidade da pessoa humana e se ela pode a amparar pretensões individuais daqueles submetidos ao cárcere, é imprescindível estabelecer os pontos iniciais de sua formulação teórica e seu sentido atual em um contexto jurídico.

De início é importante destacar que ao nos referirmos à dignidade como uma “formulação” teórica, como uma construção da Ética moderna, antecipamos uma parte de uma conclusão desta dissertação, já que, como sustenta ainda hoje a teoria jurídica, a dignidade da pessoa humana constituiria um dado ontológico, descoberto pelas luzes da filosofia.

A gênese da dignidade da pessoa humana parte da afirmação da condição humana como dotada naturalmente de uma especial qualidade que antecede o próprio Direito, o Estado e a sociedade.

A dignidade da pessoa humana implica, portanto, na perspectiva filosófica que a engendrou, em um algo que não é “construído” ou “formulado” no plano cultural, mas que é “reconhecido” ou “constatado” no plano real pelo avanço da ciência e da razão, mas que decorreria de nossa essência humana.

O primeiro pressuposto para a construção da ideia de dignidade da pessoa humana é a construção da ideia de uma essência humana, identificar o ser humano com uma transcendência a sua biologia, que lhe asseguraria um estatuto jurídico diverso das coisas e dos demais seres vivos.

Esta preocupação com a existência de uma natureza humana e com um estatuto daí decorrente, que devesse ser assegurado mesmo contra o Direito ou o Estado, não passou despercebido por ARISTÓTELES e pode ser observada na sua discussão acerca da escravidão.

Estas considerações evidenciam a natureza do escravo e sua função: um ser humano pertencente por natureza não a si mesmo, mas a outras pessoas, é por natureza um escravo; uma pessoa é um ser humano pertencente a outro se, sendo um ser humano, ele é um bem e um bem é um instrumento de ação separável de seu dono<sup>9</sup>.

ARISTÓTELES também situa a essência humana no plano do ser e também atribui direitos e prerrogativas ao indivíduo decorrentes da essência humana, entretanto, sua filosofia compreendia uma natureza humana de “escravo” e uma natureza humana de “senhor”. A submissão e o tratamento como coisa seria própria da natureza humana de “escravo”, enquanto a posição de “senhor” seria garantida por igual essência humana.

ARISTÓTELES admitia a possibilidade de que, na prática, os papéis de senhor e escravo fossem trocados, contrariando a natureza de cada um. Neste caso haveria uma injustiça, uma inconformidade com a natureza das coisas: *“É claro, portanto, que há casos de pessoas livres e escravas por natureza, e para estas últimas a escravidão é uma instituição conveniente e justa”*<sup>10</sup>.

Consideramos importantes as reflexões de ARISTÓTELES, pois demonstram a consolidação de uma ideia sem a qual a normatividade da dignidade da pessoa humana

---

<sup>9</sup> ARISTÓTELES. *Política*: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. [1254a]

<sup>10</sup> *Idem*



difícilmente teria sido elaborada: a de que existe uma essência humana que nos “habita”.

Note-se que neste raciocínio de ARISTÓTELES há uma inscrição em nossa natureza humana, existente para além das convenções, de uma condição de senhor e de escravo.

A natureza para ARISTÓTELES, acima das convenções, qualifica o ser humano, ora fazendo dele um escravo, ora fazendo dele um senhor. Esta ideia de uma entidade humana que é corporificada no indivíduo, que está presente no pensamento aristotélico, é crucial para compreender como a modernidade irá emprestar ao indivíduo à dignidade da pessoa humana.

Há um longo salto histórico para que se possa compreender a transição entre a ideia de essência humana, que poderia justificar, inclusive, a escravidão até a ideia de dignidade de pessoa humana que irá justificar a compreensão moderna de Direitos Humanos. Ambas partem da premissa maior de que existe uma natureza humana que determina direitos e prerrogativas, entretanto, enquanto a visão ARISTOTÉLICA comporta diferenças no gênero humano, a filosofia ocidental contemporânea, que irá fundamentar a dignidade da pessoa humana, identificará uma unidade neste mesmo gênero que não tolera distinções de tratamento.

A fixação da dignidade da pessoa humana, nos termos em que é normatizada hoje no mundo ocidental, como fundamento dos Direitos Fundamentais, encontra uma origem próxima no Iluminismo.

TAYLOR afirma que a noção de dignidade humana teria sido forjada a partir da substituição, ocorrida na modernidade, da noção de honra. A dignidade, traço das democracias modernas, seria um substitutivo da ideia de honra, base central das sociedades hierárquicas:

*We can distinguish two changes that together have made the modern preoccupation with identity and recognition inevitable. The first is the collapse of social hierarchies, which used to be the basis for honor. I am using honor in the ancient régime sense in which it is intrinsically linked to inequalities. For some to have honor in this sense, it is essential that not everyone have it.*

As against this notion of honor, we have the modern notion of dignity, now used in a universalist and egalitarian sense, where we talk of the

inherent “dignity of human beings,” or of citizen dignity. The underlying premise here is that everyone shares in it.<sup>11</sup>

BERGER também descreve o surgimento da noção da dignidade humana a partir da “obsolescência do conceito de honra”, definindo a ideia de dignidade humana a partir da libertação da identidade (do *self*) das instituições sociais<sup>12</sup>.

A ideia desenvolvida por ambos os autores é a de que a dignidade contemporânea corresponderia a uma percepção isonômica do gênero humano, que seria definida de forma independente das instituições sociais. Esta noção de dignidade corresponderia a um vínculo natural que nos une e nos faz sujeitos apenas em razão de nossa condição humana, decorrendo daí os modernos Direitos Humanos. Esta visão resultaria da crítica iluminista contra a noção de honra, que explicava o modelo hierárquico da sociedade absolutista, no qual a identidade do ser humano, determinada a partir de sua posição na estrutura social, era responsável pelo seu estatuto de prerrogativas.

BERGER resume esta transição da noção de honra para a ideia de dignidade da seguinte forma:

The concept of honor implies that identity is essentially, or at least importantly, linked to institutional roles. The modern concept of dignity, by contrast, implies that identity is essentially independent of institutional rules.

It is important to understand that it precisely this solitary self that modern consciences’ has perceived as the bearers of human dignity and of inalienable human rights.<sup>13</sup>

Em um Estado monárquico a sociedade estaria ancorada em uma percepção de honra, algo atribuído intersubjetivamente a determinadas características de um indivíduo que lhe permitiria fruir de prerrogativas não experimentadas por toda a coletividade.

---

<sup>11</sup> TAYLOR, Charles. Ob. Cit. p. 26.

<sup>12</sup> BERGER, Peter L. *On the Obsolescence of the Concept of Honor*, in MACINTYRE, ALASDAIR *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1983.

<sup>13</sup> BERGER, Peter L. *On the Obsolescence of the Concept of Honor*, in MACINTYRE, ALASDAIR *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1983.p. 177.

A substituição da noção de honra pelo conceito de dignidade da pessoa humana rompe o elo entre história e distribuição de direitos, introduzindo a natureza humana como fundamento da distribuição de privilégios.

Enquanto na sociedade hierárquica, baseada na noção de honra, os direitos são resultados de uma atribuição histórica, a ideia de dignidade do indivíduo retoma uma relação entre direito e a natureza. Este rompimento com a história é também assinalado por ARENDT, ao comentar a gênese dos direitos humanos:

Quando os Direitos do Homem foram proclamados pela primeira vez, foram considerados independentes da história e dos privilégios concedidos pela história a certas camadas da sociedade. Essa nova independência constituía a recém-descoberta dignidade do homem. (...) Os direitos históricos foram substituídos por direitos naturais, a “natureza” tomou o lugar da história, e se supunha tacitamente que a natureza era menos alheia à essência do homem do que a história.<sup>14</sup>

Ter honra significa ser reconhecido como melhor, como merecedor de maior consideração e respeito, e como consequência ter privilégios por decorrência de instituições sociais e políticas que estavam historicamente pré-determinadas.

A dignidade seria, ao contrário, uma construção moral cunhada a partir de uma filosofia que compreende todos os seres humanos como dotados de uma racionalidade natural que faz com que cada um seja reconhecido como um fim em si mesmo, sem que o indivíduo humano e seus direitos sejam definidos por instituições sociais, mas apenas em função da posse desta racionalidade que os qualifica como seres humanos.

A crítica iluminista às prerrogativas de honra e ao esquema hierárquico da sociedade absolutista é que desenvolverá as bases para a compreensão de uma distribuição de direitos e prerrogativas a partir do gênero humano.

A gênese, ou ao menos a tradução filosófica, desta noção de dignidade humana como decorrente de uma racionalidade, que explicaria o tratamento do indivíduo como uma finalidade do Direito é atribuída à KANT<sup>15</sup>, o que pode ser compreendido na seguinte passagem:

---

<sup>14</sup>ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras. 2012. p. 405.

<sup>15</sup> Inúmeros autores atribuem a autoria à KANT da ideia de dignidade da pessoa humana, por todos BARROSO, Luis Roberto. 'Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*. 2012, Vol. 35, 2.p. 358

Now I say: man and generally any rational being exists as end in himself, not merely as a means to be arbitrarily used by this or that will, but in all his action, whether they concern himself or other rational beings, must be always regarded at the same time as an end.

...

Beings whose existence depends not on our will but on nature's, have nevertheless, if they are irrational beings, only a relative value as means, and are therefore called things; rational beings, on the contrary, are called persons, because their very nature points them out as end in themselves, that it as something which must not be used merely means, and so far therefore restricts freedom of action (and is an object of respect)<sup>16</sup>.

Esse fragmento nos permite verificar como KANT reconhece, assim como ARISTÓTELES, uma essência humana, mas diversamente deste, determina a natureza humana pela posse da razão comum a todos os “Homens”.

Esta racionalidade distinguiria as pessoas das coisas. As coisas, por não serem dotadas de racionalidade, consistiriam apenas em meios para os seres racionais atenderem a sua vontade.

A racionalidade do homem permite a sua autodeterminação, daí ser possível, no pensamento kantiano, a ideia de que os seres racionais são um fim em si mesmo e não um meio para atendimento de fins. As coisas, diversamente, são determinadas pela natureza, logo são meios para atendimentos das vontades das pessoas.

A afirmação de que as pessoas constituiriam um fim em si mesmo inviabilizaria a utilização destas como meios para o atendimento de outras finalidades, tornando moralmente errado o seu tratamento como coisa, mas ao mesmo tempo igualando e dando uma unidade ao gênero humano que decorreria de sua condição de ser racional.

Este aspecto da filosofia kantiana, ao pressupor a dignidade da pessoa humana da racionalidade, que seria peculiar ao ser humano, rompe às bases teóricas justificantes da noção de honra, pois sendo a condição de pessoa decorrente da racionalidade e sendo esta racionalidade patrimônio comum do “Homem”, não se explica que possa haver distinção de prerrogativas entre pessoas. Daí a relevância deste contraste com a noção de honra para que possamos compreender a noção normativa de dignidade. A ideia de honra funda uma subjetividade que é dada em função do lugar ocupado pelo indivíduo

---

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. *Fundamental principles of metaphysics of moral*. Wilder publication 2008. p.45

na estrutura hierárquica que fundamenta a sociedade, a noção de dignidade, por contraste, funda uma subjetividade que decorre da condição de ser racional.

A substituição da noção de honra pela noção de dignidade impõe ao mesmo tempo o reconhecimento de três circunstâncias: a existência de uma essência humana que transcende à biologia; o reconhecimento de prerrogativas e direitos que se supõe serem coincidentes com essa condição humana; a isonomia entre os indivíduos que participam do gênero humano.

A disseminação destas três circunstâncias no senso comum implicará em uma significativa modificação da ética e da política, alterando-se claramente os padrões de comportamento e o fundamento do poder político estatal, que passa a ser enxergado a partir do conflito Estado-Indivíduo característico do liberalismo clássico.

Cria-se, a partir da teoria kantiana uma abstração de indivíduo que não está dado em função da sua genética, mas em função de sua especial qualidade de ser racional que o coloca com finalidade da experiência coletiva e no vértice do ordenamento jurídico.

Esta transcendência emprestada à dignidade humana, não se operou apenas em razão da teoria kantiana, mas foi também o resultado do aproveitamento de uma construção jurídica da publicística romana.

Como explica AGAMBEN<sup>17</sup>, foi o Direito e posteriormente a Teologia que tornou possível esta abstração, somente muito depois preenchida por seu significado filosófico. Segundo o autor, a expressão “dignidade” teria origem no Direito Romano, sendo identificada já no período da República.

No Direito Público Romano a indicação da autoridade, dos deveres e prerrogativas do agente público era feita em função da qualidade da *dignitas* ostentada pelo seu cargo. A *dignitas* designava, inicialmente, a honradez do cargo e não das pessoas que a titularizavam.

Somente no medievo é que os canonistas e glosadores formulariam uma teoria jurídica e teológica da dignidade, mas neste momento a dignidade estaria já dotada de um alto grau de abstração, muito transcendente à pessoa física ocupante do cargo.

---

<sup>17</sup> AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: estado de sítio (homer saccor III)*. Trad. Silvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

Segundo AGAMBEN quando a filosofia moral definiu o ser humano como transcendente ao ser biológico, em função da sua especial dignidade, teria apenas se apropriado do conceito de dignidade como transcendente ao indivíduo agente público. Afirma o autor:

Quando o termo dignidade passa a ser usado nos tratados de moral, eles nada mais fizeram do que reproduzir fielmente - a fim de o interiorizarem - o modelo da teoria jurídica. Da mesma maneira como se pressupunha que o comportamento e o aspecto exterior do magistrado ou do sacerdote (*dignitas* desde o início indica também o aspecto físico adequado a uma condição elevada e é, segundo os romanos, o que no homem corresponde a *venustas* feminina) deveriam estas em harmonia com sua condição, assim também agora essa espécie de forma oca da dignidade acaba sendo espiritualizada pela moral e usurpa o lugar e o nome da “dignidade” ausente. E da mesma forma que o Direito havia emancipado a condição da *persona ficta* em relação ao seu portador, também a moral - por um processo inverso e especular - separa o comportamento de cada indivíduo da posse de um cargo. Digna é assim a pessoa que, mesmo privada qualquer dignidade pública, em todas as circunstâncias se comporta como se a tivesse.<sup>18</sup>

O indivíduo, encarnando a *dignitas*, animado em seu corpo pelo espírito humano, necessitaria de um Direito e de um Estado capaz de proteger esta individualidade, algo que se tornou mais evidente no segundo pós-guerra, atuando o indivíduo, a partir de então, como o núcleo a ser protegido pela teoria política liberal.

Este é, por exemplo, o elemento justificante da Política em que está em DWORCKIN:

O conceito central de minha argumentação será o conceito não de liberdade, mas de igualdade. Presumo que todos aceitamos os seguintes postulados de moral política. O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito.<sup>19</sup>

Note-se que esta visão liberal, predominante no constitucionalismo do pós-guerra, contrasta com outras visões aparentemente coincidentes, mas que optam não por

<sup>18</sup> AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: estado de sítio (homer saccar III)*. Trad. Silvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008. p.74.

<sup>19</sup> DWORCKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo 2002. p. 421.

tomar o indivíduo como um fim em si mesmo e que prescindem da dignidade da pessoa humana como elemento justificante da ordem estatal.

É o que ocorre, por exemplo, no utilitarismo na forma desenvolvida por STUART MILL, que embora examinando a tensão coletivo vs indivíduo e mesmo enxergando certa prevalência das liberdades individuais sobre o interesse coletivo, parte de uma premissa que nega o reconhecimento de uma necessária transcendência do gênero humano:

O objetivo deste ensaio é asseverar um princípio muito simples, que se destina a reger em absoluto a interação da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coação e controle, quer os meios usados sejam a força física, na forma de punições legais, quer a coerção moral da opinião pública. É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação do outro, é a autoproteção.<sup>20</sup>

...

É conveniente afirmar que dispenso qualquer vantagem que poderia resultar para o meu argumento da ideia de um direito abstrato, como uma coisa independente da utilidade.

...

Defendo que esses interesses legitimam a subordinação da espontaneidade individual ao controle externo apenas no caso daquelas ações de cada um em que dizem respeito aos interesses das outras pessoas.<sup>21</sup>

A visão utilitarista, mesmo na de MILL, ao sustentar uma abstenção estatal geral, não o faz pelas mesmas bases do constitucionalismo moderno, pois o constitucionalismo liberal do final século do XX encontrará o seu limite no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como elemento abstrato antecedente ao próprio poder constituinte.

Esta absorção e subserviência do coletivo a limites transcendentais erigidos pelo Direito é o que NEGRI indica como a característica da modernidade:

Do ponto de vista da ideologia constitucionalista liberal, com efeito, o poder constituinte é explicitamente submetido ao fogo da crítica e à limitação institucional. Através de uma análise que desmascara – ou

---

<sup>20</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2011. p.35.

<sup>21</sup> *Idem*

pretende desmascarar – toda pretensão soberana da comunidade. O Constitucionalismo apresenta-se como teoria e prática do governo limitado: limitado pela organização do poder constituinte pela lei.<sup>22</sup>

A existência de uma especial dignidade oponível ao Poder Político é apresentada por MATTEUCCI:

Mesmos as revoluções devem se curvar à supremacia da lei (...) o poder constituinte, como poder último, deve se legitimar através de sua expressão num procedimento legal; este fato histórico originário não é justificado apenas pela obediência, mas pelo seu modo de expressão jurídica, modo este cuja a formalização garante o poder constituinte do povo. Assim também todo o processo constituinte é regulamentado pelo direito, e não existem fatos normativos: nem como poder constituinte baseado numa formação que consegue se fazer obedecer, nem como constituição material realizada através da prática da classe política; Pois a constituição não é um ato de governo, mas antes um ato do povo.<sup>23</sup>

Mas o constitucionalismo liberal avança em limitar o poder constituinte ainda para submetê-lo ao sistema axiológico presente na sociedade na qual o Direito se insere.

Assim é que, por exemplo, para BACHOF é possível falar em inconstitucionalidades de normas constitucionais, quando conflitam com o sistema axiológico que estaria anteposto ao constituinte.

A favor da incorporação na «Constituição» milita, a meu ver, a circunstância de o direito supralegal ser imanente a toda a ordem jurídica que se reivindique legitimamente deste nome e, portanto, também, e até mesmo em primeira linha; a toda a ordem constitucional que queira ser vinculativa<sup>24</sup>.

Podemos identificar a existência de limites ao coletivo também em FRANCO, que pressupõe a existência de direitos antecedentes ao constituinte e ao Estado:

Quando o poder constituinte funciona nos momentos de crise, não podemos estabelecer as suas origens jurídicas senão apelando para as definições de Direito Natural. Esposando a tese sociológica dos fundamentos do Direito Natural, diremos que certas regras de Direito Público objetivo, prevalentes na consciência coletivas do povo, segundo dados da sua cultura, evolução econômico-social e outros fatores se exprimem inelutavelmente através dos órgãos que encarnam, no momento, a soberania nacional (uma Assembléia

<sup>22</sup> NEGRI, Antônio. *O poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002. p. 20.

<sup>23</sup> MANTEUCCI, Nicolas. *La costituzione americana e Il modernor costituzionalismo*. Il mulino, 314, ano 36, 6, 1987. p. 892 APUD: NEGRI, Antônio. Ob. Cit.p.20.

<sup>24</sup> BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida editora, 1922, p. 68.



Constituinte, um soberano, um ditador) por meio de normas positivas de Direito Constitucional, que traçam então as competências dos poderes constituídos, inclusive o constituinte ordinário ou instituído.<sup>25</sup>

Esta compreensão da dignidade da pessoa humana, como transcendente a biologia humana e oponível ao Estado, justificante da ordem política, da isonomia e das liberdades individuais é que irá transitar da Ética e da Política para o Direito e irá se estabelecer como norma estruturadora da ordem jurídica.

É o que se observa, por exemplo, em BARROSO:

Human dignity is a multi-faceted concept utilized in religion, philosophy, politics, and law. There is a reasonable consensus that it constitutes a fundamental value that underlies constitutional democracies generally, even when not expressly written in constitutions. In Germany, the dominant view is that human dignity is an absolute value that prevails in any circumstance.<sup>26 27</sup>

É, também, o que se encontra em geral nos tratados de Direito Constitucional brasileiros, que absorveram esta ideia de que a dignidade da pessoa humana constituiria um substrato ético que explicaria a existência de todos os direitos fundamentais e que explicaria, a partir do indivíduo, o objetivo do Estado.

No mesmo sentido afirma a MORAES:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>28</sup>

Este caráter naturalístico da dignidade da pessoa humana fica ainda mais claro na doutrina de AFONSO DA SILVA:

<sup>25</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: forense, 1968, Vol. 1. p. 119.

<sup>26</sup> BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p. 354.

<sup>27</sup> O autor divulgou, anteriormente, versão provisória em português do texto, disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/2010/12/LRBarroso-A-dignidade-da-pessoa-humana-no-Direito-Constitucional-contemporaneo.pdf> (último acesso em 16/09/2013)

<sup>28</sup> MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 16

A dignidade da pessoa humana [como já escrevi de outra feita] constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza. Por conseguinte, a interpretação constitucional não tem outra missão senão a de prestigiá-la, com o que se estará dando primazia a todos os direitos fundamentais do homem.<sup>29</sup>

Mas o que frequentemente passa despercebido por esses autores é que nesta concepção jurídico-normativa da dignidade, o conceito ético perde sua substância, já que, quando transposto ao Direito, a sua normatividade exigirá um juízo de ponderação e comportará restrições, que representam, em última análise, sua limitação pelo Estado.

Isto porque o Direito da pós-modernidade é também marcado pela ambivalência, que BAUMAN<sup>30</sup> identifica como a característica de nosso tempo. A dificuldade de se estabelecer conceitos tão estáveis e absolutos como a dignidade da pessoa humana modificará a forma como sua dimensão normativa será aplicada.

Há uma crise contemporânea da teoria jurídica liberal, exatamente, porque esta noção estável e ôntica de dignidade da pessoa humana, sobre qual se baseia a teoria jurídica liberal, tem dificuldade de sobreviver a crítica ao humanismo e ao individualismo que marcam o final do século XX.

Mesmo autores como HABERMAS, afastam-se da visão liberal centrada na condição racional do homem proposta por KANT, como afirma DALLMAYR:

Curiosamente, a crítica do humanismo (no sentido de micro e macrossujeitos) também recentemente tem se infiltrado na posição de um pensador não suspeito de quaisquer afinidades pós-modernas: Jüger Habermas. Ao desenvolver seu modelo de uma “democracia deliberativa” – supostamente ao corrigir tanto os defeitos das variantes liberais como os das republicanas – Habermas discorda das premissas humanistas (ou centradas no sujeito) existentes nessas duas concepções.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. *I Seminário de Direito Constitucional Administrativo de 30 de maio a 03 de junho de 2005*. Disponível em [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03\\_06\\_05/jose\\_afonso1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm). Último acesso em 24/04/2013.

<sup>30</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999.

<sup>31</sup> DALLMAYR, Fred. *Para além da democracia fugidia*. In SOUZA, Jessé. *Democracia hoje – novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UNB. 2001. p. 27.

Como reconhece HALL<sup>32</sup>, cinco grandes desenvolvimentos teóricos da modernidade foram responsáveis pela “descentração do sujeito” operada no final da modernidade: a tradição do pensamento marxista redescoberto na década de 60; a explicação do inconsciente de Freud; o estruturalismo linguístico de Ferdinand Saussure; o desenvolvimento da ideia do “poder disciplinar” de Foucault e o feminismo e os movimentos sociais dos anos 60.

O marxismo ao substituir a ideia de indivíduo pela de relações sociais como vértice da sociedade, abala as estruturas teóricas da ética kantiana pela eliminação da ideia de que haveria uma essência humana em cada indivíduo:

O estruturalista marxista Louis Althusser (1918-1989) afirmou que ao colocar as relações sociais (modos de produção, exploração da força de trabalho, os circuitos do capital) e não uma noção abstrata de homem no centro de seu sistema teórico. Marx deslocou duas proposições-chave da filosofia moderna: que há uma essência universal de homem; que essa essência é o atributo de “cada indivíduo singular”, o qual é seu sujeito real.<sup>33</sup>

A compreensão de Freud sobre o inconsciente seria o responsável por desconstruir a razão como a orientação do ser humano, que atinge em cheio o principal argumento kantiano da existência de uma especial qualidade de ser humano:

O segundo dos grandes “descentramentos” no pensamento ocidental do século XX vem da descoberta do inconsciente de Freud. A teoria de Freud de que nossas identidades, nossa sexualidade e a estrutura de nossos desejos são formadas com base em processos psíquicos e simbólicos do inconsciente que funciona de acordo com uma “lógica” muito diferente daquela Razão, arrasa com o conceito do sujeito cognoscente e racional provido de uma identidade fixa e unificada.<sup>34</sup>

A estabilidade da ideia de dignidade da pessoa humana, deste indivíduo uno que se despe da biologia para assumir uma identidade congênere de sua humanidade, é também conflitada pela Linguística de Saussure e suas conclusões sobre significante e significado, conforme conclui HALL:

O significado é inerentemente instável: ele procura o fechamento (a identidade), mas ele é constantemente perturbado (pela diferença). Ele está constantemente escapulindo de nós. Existem sempre significados suplementares sobre os quais não temos qualquer controle, que

---

<sup>32</sup> HALL, Stuart. *A identidade cultural na pos-modernidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: DPA, 2003. pp 34-46.

<sup>33</sup> *Idem*. p.35.

<sup>34</sup> *Ibidem*. p.36.

surgirão e subverterão nossas tentativas para criar mundos fixos e estáveis.<sup>35</sup>

A teoria de Foucault também provoca uma desestabilização desta relação entre poder do coletivo e indivíduo, provando que a individualidade humana seria antes moldada pelo poder disciplinar exercido pelo “coletivo”:

O objetivo do “poder disciplinar” consiste em manter “as vidas, as atividades, o trabalho, as infelicidades e prazeres do indivíduo”, assim como sua saúde física e moral, suas práticas sexuais e sua vida familiar, sob estrito controle e disciplina, com base no poder dos regimes administrativos, do conhecimento especializado dos profissionais e no conhecimento fornecido pelas “disciplinas” das Ciências Sociais. Seu objetivo básico consiste em produzir um ser humano que possa ser tratado como um corpo dócil.

O que é particularmente interessante, do ponto de vista da história do sujeito moderno, é que, embora o poder disciplinar seja o produto das novas instituições coletivas e de grande escala da modernidade tardia, suas técnicas envolvem uma aplicação do poder e do saber que “individualiza” ainda mais o sujeito envolve mais intensamente o seu corpo.<sup>36</sup>

Por último, na perspectiva de HALL, os movimentos sociais dos final dos anos 60, especialmente o “feminismo”, revelam uma desconstrução do modelo individualista que caracteriza a teoria liberal:

Mas o feminismo teve também uma relação mais direta com o descentramento conceitual do sujeito cartesiano e sociológico:

Ele questionou a clássica distinção entre “dentro” e o “fora”, o “privado” e “público”. O slogan do feminismo era: o pessoal é o político.

Ele abriu, portanto, para a contestação política e social: a família, a sexualidade, o trabalho doméstico, a divisão doméstica do trabalho, o cuidado com as crianças, etc.

Ele também enfatizou como uma questão política e social, o tema da forma como somos formados e produzidos como sujeitos generificados. Isto é ele politizou a subjetividade, a identidade e o processo de identificação (como homens/mulheres; mães/pais; filhos/filhas)

Aquilo que começou como um movimento dirigido à contestação da posição social das mulheres expandiu-se para incluir a formação das identidades sexuais e de gênero.

---

<sup>35</sup> HALL, Stuart. Ob. Cit, p.41.

<sup>36</sup> *Idem.* p. 42/43.

O feminismo questionou a noção de que os homens e as mulheres eram parte da mesma identidade, a “Humanidade”, substituindo-se pela questão da diferença sexual<sup>37</sup>.

Essas cinco teorias causam grandes modificações na teoria filosófica no Direito contemporâneo, minando a visão de dignidade da pessoa humana como algo decorrente de alguma essência abstrata que seria o limite normativo da atuação estatal.

Atingido já pela modificações na teoria social, o liberalismo sofrerá ainda com a crítica formulada pelo Comunitarismo das décadas de 80/90.

A ampliação do rol de direitos individuais decorrente dos inúmeros movimentos sociais surgidos após o final da década de 60, imporá uma necessidade de se repensar como resolver o problema da ampliação abrupta das reivindicações por direitos individuais. A existência de diversas individualidades e identidades, reclamará para cada qual um conjunto amplíssimo de direitos individuais.

Esta colidência de “visões de mundo” criará obstáculos para a persistência da teoria liberal, pois abalará a forma pela qual o liberalismo entende a igualdade e a liberdade.

A premissa liberal de que todos somos iguais e, portanto, devemos ser tratados com igual consideração pelo Estado, e mesmo protegido deste, não se sustentará diante da afirmação social de que as pessoas são diferentes e das reivindicações por diversidade de tratamento.

Este tipo de crítica é que levará RAWLS a desenvolver uma nova teoria contratualista para o liberalismo, que o permita explicar a nova dinâmica social, como se percebe em seu *Justiça e Democracia*:

Em conclusão, o problema do liberalismo político é saber como uma sociedade democrática estável e justa, composta por cidadãos livres e iguais, mas profundamente divididos por doutrinas – religiosas, filosóficas e morais – incompatíveis entre si, pode existir de maneira durável. Dito de outra forma, como é possível que doutrinas profundamente opostas, cada uma delas querendo ser abrangente, coexistam e apoiem a concepção política representada pela democracia constitucional? Quais são as estruturas e o conteúdo de uma concepção política capaz de obter o apoio de tal consenso por justaposição?<sup>38</sup>

<sup>37</sup> HALL, Stuart. Ob. Cit. p. 45/46.

<sup>38</sup> RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, p. X.

Entretanto, a incapacidade do liberalismo<sup>39</sup>, ainda que na concepção de RAWLS, de constituir uma teoria política capaz de solucionar os problemas decorrentes destas alterações na estrutura social, permitiu que o *Comunitarismo* surgisse como uma tentativa de resolver estes dois problemas.

O Comunitarismo proporá duas soluções a esta crise, que serão responsáveis por abalar dois postulados importantes do liberalismo: a de que não existe uma precedência imanente de direitos individuais sobre deveres para com a coletividade, os quais devem ser equilibrados; e o postulado de que não existe uma essência humana natural, mas que nossa identidade humana é na verdade um produto da cultura e não da razão.

Como explica DA SILVA:

O comunitarismo emergiu na década de 1980, nos Estados Unidos, como um resposta às limitações das teorias liberais e sua prática, tendo passado a permear os fundamentos de inúmeras políticas públicas e iniciativas da sociedade civil organizada, naquele país, a partir da corrente década de 90.

Seus temas dominantes são:

- a) Indivíduos autônomos não existem isoladamente mas são moldados por valores e pela cultura da comunidade na qual vivem
- b) Direitos individuais precisam ser balanceados com responsabilidades sociais

Anote-se de plano que a crítica ao liberalismo individualista desenvolveu-se, no início, especialmente pela ênfase que a sociedade norte-americana passou a dar, unilateralmente, à questão dos direitos civis ou individuais – após o período da chamada “revolução dos direitos”, ocorrida nas décadas de 60 e 80 -, descurando-se de indagar quem iria arcar com o incremento exagerado de tais direitos e se estes guardavam conformidade aos valores albergados por seus verdadeiros destinatários, nos casos de conflitos concretos, ou mesmo no plano abstrato das normas.<sup>40</sup>

Os argumentos comunitários irão somar-se as demais mudanças operadas pelas teorias sociais para produzir uma ressignificação dos institutos liberais, forçando o Direito a negar a precedência absoluta de qualquer direito individual e sujeitando-os a uma disputa dialética com outros direitos individuais e sociais para se verem afirmados em cada caso concreto.

<sup>39</sup> Argumentos comunitaristas contra a interpretação liberal de Rawls podem ser identificados em SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press. 1998.

<sup>40</sup> SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitária ao liberalismo. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). 2.ed. Rio de Janeiro: 2001. pp 199/200.

A normatividade da dignidade da pessoa humana sofrerá, especialmente, com esta ressignificação, pois ao se incorporar ao Direito, esta especial dignidade do humano terá sua normatividade limitada por restrições impostas pelo discurso jurídico normativo, decorrentes do conflito da cláusula de proteção da dignidade com outros direitos sociais. Uma vez que a dignidade está agora despida de sua precedência absoluta, sua prevalência dependerá de algum esforço argumentativo <sup>41</sup>.

A normatização da ideia de dignidade humana redundará assim, na contemporaneidade, como examinaremos melhor no capítulo 2, em um paradoxo: a dignidade da pessoa humana é encarada pelo Direito como um limite ao Estado e, portanto, ao Direito, porém ao ser transportada do plano exclusivamente filosófico para o plano normativo, é a dignidade que acaba sendo limitada em sua aplicação pelo Direito e pelo Estado, daí a necessidade do exame que fazemos nesta dissertação de como se operam essas restrições sobre direitos fundamentais.

## **1.2. A normatização da dignidade da pessoa humana no Brasil .**

Antes de abordar as restrições normativas às quais se submete a dignidade da pessoa humana na jurisprudência comparada, pensamos ser necessária uma explicitação do *iter* de incorporação da dignidade da pessoa humana ao direito positivo das realidades jurídicas comparadas.

Cabe aclarar, antes de examinar o processo de normatização da dignidade no Brasil e na Argentina, que a compreensão política liberal, a qual se vincula a ideia de dignidade da pessoa humana, irá se desenvolver de forma diversa na prática constitucional dos países latino americanos, porquanto, entre nós, a estabilidade política exigiu um acordo liberal-conservador, como assinala GARGARELLA:

En Latinoamérica, los liberales temieron al populismo, pero no lo tuvieron – habitualmente – como rival a la hora de embarcarse en el

---

<sup>41</sup> Em sentido diverso DELMAS-MARTY situa a normatização da dignidade da pessoa humana em termos absolutos, explicando que seriam insuscetíveis, *a priori*, de qualquer ponderação de interesses. Ver DELMAS –MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes 1994. p 184.

proceso de creación constitucional. Más bien, y por el contrario, los liberales se sintieron obligados a discutir, negociar y conciliar con el conservadorismo, frente al cual acostumbraron a ceder muchas de sus pretensiones.<sup>42</sup>

Entretanto, a despeito de diferenças circunstâncias entre o liberalismo europeu e norte americano, as constituições do Brasil e da Argentina possuem caráter liberal, representado, especialmente, na sua normatização da dignidade da pessoa humana como veremos adiante, a começar pelo Brasil.

A Constituição de 1988 foi a primeira, na trajetória constitucional brasileira, a consagrar a dignidade da pessoa humana explicitamente em seu texto constitucional e o fez a partir do reconhecimento da condição humana como atribuidora de prerrogativas que se antepunha ao próprio Estado.

A Assembleia Constituinte de 1987-1988 sofreu notável influência liberal na sua elaboração. Esta visão liberal era assumida por uma parte expressiva dos constituintes o que se percebe de alguns excertos de debates do processo da constituinte:

CONSTITUINTE LISÂNEAS MACIEL: Não é acidental o conteúdo inicial da nossa proposta de Constituinte; tinha uma determinada linha filosófica. Primeiro, a pessoa humana, com sua dignidade, a sua liberdade. Em segundo lugar, vinha o povo, com a sua soberania' e o exercício dessa soberania foi consagrado no art. 2º. O de uma proposta que atravessou até o Primeiro Substitutivo Cabral atravessou até aquele momento essa idéia de que o povo é a fonte primária do poder, e nós, representantes do povo, mandatários, tínhamos a obrigação de prestar contas a esse povo e procurar entender as suas prioridades, as suas prerrogativas e, sobretudo, seus anseios maiores. Então, esta Constituinte nasce sob um mau signo.<sup>43</sup>

CONSTITUNTE JOSÉ PAULO BISOL: Meus amigos Constituintes, prestem atenção, porque isso está acima de ideologias partidárias. Antes de falarmos em Estado, precisamos falar na pessoa humana e na sua dignidade. E é por isso que colocamos como art. 1º a referência de que o fundamento da Nação brasileira é a dignidade da pessoa humana. Tivemos essa preocupação. Como a pessoa humana é o pressuposto ontológico do povo, passamos não da pessoa humana para o Estado, mas da pessoa humana para o povo. O povo e sua soberania. Mas não de uma forma vazia, meramente referencial. A única emenda que coloca a soberania do povo de forma concreta é esta que estou oferecendo a V. Ex.as Ali, colocamos que a soberania pertence ao povo. E substituímos, Sr. Presidente, o mais infeliz dos princípios constitucionais elaborado na História da América Latina: "Todo o

<sup>42</sup> GARGARELLA, Roberto. Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo em américa ( 1776-1860). Buenos Aires: siglo XXI editora iberoamericana, 2008, p.217.

<sup>43</sup> BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 27 de Janeiro de 1988 – Suplemento “C”, p. 856.



poder emana do povo e em seu nome é exercido" - princípio este que serviu de fundamentação ideológica para todos os golpes de estado que aconteceram neste País desde que o princípio foi estabelecido. É um princípio que atribui aos golpistas uma competência supraconstitucional.<sup>44</sup>

Durante os debates da constituinte a referência à expressão “todo poder emana do povo” foi associada ao caráter autoritário dos regimes que antecederam a promulgação do atual texto constitucional, de forma que os debates sobre a função do Estado incorporaram a dimensão da dignidade da pessoa humana.

Durante a constituinte prevaleceu a ideia de que o fundamento da comunidade política democrática que se queria formar não poderia ser apenas a vontade da maioria, devendo ser preservado o indivíduo.

O texto aprovado acabou por incorporar a dignidade da pessoa humana como razão justificante da comunidade política formada naquele ato, como se verifica na atual redação da constituição art. 1º, III.

A ideia de fundamentar o Estado na dignidade da pessoa humana apareceu já na redação sugerida pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, no anteprojeto Afonso Arinos. Dispunha o anteprojeto que:

Art. 1º. O Brasil é uma República Federativa, fundada no Estado Democrático de Direito e no governo representativo, para a garantia e a promoção da pessoa, em convivência pacífica com todos os povos.<sup>45</sup>

A discussão da matéria na Assembleia Constituinte ficou a cargo da Comissão de Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. A referida Comissão foi dividida em três subcomissões: Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; Subcomissão Dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais.

O procedimento nas subcomissões consistiu na apresentação de um anteprojeto preliminar, feito por um relator designado pelo presidente de cada subcomissão. Apresentado o anteprojeto do relator este era submetido à discussão na subcomissão, de onde se extraía um anteprojeto a ser apresentado à Comissão.

---

<sup>44</sup> BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 27 de Janeiro de 1988 – Suplemento “C”, p. 894.

<sup>45</sup> BRASIL. Diário Oficial da União de 26 de setembro de 1986 – Suplemento especial ao nº 185.p.5.

Cada um dos três projetos das subcomissões foi submetido à Comissão de Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher para debate, visando à aprovação de um anteprojeto a ser submetido à Comissão de Sistematização.

A Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais tinha como presidente o constituinte Luiz Viana Neto e como relator o constituinte João Hermann Neto e aprovou um artigo primeiro, sem referência a dignidade da pessoa humana como elemento constitutivo do agrupamento político:

Art. 1º. O Brasil é uma República democrática, representativa, constituída pela vontade popular numa Federação indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.<sup>46</sup>

Repetia-se assim, essencialmente, a regra das constituições anteriores.

A Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais não se ocupou de um artigo enunciador do fundamento da Organização política.

Somente na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, é que se fincou a ideia de que o Estado deveria estar fundado na dignidade da pessoa humana. A redação final da Subcomissão, que teve como presidente o constituinte Maurílio Ferreira Lima do PMDB/PE e como relator o constituinte Lysâneas Maciel do PDT/RJ, incorporou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado. A redação final da Subcomissão foi a seguinte:

O Brasil é uma República soberana, fundada na nacionalidade e dignidade de seu povo e empenhada na formação de uma sociedade na qual o acesso aos valores fundamentais da vida humana seja igual para todos.<sup>47</sup>

As redações foram então discutidas na Comissão de Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, incumbindo ao constituinte José Paulo Bisol do PMDB/RS o relatório final da comissão, conferindo-se a seguinte redação:

Art. 1º - O Brasil é uma nação fundada na comunhão dos brasileiros, irmanados num povo independente que visa a construir uma sociedade livre, justa e solidária, segundo sua índole e a determinação de sua vontade.

---

<sup>46</sup> BRASIL. Assembleia nacional Constituinte (vol. 70). Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher: Subcomissão da nacionalidade da soberania e das relações internacionais. Anteprojeto de Constituição. p.2.

<sup>47</sup> BRASIL. Assembleia nacional Constituinte (vol. 74). Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher: Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. p.5.

Art. 2º - O fundamento da comunhão nacional é a dignidade da pessoa humana, cujos direitos fundamentais são intocáveis.<sup>48</sup>

O anteprojeto da Comissão, assinado por Bisol, acabou sofrendo muitas mudanças na comissão de sistematização. A primeira redação da Comissão de Sistematização, dada pelo relator Bernardo Cabral – PMDB/AM, transferia os fundamentos do Estado para o artigo 2º e restringia a dignidade da pessoa humana nos casos de estado de sítio e o estado de defesa:

Art. 2º A República Federativa do Brasil é constituída, sob regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, e tem como fundamentos:

...

IV – a dignidade intangível da pessoa humana, assegurada pela impossibilidade constitucional, de restrições ao pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais, ressalvado o estado de sítio e o estado de defesa;

A redação atual só foi incluída no texto após a apresentação das emendas populares e dos constituintes, constando já do primeiro substitutivo do anteprojeto da comissão de sistematização que:

Art. 2º - A Republica Federativa do Brasil constituída sob regime representativo pela união indissolúvel dos Estados, tem como fundamentos a soberania, a nacionalidade, a cidadania, a dignidade das pessoas e o pluralismo político.<sup>49</sup>

No segundo substitutivo da comissão de sistematização desaparecem as restrições decorrentes em caso de estado sítio e estado de defesa, mantido o texto no mais e acrescentada a cláusula da soberania popular, deslocando-se os fundamentos para o artigo primeiro:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, constituída sob regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados e do Distrito Federal, visa a construir uma sociedade livre, justa e solidária, e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade das pessoas e o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> BRASIL. Assembleia nacional Constituinte (vol. 74). Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher: Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. p.5.

<sup>49</sup> BRASIL. Assembleia nacional constituinte (vol. 219). Anteprojeto da Comissão de sistematização. p.3.

<sup>50</sup> BRASIL. Assembleia Nacional constituinte. Primeiro substitutivo da Comissão de sistematização. p.3

O texto do projeto final aprovado na comissão de sistematização é muito parecido com a atual redação final aprovada no plenário da constituinte. Da redação final da Comissão de Sistematização constou:

Art. 1º A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, visa a construir uma sociedade livre, justa e solidária e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade das pessoas e o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o emana do povo, que o exerce diretamente, nos casos previstos nesta Constituição, ou por intermédio de seus representantes eleitos.<sup>51</sup>

Veja-se que as ideias que transitaram na cabeça do constituinte de 87/88 estavam inspiradas pela compreensão de que a Dignidade da Pessoa Humana antecederia ao Estado e o Direito, tal qual primeiramente assentado nas ideias filosóficas kantianas, entretanto esta absorção pelo Direito se dá no sentido de uma captura que submeterá, na evolução jurisprudencial, a dignidade da pessoa humana ao enquadramento no discurso jurídico-normativo<sup>52</sup>.

### **1.3. A normatização da dignidade da pessoa humana na Argentina.**

A “positivação” da dignidade da pessoa humana na Constituição Argentina é resultado de um processo bastante diferente do que ocorreu no Brasil, já que também a história constitucional argentina é muito singular, o que implica na necessidade de inserir no início deste capítulo um panorama para melhor compreensão.

Diversamente do que ocorreu com o Brasil a Constituição Argentina atual não foi integralmente promulgada em um único processo constituinte, sendo o resultado de uma elaboração histórica, que implicou em sucessivas reformas constitucionais sobre o texto de sua única constituição, a Carta de 1853, que marca o início da existência da Federação Argentina.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Assembleia Nacional constituinte. Primeiro substitutivo da Comissão de sistematização. p.3

<sup>52</sup> Em sentido diverso, defendendo uma interpretação histórica “comunitária” da constituição de 1988, ver CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013

A Constituição Argentina de 1853 foi aprovada na província de Santa Fé, promulgada por representantes provinciais, recebendo grande inspiração do manifesto *Bases y Puntos de Partida para Organización de La República Argentina*, escrito por Juan Bautista Alberdi.

Alberdi era um ideólogo liberal e grande admirador da Constituição Norte-Americana<sup>53</sup>, portanto, sua influência determinará já na Constituição Argentina de 1853, um compromisso com aspirações liberais.

Esta característica liberal da Constituição de 1853, que decorreria da influência de Alberdi, foi também assinalada por QUINTANA:

Siguiendo los lineamientos generales de la Constitución norteamericana, pero teniendo especialmente en cuenta la realidad y los antecedentes nacionales, además de las conclusiones de la ciencia política y los principios del derecho constitucional comparado, el Congreso constituyente reunido en Santa Fe, en 1853 sancionó la Constitución argentina, sobre las Bases sentadas por Alberdi - justiceramente llamado de el Padre de la Constiución por la notable influencia que ejerció sobre esta<sup>54</sup>.

A elaboração da Constituição de 1853, contudo, não esgota a atividade do poder constituinte originário, que somente se exaure em 1860, quando ocorre a primeira “reforma constitucional”.

A “reforma de 1860” é peculiar por vários motivos, por um lado porque é neste momento que a província de Buenos Aires se incorpora à República Argentina, aderindo a uma constituição federal, mas principalmente, porque não parece ser caracterizada como autêntica “reforma” constitucional.

A dificuldade de se considerar a reforma de 1860 como uma simples reforma constitucional vincula-se com o fato de não ter observado a Constituição de 1853, que vedava textualmente qualquer reforma em seu texto antes de decorridos o prazo de 10

---

<sup>53</sup> Isto fica, particularmente, claro na seguinte passagem: *Gobernar es poblar en el sentido que poblar es educar, mejorar, civilizar, enriquecer y engrandecer espontánea y rápidamente, como ha sucedido en los Estados Unidos. Mas para civilizar por medio de la población es preciso hacerlo con poblaciones civilizadas; para educar a nuestra América en la libertad y en la industria es preciso poblarla con poblaciones de la Europa más adelantada en libertad y em industria, como sucede en los Estados Unidos. Los Estados Unidos pueden ser muy capaces de hacer un buen ciudadano libre, de un inmigrado abyecto y servil, por la simple presión natural que ejerce su libertad, tan desenvuelta y fuerte que es la ley del país, sin que nadie piense allí que puede ser de otro modo.* (ALBERDI. Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización de la república argentina*. Barcelona: Linkgua ediciones. 2009. p. 21/22).

<sup>54</sup> QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado - parte geral: tomo I*. Buenos Aires: Editora Alfa. 1953.p. 83.

anos. Tal circunstância revela que a “reforma” de 1860 foi autônoma, juridicamente ilimitada e incondicionada pelo diploma anterior, atributos que conceitualmente caracterizam o exercício do poder constituinte originária, entretanto, a reforma de 1860 não rompe com as bases do ordenamento anterior, verificando-se uma continuidade da ordem estabelecida, daí que o poder constituinte originário parece ter construído uma constituição que é formalmente iniciada em 1853, mas terminada em 1860.

Este caráter complexo da elaboração do texto da constituição originária, envolvendo esta dilação temporal, é explicado por BIDART CAMPOS:

El texto originario de la constitución de 1853 impedía su reforma hasta después de diez años de jurada por los pueblos, no obstante lo cual se hace una “reforma” antes de ese plazo —en 1860—. Si esta “reforma” hubiera sido una enmienda en ejercicio de poder constituyente derivado, habríamos de considerarla inválida e inconstitucional, por haberse realizado temporalmente dentro de un plazo prohibido por la constitución. Sin embargo, pese a su apariencia formal de reforma, la revisión del año 1860 integra a nuestro juicio el ciclo del poder constituyente originario, que quedó abierto en 1853.<sup>55</sup>

As reformas constitucionais posteriores, especialmente a de 1994, que examinaremos em seguida, foram reformas limitadas destinadas a proceder a modificações pontuais no texto constitucional.

Ao contrário do que acontece no caso brasileiro, a dignidade da pessoa humana na Argentina, não aparece explicitamente no texto da Constituição Argentina. A normatização da dignidade da pessoa humana na Constituição Argentina possui dois momentos históricos importantes, o primeiro na formação do texto base de 1860, com a aprovação da atual artigo 33; o segundo com a reforma constitucional de 1994, com a inclusão do inciso 22 no artigo 75.

A compreensão de como a dignidade da pessoa humana se inscreve no Direito Positivo argentino, exige, portanto, uma descrição da elaboração destes dois dispositivos constitucionais, o que passamos a fazer.

A doutrina constitucional argentina costuma situar a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional implícito deduzido do art. 33 da Constituição Argentina, que dispõe:

---

<sup>55</sup> BIDART CAMPOS, German José. *Manual de la constitucion reformada* – vol. 1; Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 372.

Artículo 33- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.<sup>56</sup>

A dedução do princípio da dignidade da pessoal humana do artigo 33 da Constituição Argentina é assinalada por MARTA DE RUIZ:

El derecho a la honra se refiere, em concreto, a la buena reputación de las personas, a la estima y el respeto de la propia dignidad

Es un derecho que surge del artículo 33. La Corte Suprema le ha dado carácter constitucional em Ponzetti de Balbín, también em el caso “Campillay” y em “Costa, ligádolo al derecho constitucional a la integridad moral, con la dignidad individual y al derecho a la propia imagen<sup>57</sup>”.

Em verdade o artigo 33 da Constituição Argentina é chamado pelos autores argentinos de *cláusula de los derechos implícitos* da qual se deduzem outros direitos fundamentais que não somente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como salienta BIDART CAMPOS, a abertura da Constituição Argentina à consagração de outros direitos humanos não se esgota no artigo 33, já que a hermenêutica constitucional permitiria “reconhecer” e “proteger” todos os novos direitos impostos pelo desenvolvimento das necessidades humanas:

Tomemos muy en cuenta que el tradicional art. 33 de la constitución, habitualmente llamado cláusula de los derechos implícitos, nos está dando la pauta y la razón, porque es el propio autor de la constitución quien nos advierte que los derechos y garantías no se agotan en la lista de los que el articulado constitucional enumera en el texto, y que hay otros además de éstos, lo cual significa dejar abierto un espacio en la textura de la constitución para reconocer y proteger todos los “plus” de derechos, libertades y garantías que haga falta y sea necesario, a medida que en el trans-curso del tiempo histórico van apareciendo nuevas necesidades humanas y sociales, nuevas pretensiones colectivas, nuevas valoraciones, y transformaciones de toda índole en lo social, cultural, económico y político.<sup>58</sup>

A consagração da cláusula de direito implícitos, que tomava por inspiração a nona emenda da Constituição Americana, materializa o reconhecimento típico da teoria

<sup>56</sup> ARGENTINA. Lei 24.430 de 15 de dezembro de 1994.

<sup>57</sup> RUIZ, Marta V. de. *Manual de la constitución nacional: sistemas político-constitucionales contemporáneos*. Buenos Aires: Heliasta, 1997. p.285.

<sup>58</sup> BIDART CAMPOS, German José. Ob. Cit. p. 326.

liberal da dignidade da pessoa humana como pré-existente ao Estado e como razão da comunidade política.

Os debates da Convenção de 1860, que resultaram na incorporação do art. 33, envolveram precisamente o reconhecimento de que a dignidade das pessoas caracterizaria um fenômeno não jurídico e que os direitos fundamentais dele decorrentes existiriam ainda que não expressamente consagrados no texto constitucional.

Foi essa exatamente a tônica dos debates que registra CALDERÓN<sup>59</sup> ao narrar a controvérsia instaurada entre os integrantes da convenção constituinte, no que respeita a elaboração do texto do artigo 33.

A posição do constituinte Esteves Suguí era contrária a incorporação de uma cláusula aberta de reconhecimento de direitos do Homem, como descreve CALDERÓN:

En la Convención provincial de 1860 discutí la necesidad de introducir esa enmienda en la Constitución de 53. El doctor Estevez Suguí decía al respecto: "Esta enmienda, por lo que se acaba de sostener, me parece que no hay necesidad de determinarla o ampliarla tan explícitamente; porque creo que el artículo 14 de la Constitución dice lo bastante al respecto. ¿qué quiere decir con esas palabras: ningún habitante de la Confederación será obligado a no hacer lo que la ley no prohíbe? Me parece que esto comprende todos los derechos que puedan asistir a los habitantes de la Confederación"... "Yo creo, señores, que eso es repetir una misma cosa, y para nosotros esa repetición no es necesaria" etc.<sup>60</sup>

A posição mais conservadora de Esteves Suguí foi constratada pelas ideias liberais de Bartolomé Mitre e de Dalmacio Vélez Sarsfield, amparadas na ideia de uma dignidade do homem pré-existente ao Estado:

El convencional Mitre, encareciendo la importancia de la enmienda y explicando su verdadero sentido, dijo: "...Así es que pido al señor diputado que se fije en esta distinción fundamental: esto no es para los individuos, para las acciones aisladas ni para los derechos del ciudadano, sino para los derechos del pueblo, para ese ser colectivo que se llama humanidad, y que ha consignado en el catálogo de sus derechos principios inmortales que son propiedad, que son el resultado de la civilización, y a los cuales se subordinan todas las leyes, a la vez que domina la marcha de los gobiernos que se ha dado para que los haga cumplir y respetar. El derecho que nos ocupa

<sup>59</sup> Cf. CALDERÓN, Juan A. Gonzalez. *Derecho constitucional argentino: historia, Teoría y jurisprudencia de la constitución - Tomo I*. 3 ed. Buenos Aires: librería nacional. 1930

<sup>60</sup> CALDERÓN, Juan A. Gonzalez. Ob. Cit. P. 405.



es una conquista humanidad, y debe consignarse expresamente para hacerlo más firme y valedero, y para que la interpretación de lo contrario no anule de hecho". Y el convencional doctor Veléz Sársfield agregaba en apoyo de la enmienda: "Esos derechos son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley, a todo cuerpo legislativo, y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución y para determinarlos de una manera general el artículo de la reforma dice: - no solamente esos derechos, sino todos los derechos naturales de los hombres o de los hombres o de los pueblos, aunque no estén enumerados en la Constitución, se juzgan reservados, como que no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la sociedad y de a soberanía del pueblo".<sup>61</sup>

É precisamente esta ideia que acaba se incorporando ao texto final do art. 33 da Constituição Argentina, o que já a aproxima, em termos ideológicos, da Constituição Brasileira de 1988, entretanto, se a elaboração do artigo 33 pela Convenção de 1860 implicou em uma consagração formal da dignidade da pessoa humana, há uma reiteração deste reconhecimento, ainda mais substancial na Reforma Constitucional de 1994, com o acréscimo do inciso 22 ao artigo 75 da Constituição Argentina de 1994, o que torna necessário alguns esclarecimentos acerca do exercício do poder constituinte derivado na argentina.

Primeiramente é necessário esclarecer que a Constituição Argentina de 1853/1860 é rígida<sup>62</sup>, exigindo que sua reforma seja precedida de uma “declaração de necessidade” por no mínimo de dois terços dos membros do Congresso, como dispõe o art. 30 do texto constitucional<sup>63</sup>.

A “declaração de necessidade”, aprovada pela maioria qualificada dos congressistas, fixa os pontos que deverão ser objeto de análise por uma Convenção que ficará incumbida de disciplinar a matéria, mas vinculada ao estabelecido pela “declaração de necessidade”.

---

<sup>61</sup> CALDERON, Juan A. Gonzalez. *Derecho constitucional argentino: historia, Teoria y jurisprudência de la constitución - Tomo 1*. 3 ed. Buenos Aires: librería nacional. 1930.p. 406

<sup>62</sup> Sustentando o caráter rígido da Constituição Argentina, mas abordando a controvérsia após a Reforma de 1994, ver BIDART CAMPOS, German José. Ob. Cit p. 303.

<sup>63</sup> Art. 30. - La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma deve ser declarada por el Congreso con el voto de los terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al afecto.

Na Reforma de 1994, esta “declaração de necessidade” foi resultado de um acordo político entre os dois principais partidos políticos argentinos, o Partido Justicialista (peronista), do então presidente Carlos Menen, e a União Cívica Radical, de Raul Alfonsín, antecessor de Menen na presidência.

Menen e Alfonsín celebraram um compromisso de reforma constitucional, denominado de “Pacto de Olivos”, que firma os compromissos dos partidos majoritários em elaborar uma Reforma Constitucional.

O “Pacto de Olivos”<sup>64</sup> acabou resultando na aprovação da “*Ley Declaratoria de la Necesidad de la Reforma nº 24.309*”, que essencialmente autoriza a Convenção Constituinte a reformar trechos da parte orgânica da Constituição<sup>65</sup>, bem como a inclusão de novos direitos no catálogo de direitos fundamentais “positivados” na primeira parte da Constituição.

A “ley 24.309” circunscrevia os pontos que poderiam ser objeto de deliberação pela Convenção Reformadora de 1994, não tocando, como regra, a modificação do rol de direitos fundamentais, exceto para que se acrescentasse um novo capítulo dispondo de novos direitos, devidamente detalhados pela lei devendo o Constituinte referir-se, neste ponto, a: Direito do Consumidor; Direito ambiental; a consagração expressa do *Habeas Corpus* e novas garantias outorgadas aos partidos políticos e disciplina ao regime eleitoral, como forma assegurar o processo eleitoral democrático.

Afirmava o texto legal:

Ley 24.309/94 Artículo 3: Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación: A tal efecto la Convención Constituyente podrá: a) Modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108. b) Incorporar un nuevo capítulo a la Primera Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo capítulo a la Segunda Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional. c) Sancionar las disposiciones transitorias necesarias. En todos los casos esa habilitación está referida a los siguientes: (...)

<sup>64</sup> Para uma panorâmica do processo de Reforma de 1994, ver HERNÁNDEZ, Antônio M. *A tres lustros de la reforma constitucional de 1994*. [eletrônico] disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/254/art/art10.pdf>. Último acesso em 11/09/2013.

<sup>65</sup> A Constituição Argentina é dividida em duas partes: A primeira parte se constitui de uma declaração de direitos, a segunda, corresponde a sua parte orgânica-institucional, disciplinando as “*Autoridades de la Nación*”. A reforma de 94 alterou substancialmente a segunda parte e acrescentou um capítulo de novos direitos à primeira parte.

TEMAS QUE SON HABILITADOS POR EL CONGRESO NACIONAL PARA SU DEBATE POR LA CONVENCION CONSTITUYENTE: (...)

C.-POSIBILIDAD DE INCORPORACION DE LA INICIATIVA Y DE LA CONSULTA POPULAR COMO MECANISMOS DE DEMOCRACIA SEMIDIRECTA.\* Por habilitación de un artículo nuevo a incorporar en un capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.(...)

J.-GARANTIAS DE LA DEMOCRACIA EN CUANTO A LA REGULACION CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLITICOS, SISTEMA ELECTORAL Y DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL.\* Por habilitación de artículos nuevos a incorporar en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional. (...)

K.-PRESERVACION DEL MEDIO AMBIENTE.\* Por habilitación de un artículo nuevo a incorporar en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.(...)

M.-DEFENSA DE LA COMPETENCIA, DEL USUARIO Y DEL CONSUMIDOR.\* Por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

N.-CONSAGRACION EXPRESA DEL HABEAS CORPUS Y DEL AMPARO. \* Por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

Entretanto, uma modificação paradigmática do ponto de vista do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, foi realizada no texto constitucional argentino em 1994, paradigmática, inclusive, porque realizada sem que houvesse autorização explícita para sua inclusão: trata-se da recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas constitucionais, que acabou encontrando previsão no inciso 22 do art. 75 da Constituição Argentina.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Dispõe o inciso 22 do art. 75: *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*

O que torna esta modificação tão particular para o estudo que fazemos aqui, é que se tratou de um reconhecimento de que não havia necessidade de uma autorização expressa para que a Constituição Argentina fosse aberta a atribuição de hierarquia constitucional a direitos humanos estabelecidos em tratados internacionais. Considerou-se nesta oportunidade que os direitos do gênero humano seriam precedentes ao Estado, não podendo a Constituição negar-lhes estatura constitucional.

Isto pode ser bem observado no acompanhamento dos debates legislativos que resultaram na aprovação do novo inciso 22 do artigo 75. Veja-se, neste sentido, a defesa do próprio Raul Alfonsín pela atribuição de hierarquia constitucional a pactos de direitos fundamentais:

ALFONSÍN: La consagración de la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos es, sin duda alguna, uno de los aportes más valiosos de esta Convención Constituyente a la profundización de nuestra democracia. La justificación del propio sistema democrático radica en ser el medio más idóneo para la protección y promoción de estos derechos inalienables y de la dignidad humana.<sup>67</sup>

Mas pesava contra essa visão a ideia de que não haveria previsão na ley 24.309 para que se estabelecesse a integração dos tratados sobre direitos constitucionais com *status* constitucional, sobretudo, porque isto implicaria em violação ao art. 30 da Constituição Argentina, fazendo com que os tratados fossem agregados à Constituição sem o mesmo procedimento estabelecido pelo constituinte originário de 1853/1860. Este era, por exemplo, o pensamento dos convencionais Hilário Raúl Muruzabal e Roberto Julio Cornet e Luís Iriarte:

MURUZABAL - Cuando el artículo 30 de la Constitución Nacional establece el procedimiento a seguir para reformar total o parcialmente su texto, provee la seguridad —propia de las constituciones rígidas, como la nuestra— de que las alteraciones que le sean introducidas serán hechas por el pueblo, único depositario de la soberanía. (...)

En primer lugar, esta Convención, de aprobar dicho proyecto de la mayoría se estaría arrogando la atribución de sustituir al pueblo en el ejercicio de una de las más importantes prerrogativas de la soberanía —que de él emana—, cual es la de determinar taxativamente los artículos a reformar.

---

<sup>67</sup> ARGENTINA. *Ata da Convenção Nacional Constituinte* de 3 de agosto de 1994. p. 3094.

En segundo término, esa pretensión de sustituir al pueblo en el ejercicio de la soberanía popular constituye un claro alzamiento contra el sistema republicano de gobierno consagrado por el artículo 1<sup>a</sup> de la Constitución —del que el principio de soberanía popular es fundamento— y un ejemplo concreto de esa violación al orden constitucional<sup>68</sup>.

Sr. CORNE. — (...)Es mi deseo que nuestra Constitución del 53, en primer lugar, sea retocada lo menos posible; y en segundo término, que tampoco se introduzca por la ventana de estas normas internacionales, la enmienda del artículo 30 cuya modificación ha sido expresamente prohibida en la ley de convocatoria. (Aplausos. Varios señores convencionales rodean y felicitan al orador.)<sup>69</sup>

Sr. IRIARTE.— Esta es una modificación que, de resultar aprobada, cae fulminada de nulidad absoluta, conforme a las prescripciones de los artículos 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la ley 24.309. Y lo que es peor, señor presidente, está siendo violado flagrantemente el artículo 30 de la Constitución Nacional, en cuanto a la habilitación a los órganos constituidos<sup>70</sup>

Acabou prevalecendo o entendimento, atualmente constante do inciso 22 ao artigo 75 da Constituição Argentina, de que os direitos individuais fundamentais seriam apenas o reconhecimento de direitos naturais da condição humana, de forma que não haveria possibilidade de que a regra do art. 30 impedisse a explicitação com força constitucional de direitos que já possuiriam status jurídico máximo, como decorrência de sua pré-existência ao Direito. Esta percepção pode ser verificada nos excertos dos discursos do convencionais Rodolfo Carlos Barra e Alicia Oliveira:

Sr. BARRA: Tanto para los derechos o tratados enumerados, como para los que en el futuro el Congreso resuelva otorgar jerarquía constitucional, se debe efectuar el siguiente comentario. Primero, "tienen jerarquía constitucional", dice la norma proyectada. Esto significa que se encuentran en pie de igualdad con la Constitución Nacional; no es que la integren estrictamente, sino que la complementan en igualdad de rango.

Segundo, los tratados a los que hoy se otorga rango constitucional, de ser aprobada esta norma, expresan los derechos básicos o naturales, es

<sup>68</sup> ARGENTINA. *Ata da Convenção Nacional Constituinte de 2 de agosto de 1994*. p.2841.

<sup>69</sup> ARGENTINA. *Ata da Convenção nacional Constituinte de 2 de agosto de 1994*. p. 2900.

<sup>70</sup> ARGENTINA. *Ata da Convenção Nacional Constituinte de 2 de agosto de 1994*. p. 2847.

decir, los que toda persona posee, por el hecho de ser tal, por el hecho de ser humano.<sup>71</sup>

Sra OLIVEIRA - Los juristas que se ocupan del tema afirman que todos los derechos que las declaraciones, tratados y convenios protegen, tienen una raíz jus humanista anclada en la problemática de los valores fundamentales; pero sabemos también que su imperio ha sido y es resultado de deseos y luchas emancipatorias de los pueblos, enfrentados a formas concretas de opresión y dominación. No es un regalo generoso del legislador. Es una forma de lucha. Es por todos conocido que su emergencia en la posguerra fue la respuesta a las masivas violaciones de los derechos humanos durante la Segunda Guerra.<sup>72</sup>

Esta dinâmica da positivação dos tratados de direitos com hierarquia constitucional na Argentina reafirma o compromisso do pacto constitucional com a noção *kantiana* de dignidade da pessoa humana, mas também representa um compromisso normativo mais substancial com a efetivação deste mesmo direito como assinala BOTASSI:

La constitucionalización de los tratados de derechos humanos, por efecto del art. 75 inc. 22º según la Reforma de 1994, ha tenido la esencial consecuencia de impossibilitar que las autoridades invoquen la inexistencia de fuentes normativas que les impongan deberes relacionados con el goce efectivo de los derechos económicos y sociales.<sup>73</sup>

A análise deste *iter* de reconhecimento da dignidade da pessoa humana na Argentina, marcado por estes dois momentos históricos aos quais nos referimos, permite estabelecer um contraste interessante com a constituinte brasileira de 1988: Enquanto no Brasil o fundamento de eficácia normativa da dignidade da pessoa humana é dado pelo próprio Direito, na Argentina o fundamento da eficácia normativa da dignidade é “pré-jurídico”.

Tanto no Brasil como na Argentina os processos constituintes reconheceram a normatividade da proteção humana como decorrente de pressupostos éticos, contudo, na

<sup>71</sup> ARGENTINA. *Ata da Convenção Nacional Constituinte* de 2 de agosto de 1994. p. 2837

<sup>72</sup> ARGENTINA. *Ata da Convenção Nacional Constituinte* de 2 de agosto de 1994. p. 2860.

<sup>73</sup> BOTASSI, Carlos. *Los Derechos economicos sociales y culturales en la constitucion argentina*. in QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula et Al (coord). *neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 485.

Argentina a falta de explicitação desta cláusula explica o seu reconhecimento como antecedente ao Estado.

No Direito Constitucional argentino a normatividade da dignidade da pessoa humana está edificada sobre um fundamento “pré-normativo”, que, portanto, dispensa (e que inclusive não recomenda) sua explicitação. No Direito brasileiro, ao revés, a consagração explícita da proteção da dignidade da pessoa humana revela uma tentativa de dar um fundamento normativo a dignidade da pessoa humana, caso em que haverá uma normatização em um sentido “positivista” da dignidade da pessoa humana.

Digo que esta normatização da dignidade assume um caráter “positivista” no caso brasileiro, porque, embora, o constituinte de 1988 tivesse o sentimento de que determinados direitos tivessem prevalência ética e que a dignidade da pessoa humana representasse um direito natural do ser humano, precisavam ser “positivados” para que fossem dotadas da necessária força normativa para sua proteção, necessitando de um fundamento normativo para sua eficácia jurídica.

Na Reforma Constituinte Argentina de 1994, os debates acerca da elaboração do inciso 22 do artigo 75 evidenciam exatamente o contrário, que houve um afastamento do caráter estritamente normativo da dignidade do Homem, de forma que sua força normativa viria exatamente do fato de não ser um direito positivo, dispensando seu reconhecimento explícito.

Esta diferença, como trabalharemos no capítulo 4, implicará em formas distintas de utilização da dignidade da pessoa humana na jurisprudência de cada um destes dois países.

## **2 A MITIGAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS.**

### **2.1 Teoria dos Princípios - Uma Teoria Pós-liberal do Direito.**

Como explicamos no capítulo 1, da crítica ao postulado liberal de que o indivíduo e sua dignidade ocupariam o vértice do ordenamento jurídico, decorrente das teorias que ali explicitamos, especialmente da crítica comunitária, resultou em uma necessidade de que a dignidade da pessoa humana exija certo esforço argumentativo para sua prevalência.

Se no âmbito de uma lógica estritamente liberal o argumento pró-dignidade ostenta um peso absoluto, após os movimentos sociais explicitados no primeiro capítulo, especialmente com o advento do “Comunitarismo”, a prevalência da dignidade da pessoa humana implicará em que esta se submeta integralmente ao dever de argumentação .

O elemento central da teoria jurídica liberal, a dignidade do ser humano, passa a não ser mais dotada de uma justiciabilidade *a priori*, pois o indivíduo e a dignidade humana que o garante, ainda que afirmados como fundamento político do Estado, tem sua proteção condicionada a um exame casuístico em que outros bens devem ser sopesados para justificar a sua preponderância.

O desenvolvimento do Direito, especialmente após a crítica comunitarista, deve lidar com o problema da existência de um conflito virtual entre diversos interesses individuais e diversas subjetividades, cada qual reclamando um número grande prestações estatais, as quais são por diversas vezes de difícil atendimento dada a escassez de recursos do Estado para fazer frente ao crescimento de várias pretensões.

No direito que se desenvolve após as críticas ao modelo jurídico liberal, o reconhecimento de que dada situação viola a dignidade da pessoa humana, não conduz



inexoravelmente à conclusão de que possa ser sanada judicialmente, podendo ser aceita por um juízo de ponderação que a justifique.<sup>74</sup>

Assim explica-se que, sob o ângulo normativo, a despeito de haver uma cláusula de proteção a dignidade da pessoa humana, as más condições do cárcere, ainda que recorrente e publicamente conhecidas, sejam juridicamente admitidas, inclusive com o afastamento pelos Tribunais da pretensão reparatoria, mesmo explicitamente reconhecida a violação à dignidade da pessoa humana, como examinaremos na jurisprudência brasileira, no quarto capítulo.

Cláusulas como “reserva do possível” e tutela do “mínimo existencial” tem sido utilizadas pelos tribunais para afastar a responsabilidade civil do Estado pelos agravos causados aos presos em sua dignidade, funcionando como *restrições a direitos fundamentais* do preso e ao princípio da dignidade da pessoa humana, daí a relevância para este trabalho de um capítulo que examine uma teoria das restrições a direitos fundamentais.

No presente capítulo pretendemos explicitar a gênese e a método dessas restrições a direitos fundamentais no plano de uma moderna Teoria do Direito, o que só se pode compreender após um primeiro exame, que passaremos a desenvolver, acerca das modificações que a retórica jurídica sofreu com a crítica ao liberalismo jurídico, que resultou na teoria normativa dos princípios.

Neste passo é necessário aclarar que a ideia liberal de “indivíduo” justifica um sistema de estrita legalidade que impõe à decisão judicial um regime de simples subsunção construída em um sistema linear de aplicação da norma jurídica, exatamente o que explica a existência do positivismo jurídico.

O Direito de matriz liberal funciona por processo de simples subsunção, pois se a função do Direito é a contenção do poder estatal para que não atue de forma autoritária sobre as liberdades individuais, por ser o indivíduo o vértice do próprio ordenamento jurídico, há a necessidade de uma Teoria do Direito que dê conta de submeter a aplicação das normas jurídicas à dicção expressa da lei, que representa, em

---

<sup>74</sup> Frise-se que também sob o paradigma liberal, a rígida separação de poderes resultava na existência de direitos não efetivos, já que se afastava a possibilidade de intervenção judicial para a concretização de direitos que dependessem de políticas Públicas. Neste Sentido: BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

última análise, ao menos do ponto de vista formal, a soberania do povo, pelo que a aplicação das normas jurídicas se circunscreve na operação de subsunção, identificando-se a norma jurídica com a lei escrita emanada da autoridade investida da função legiferante, nisso o positivismo se revela a teoria jurídica adequada da concepção política liberal do Direito.

Esta relação entre a teoria liberal e uma teoria jurídica positivista é assinalada por HABERMAS:

No modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema da divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição das competências entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: a prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade. Esse modelo parte da premissa segundo a qual a Constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações ente o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas armadas, especialmente as relações intersubjetivas, não tem nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão de poderes. Nisso se encaixa a representação positiva do direito, que o tem na conta de um sistema de regras fechados recursivamente<sup>75</sup>.

O direito liberal funciona para o atendimento e proteção, destaque-se ao menos formal e idealmente, do indivíduo e de sua dignidade. Na substituição deste paradigma liberal o excessivo apego ao individualismo passa a ser reconhecido como um óbice à concretização de outras pretensões que passaram a ser socialmente reconhecidas como juridicamente legítimas.

Havendo uma pluralidade de pretensões abstratamente divergentes, como o que se dá, apenas para exemplificar, no caso do direito a intimidade e no direito a informação, já não há mais a precedência do argumento pró-indivíduo, pró-dignidade humana, que marcava a teoria jurídica liberal.

A decisão para um conflito entre normas não se pode dar mais em termos *a priori*, não pode ser estabelecida de antemão, mas apenas após um exame peculiar do

---

<sup>75</sup> HABERMAS, Jüger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 305.

caso, pelo próprio magistrado. Disto resulta que a teoria jurídica contemporânea deverá se reestruturar após o abalo do liberalismo para explicar a desconstrução e resignificação de dois de seus traços fundamentais: individualismo e a separação de poderes.

Como decorrência da desconstrução do individualismo, o Direito se compromete, ao menos no âmbito do discurso, com a produção de decisões judiciais que possam concretizar ideais de justiça e utilidade social, devendo o Direito ser capaz de compor a diversidade de aspirações individuais através da ideia de solidariedade.

Neste novo contexto, nenhum bem jurídico ou valor ostenta precedência sobre outro, a própria ideia de direitos absolutos é refutada<sup>76</sup>, só se estabelecendo a norma jurídica no exame, em concreto, do conflito a partir das lentes da ponderação, a ser realizada pelo magistrado ao construir a solução adequada as peculiaridades do caso concreto.

Assim, incumbe primordialmente, no Direito Contemporâneo, ao magistrado, e não mais ao legislador, construir a norma jurídica aplicável ao caso concreto no processo interpretativo, não havendo uma prevalência de qualquer direito fundamental que se possa estabelecer *a priori*, não sendo as leis nada além de um suporte textual das normas, as quais somente são estabelecidas pela atividade interpretativa e criadora do juiz.

O processo normativo, que antes era um processo precipuamente legislativo, torna-se um processo primordialmente judiciário o que provoca uma perplexidade em um sistema democrático que aposte em uma rígida e clássica separação de poderes<sup>77</sup>.

Surge, portanto, a necessidade de se estabelecer uma teoria capaz de controlar a ponderação e reduzir a carga de discricionariedade da decisão judicial à bases que proporcionem um mínimo de previsibilidade e controle.

---

<sup>76</sup> Alexy dedica-se especialmente a demonstrar que mesmo a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, não ostenta caráter absoluto, comportando sopesamento. Cf. ALEXY, Robert. Ob. Cit p. 111-114.

<sup>77</sup> Saliente-se que KELSEN em sua Teoria Pura do Direito já destacava a função normativa da jurisprudência, recusando a ideia de que ao juiz é era simples aplicador do direito legislativamente estabelecido. A propósito KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 165-171.

Os riscos sob o ângulo democrático desta nova concepção teórica e dessa ampliação dos poderes do juiz é assinalada por MAUS:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle que normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.<sup>78</sup>

É necessário, neste novo contexto, que a decisão seja proferida com balizas teóricas que sejam aptas a evitar que o produto normativo da decisão não constitua pura e simplesmente a vontade do magistrado, ou ao menos que o Direito desenvolva uma retórica capaz de justificar a juridicidade da norma e de reduzir o espaço do arbítrio, favorecendo o controle do produto normativo.

Esta preocupação é o que se verifica nos diferentes modelos teóricos que distinguem as normas jurídicas em princípios e regras, que podem ser identificados nas teorias referidas como “Pós-positivismo”, “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos”<sup>79</sup>.

Por ponto comum, as diversas teorias que trabalham a dicotomia<sup>80</sup> regras-princípios se ocupam de resolver o problema do papel criador da atividade interpretativa em uma teoria capaz de controlar a discricionariedade e de resolver o problema da legitimidade democrática envolta na maior liberdade dada ao julgador para construir a solução normativa para o caso concreto, sem impedir que a atividade jurisdicional seja capaz de contribuir para ampliação da equidade e da justiça.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, novembro 2000, p. 187.

<sup>79</sup> Uma explicitação das diversas nomenclaturas e de eventuais de suas distinções nos é apresentada por MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Revista *Diálogo Jurídico* n° 16, Salvador: 2007. P. 8, disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/transform\\_sistemas\\_jur%C3%ADdicos\\_acmaia2.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/transform_sistemas_jur%C3%ADdicos_acmaia2.pdf). Último acesso em 12/12/2013.

<sup>80</sup> Cabe ressaltar a posição de Humberto Ávila que acrescenta os postulados como espécie normativa ao lado das regras e dos princípios, distinguindo também no critério classificatório e sustentando que nem mesmo as regras aplicam-se por simples subsunção. Conforme ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009

<sup>81</sup> Formulando uma crítica as teorias pós-positivistas, STRECK explica que a dogmática jurídica contemporânea é responsável pelo triunfo da discricionariedade e que os problemas relativos à utilização de interpretação literal e interpretação criadora já tinham sido resolvidas no âmbito do próprio positivismo por KELSEN e por HART. Ver em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pos)positivismo*:

O diagnóstico de que a teoria jurídica contemporânea é marcada essencialmente por um exame particular destes dois problemas - o "decisionismo" e a falta de legitimidade democrática - é feito por MAIA<sup>82</sup>:

Merece também que fique aqui consignado o alerta: o principal “obstáculo” posto no horizonte dessa nova configuração teórica e de sua implementação em nossa cultura jurídica reside no alargamento dos poderes dos juízes. Como este alargamento da discricionariedade judicial não se transformará em arbítrio? De que forma entender a tradicional estrutura da divisão dos poderes tendo agora como referência, dentro do paradigma neoconstitucionalista, Cortes Constitucionais que funcionam de fato como legisladores intersticiais? Estaremos condenados ao subjetivismo ou ao “decisionismo” judicial? Serão, como sugere Calsamiglia, os tribunais constitucionais os déspotas esclarecidos do século XXI?

A tentativa de solucionar estes dois problemas se dá na dogmática jurídica contemporânea pela introdução das teorias dos princípios<sup>83</sup>, que distinguem, no âmbito das normas jurídicas, os princípios, que seriam dotados de maior flexibilidade de aplicação, das regras, que se submeteriam a um processo mais rígido de aplicação.

A retórica jurídica costuma se referir a distinção entre princípios e regras de duas maneiras: em uma distinção em sentido fraco, princípios são situados como espécies não normativas ou quase normativas, com função precipuamente interpretativa e integradora, é o que ÁVILA<sup>84</sup> identifica nos trabalhos de Josef Esser, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris:

Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação as regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.<sup>85</sup>

(...)

---

*por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?* In CALEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; UNISINOS. 2010. p.165.

<sup>82</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. Ob. Cit.

<sup>83</sup> Optamos pela utilização no plural da expressão “teoria dos princípios”, para referir a pluralidades de teorias que tem por ponto comum a estruturação das normas jurídicas em princípios e regras.

<sup>84</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35-40.

<sup>85</sup> *Idem*. p 35.

Seguindo o mesmo caminho Karl Larenz define princípios como normas de grande relevância para ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente normas de comportamento.<sup>86</sup>

(...)

Para Canaris duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios ao contrário das regras possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam de regras para sua concretização. Em segundo lugar há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.

Uma distinção mais forte entre princípios e regras, que reconheça explicitamente sua eficácia normativa, em geral mais aceita hoje<sup>87</sup>, tem como marco as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy e será a perspectiva utilizada nesta dissertação.

A teoria dos princípios desenvolvidas por Ronald Dworkin é essencialmente endereçada ao rompimento com o positivismo e utiliza especialmente o positivismo na forma desenvolvida por Hebert Hart para demonstrar as incongruências daquela escola teórica:

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras<sup>88</sup>.

DWORKIN funda sua distinção entre princípios e regras em critério classificatório lógico-estrutural, que toma em conta como elemento distintivo a forma

<sup>86</sup> ÁVILA, Humberto. Ob. Cit. p. 36

<sup>87</sup> Assim é que, por exemplo, defende CANOTILHO: *A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundstanz). Abandonar-se-á aqui essa distinção para em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.* Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1160.

<sup>88</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

de aplicação dos princípios e das regras, considerando os princípios como dotados de uma imediata vinculação com o senso de justiça e a moral.

Para DWORKIN as regras se constituiriam em *Standards* que determinariam *a priori*, por juízo de subsunção, uma conduta e não um resultado. Diferentemente dos princípios as regras definiriam detalhadamente a conduta, sendo indiferentes ao resultado.

Esta característica das regras diminuiria a margem de discricionariedade do magistrado, pois sendo válida a norma e configurando-se a hipótese prevista no comando, não haveria outra conclusão a não ser a aplicação do preceito. No caso das regras, a hipótese normativa seria logicamente dedutível em um processo silogístico, sendo a única espécie normativa admitida pelo Positivismo Jurídico.

Fazendo esta distinção, a teoria jurídica positivista se aplicaria somente ao tratamento das regras, enquanto a teoria pós-liberal se desenvolverá exatamente na abordagem dos princípios jurídicos.

Para o autor, os princípios constituiriam espécies de “*Standards*”<sup>89</sup>, impositivos portanto, vinculados a uma “dimensão de moralidade”, que não se submeteriam a uma aplicação por simples subsunção.

Os princípios determinariam modelos de resultado vinculados a uma determinada percepção de moralidade e poderiam ser concretizados por uma gama de comportamentos.

Uma norma-princípio, na percepção de DWORKIN, impor a realização de um determinado resultado moralmente considerado juridicamente válido, sem estabelecer os meios para a concretização deste.

Nisto os princípios se aproximariam das políticas públicas (*policy*), que também estabelecem modelos de resultado sem determinar um comportamento específico, porém haveria uma distinção essencial entre princípios e as políticas públicas em razão do tipo de resultado imposto pela norma (*standard*).

---

<sup>89</sup> Cabe ressaltar que a tradução de Nelson Boeira de *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, utiliza a expressão padrões para a tradução do termo “*standard*”, optamos por manter a referência em inglês, porque trata-se de termo já consolidado na literatura jurídica nacional, não tendo a sua tradução literal para o vernáculo o mesmo sentido de “norma” ou “modelo a seguir” que possui na língua inglesa.

Enquanto as políticas estabelecem que devam ser alcançados determinados resultados econômicos, sociais e políticos, os princípios estabeleceriam determinados resultados morais:

Denomino “política” aquele tipo de padrão [standard] que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão [standard] que deve ser observado, não por que 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. Assim, o padrão [standard] que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão [standard] segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.<sup>90</sup>

Considerando que os princípios se constituiriam em *Standards* dotados de uma estrutura que impõe um determinado resultado como uma exigência de justiça, não sujeitos a um método típico de subsunção, de forma que sua aplicação não se dá na forma “tudo ou nada”, DWORKIN conclui que eles toleram diferentes graus de realização:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. 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 a decisão<sup>91</sup>.

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

<sup>91</sup> *Idem*. p. 39

<sup>92</sup> *Ibidem*. p.46.



A distinção proposta por Dworkin é forte, pois permite explicitar que a decisão judicial por vezes toma por medida *Standards* que em seu processo de aplicação exigem do julgador uma construção argumentativa que não pode ser explicada na simples subsunção do fato à norma, necessitando de uma atividade interpretativa que a preencha de significados.

Mas ao mesmo tempo em que sua teoria dos princípios permite uma maior criatividade do juiz, ele restringe a decisão judicial ao campo do jurídico e restaura a separação de poderes e a legitimidade democrática, excluindo do âmbito normativos os *Standards* políticos:

Se queremos a revisão judicial [judicial review]- senão queremos anular Marbury contra Madison – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem estar geral.<sup>93</sup>

Esta incursão no pensamento dworkiano é fundamental para compreensão do desenvolvimento posterior da teoria dos princípios de ALEXY, sem a qual não seria possível justificar uma teoria para as restrições a direitos fundamentais e como ela pode ser utilizada para o afastamento de reparação dos agravos decorrentes das más condições do cárcere.

Passemos ao exame da teoria de ALEXY.

A teoria dos princípios de ALEXY, constitui um aperfeiçoamento conceitual em relação a obra de DWORKIN, e tenta estabelecer com maior clareza e precisão as distinções entre princípios e regras.

Para ALEXY, regras e princípios constituiriam espécies normativas<sup>94</sup>, mas a distinção entre princípios e regras residiria não exatamente na sua forma de aplicação e na sua relação com conceitos morais, como estabelecidos por DWORKIN, mas no tipo

<sup>93</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.101.

<sup>94</sup> Para o autor: “Princípios são, tanto quantos as regras razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2.ed. 2008. p.87.

de comportamento que determinam. Porque princípios seriam “mandados de otimização”, não especificariam em sua hipótese uma conduta ou um resultado determinado, tolerando graus diversos de atendimento, já as regras determinariam sempre um resultado ou conduta, não comportando distintos graus de observância:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém determinações no âmbito daquilo que é faticamente e juridicamente possível<sup>95</sup>.

A aplicação dos princípios exigiria um modelo fundamentado de decisão, no qual o acerto no emprego dos princípios e o afastamento do “decisionismo” dependeria da coerência racional da decisão, e não da exclusão de determinadas matérias do âmbito da atividade judicante, como proposto por DWORKIN:

O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade ao sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e sua fundamentação e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.<sup>96</sup>

Como se verifica, as teorias principiológicas do Direito, particularmente na visão de DWORKIN e ALEXY, ao reconhecerem a existência de normas jurídicas que não pré-determinam a atividade do magistrado abrem um espaço maior de criatividade interpretativa ao julgador, o que pode inclusive favorecer o atendimento de direitos de minorias, face à insubmissão do judiciário, nesses casos, ao caráter majoritário das leis aprovadas pelo legislativo.

---

<sup>95</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.90.

<sup>96</sup> *Idem*. p.165.

Ocorre que a maior abertura interpretativa, quando não amparada por teorias que disciplinem o dever de fundamentação, resulta na ausência de limites para que a retórica jurídica, o que abre margem para que o discurso jurídico venha a sobrepujar direitos fundamentais.

Se a Constituição funciona contra o legislador infraconstitucional, como limite ao Estado, para evitar que este viole direitos fundamentais de indivíduos e grupos sociais minoritários, como estabelecer a quais limites se submete o magistrado que deveria interpretá-la? Quais os limites a atividade de sopesamento deve observar para que não haja violação a direitos fundamentais? É o que passaremos a desenvolver no próximo subtítulo.

## **2.2 Teoria e Método das Restrições a Direitos Fundamentais.**

Se no liberalismo a preocupação central da teoria jurídica era a contenção do poder político, especialmente manifestado na tentativa de conter o Poder Executivo, a teoria jurídica pós-liberal se dirige a tentar estabelecer mecanismos de sindicabilidade do Poder Judiciário, já que este aqui passa a ser produtor em sentido forte, de normas jurídicas ao aplicar princípios, podendo, no seu *mister*, não só garantir, mas também violar direitos fundamentais.<sup>97</sup>

Então no seu papel interpretativo é necessário examinar quais são os limites que podem ser estabelecidos aos direitos fundamentais. Trata-se de tentar responder até que ponto um princípio fundamental pode ser afastado em caso de colidência com outro? Qual é o mínimo, se é que existe, de proteção que deve ser dado a direitos fundamentais?

---

<sup>97</sup> Neste sentido, entendendo que ter havido a substituição de um Estado Parlamentar de Direito por um Estado de Jurisdição Constitucional, ver BÖCKENFÖRDE, apud HABERMAS, Jüger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 309-310.

A teorização acerca desta limitação é frequentemente agrupada sob o título de Teoria das Restrições a Direitos fundamentais, tendo seu desenvolvimento especialmente a partir obra de ALEXY.<sup>98 99</sup>

O primeiro ponto a se estabelecer no âmbito de uma teoria das restrições a direitos fundamentais é em que sentido podemos falar em restrições a direitos, mas não somente em limites a estes mesmos direitos.

Ao se afirmar que os direitos fundamentais podem ser restringidos, assume-se como premissa uma *teoria externa* da limitação de direitos fundamentais, o que implica que as restrições a direitos fundamentais constituiriam normas jurídicas autônomas em relação aos direitos fundamentais sobre as quais incidem.

Partindo de outra concepção, a *teoria interna* enxerga as restrições não como normas, mas como simples extensão do próprio direito fundamental, não cabendo falar em normas restritivas, mas apenas em limites dos direitos fundamentais.<sup>100</sup>

ALEXY desenvolve a teoria das restrições a direitos fundamentais a partir da perspectiva da teoria externa, mas demonstra que ela só é possível ao se partir de um teoria que reconheça os princípios como normas jurídicas.

De fato, se estabelecermos que as normas jurídicas, quando constituírem princípios, não definem “posições definitivas”, sendo variável o grau de seu atendimento, é possível compreender que outras normas jurídicas possam restringir o grau de aplicação dos princípios, mas se partirmos de uma teoria na qual as normas definam sempre posições definitivas, como ocorre com as regras, uma teoria externa das restrições não faria sentido.

Como explica ALEXY:

---

<sup>98</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Malheiros, 2.ed. 2008. p. 276-332.

<sup>99</sup> Dentre outros, revelam a influência de ALEXY, com repercussão na teoria jurídica brasileira: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003 (Ver nota 35 ao capítulo 1 do título II); TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 313-342 e SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

<sup>100</sup> Esta distinção é apresentada por R. Alexy, em seu exame da teoria de Friedrich Klein. Em ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2.ed. 2008. p. 276-301

Se se parte exclusivamente de posições definitivas chega-se à conclusão de que posições de direitos fundamentais nunca podem ser restringidas, mas que os bens constitucionalmente protegidos podem.

Uma conclusão completamente diferente se chega, no entanto, se se pressupõe, nos termos da teoria dos princípios, que aquilo que é restringido não são posições definitivas, mas posições definitivas, mas posições *prima facie*. (...) Se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais.<sup>101</sup>

A diferença não é meramente especulativa, porque ao adotar-se a teoria interna, a função do julgador seria reduzida à atividade de subsunção: a constatação da ocorrência da violação ao direito fundamental dependeria apenas de compreender qual a extensão de sua estrutura semântico-normativa e de verificar se, no caso concreto, se violou a sua hipótese de incidência. Ao revés, ao se adotar a teoria externa, a resultante interpretativa na aplicação de um direito fundamental seria o produto da oposição de duas normas, uma norma que estabelece o direito fundamental, por um lado, e a norma que estabelece a restrição a direitos fundamentais, por outro (aplicação = direito fundamental – norma restritiva).

Basta pensar, por hipótese, que no conflito entre direito a informação e direito a intimidade, a se considerar que o direito a intimidade constitui uma regra, portanto, uma posição definitiva, não haveria nunca um conflito entre um direito e outro, havendo de se estabelecer apenas os limites do direito a intimidade.

A função do julgador, recusando-se a teoria dos princípios, seria apenas a de precisar a extensão constitucional da proteção do direito à intimidade, o que, todavia encerraria dificuldades hermenêuticas de difícil transposição, já que o direito à intimidade parece ser variável segundo a percepção social, como ocorre quando, por exemplo, se trate de uma “pessoa pública”, caso em que a proteção não recebe a mesma extensão de que deveria se dar a um anônimo.

Este contraste virtual entre a intimidade e a publicidade demonstra que o direito à intimidade só pode estabelecer disposições *prima facie* e que pode comportar um distinto grau de observância, neste caso é correto falar em restrição da intimidade pelo direito a informação, ou mesmo o contrário, o que implica que o magistrado explicita

---

<sup>101</sup> *Idem*. p. 280.

em seu fundamento tanto a norma que estabelece o direito como a norma restritiva, o que neste caso aumenta a transparência das razões de decidir.

É desta forma que uma teoria externa das restrições a direitos fundamentais procura contribuir para a sindicabilidade e controle da decisão judicial, tentando evitar a frustração de direitos individuais pelo simples arbítrio do julgador, ampliar o dever de motivação.

A adoção da teoria externa, entretanto, abarca ainda a questão de determinar o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, ou seja, considerando que a restrição atue em um segundo plano, é necessário estabelecer qual é a extensão da proteção conferida pela norma, a qual, posteriormente, sofrerá com a aplicação da norma restritiva.

A determinação do âmbito de proteção assegurado por uma norma e seu respectivo suporte fático, como explica ALEXY<sup>102</sup>, pode ser feita por uma *teoria restrita do suporte fático* ou por uma *teoria ampla do suporte fático*.

No sentido de uma teoria restrita, a determinação do âmbito de proteção de um direito fundamental pressupõe um exame das intervenções inequivocamente admitidas sobre o direito fundamental. Assim por exemplo, para a teoria restrita do suporte fático, a norma geral de liberdade não encontra em seu âmbito de proteção a subtração de coisa alheia móvel (artigo 155 do Código Penal), porque constituiria caso em que há clara intervenção sobre a liberdade.

No sentido de uma teoria ampla do suporte fático, defendida por ALEXY, o âmbito de proteção não é pré-determinado por intervenções, devendo ser abarcado em seu âmbito tudo que atue em favor de sua proteção, de maneira que eventuais intervenções ainda que inequivocamente aceitas, como se dá no caso do furto, devem ser reputadas como restrições a direitos fundamentais, e, portanto, excluídas de seu âmbito de incidência.

ALEXY sugere que duas regras seriam importantes para a determinação do âmbito de proteção de direitos fundamentais, tomado como pressuposta a *teoria ampla do suporte fático*:

---

<sup>102</sup> ALEXY, Robert. Ob cit. p.307-332.

(1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes.

(2) No campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas.<sup>103</sup>

Estes dois postulados permitiram que um número maior de casos fossem tratados como questões de direitos fundamentais, o que implica o que o exame da violação atinja também os casos em que esta violação seja remota, entretanto, potencial.

Para ALEXY:

A teoria ampla do suporte fático conduz a um modelos em dois âmbitos. O primeiro âmbito é o âmbito dos caso potenciais, o segundo, o âmbito dos casos reais. Sempre que um princípio de direito fundamental for relevante, o caso é pelo menos um caso potencial de direitos fundamentais, não importa com que grau de certeza o princípio em questão possa ser superado por princípios colidentes. Um exemplo disso é a proibição de furto. O indivíduo tem sua liberdade de ação restringida por essa proibição. A liberdade geral de ação é *prima facie* constitucionalmente protegida pelo princípio da liberdade de ação. No caso do furto esse princípio é, sem dúvida, corretamente superado por princípios colidentes. Ele é, portanto, um caso meramente potencial de direitos fundamentais. Mas mesmo um caso meramente potencial não deixa de ser um caso de direitos fundamentais. Com isso, o ordenamento jurídico assume o caráter de um sistema abrangente de soluções para colisões de direitos fundamentais.<sup>104</sup>

Estabelecido o âmbito de proteção do princípio de direito fundamental, o método de aplicação das restrições implica em colher quais as restrições poderiam atuar sobre os direitos fundamentais.

Somente restrições que possam ser identificadas na Constituição tem a necessária aptidão para restringir normas de direitos fundamentais estabelecidas pelo texto constitucional, sendo certo que a restrição ou será diretamente constitucional, quando presente no próprio texto constitucional, ou será indiretamente constitucional, quando se tratar de restrição constituída pelo legislador infraconstitucional mediante permissão/determinação do texto constitucional.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> ALEXY, Robert. Ob. Cit. P. 322.

<sup>104</sup> *Idem*. P. 328.

<sup>105</sup> A terminologia também é de Robert Alexy, cf. Ob. Cit. 286-295.

Na teoria alexyana temos, em síntese, que o procedimento de restrição de direitos fundamentais envolve, em uma primeira fase, a determinação do âmbito de incidência do direito fundamental e, em uma segunda fase, a determinação de quais seriam as normas restritivas aplicadas ao caso. A explicitação deste procedimento na decisão judicial nos permitiria reduzir o arbítrio do julgador e controlar a validade de sua decisão, porém uma crítica pertinente poderia ser formulada a este procedimento: qual o limite para restrição a um direito fundamental? Existe um mínimo estabelecido *a priori* pelo seu âmbito de proteção? Trata-se, portanto, de perquirir se existiria um mínimo do direito fundamental que nunca poderia ser restringido.

Autores como, por exemplo, CANOTILHO<sup>106</sup>, sustentam uma teoria absoluta<sup>107</sup> do núcleo mínimo e afirmam a existência de um “núcleo duro” de cada direito fundamental que não poderia sofrer qualquer tipo de restrição.

ALEXY, aderindo a uma teoria relativa, discorda da afirmação de que existiriam o núcleo essencial da norma de direito fundamental, pois entende que os limites estabelecidos pelas restrições não seriam outros senão aqueles determinados pela máxima da proporcionalidade, já que o reconhecimento de um núcleo essencial de direitos fundamentais seria o mesmo que reconhecer a existência de direitos absolutos, o que seria incompatível com sua teoria dos princípios:

Com isso chega-se a conclusão de que a garantia do conteúdo essencial, prevista no art. 19, § 2º, da Constituição Alemã, não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência desta máxima.<sup>108</sup>

O único limite reconhecido por ALEXY para restringibilidade dos direitos fundamentais é o próprio princípio da proporcionalidade, o que não constitui em sua teoria um núcleo essencial, já que a configuração mínima de um princípio só pode se dar a partir do caso concreto.

---

<sup>106</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1284.

<sup>107</sup> TORRES propõe uma classificação entre as teorias acerca do núcleo mínimo de proteção, distinguindo as teorias em teoria relativa, absoluta e mista. Adotamos aqui o mesmo critério classificatório e terminologia do autor. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 320/321.

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. Ob.cit. p. 301.



A estruturação metodológica proposta por Robert Alexy, nos permitirá examinar, a partir de uma teoria geral das restrições, a aplicação das restrições invocadas para o afastamento da pretensão ressarcitória dos presos pelas carcerárias a que são submetidos.

Particularmente nos permitirão compreender e criticar duas restrições a direitos fundamentais frequente invocadas pela jurisprudência brasileira para opor direitos individuais, quais sejam: a tutela do “mínimo existencial” e a restrição pela “reserva do possível”.

### **2.3 O mínimo existencial e a reserva do possível – Restrições Pragmáticas e a Dignidade Humana .**

No Brasil, especialmente a partir da obra de TORRES<sup>109</sup>, têm sido difundidos dois argumentos típicos para a restrição a direitos fundamentais e, particularmente, para a dignidade da pessoa humana: A proteção de um “mínimo existencial” e a proteção dos direitos fundamentais nos limites da “reserva do possível”.

A utilização da reserva do possível e do mínimo existencial no âmbito das restrições a direitos fundamentais, põe em relevo um traço característico da teoria das restrições como incorporada ao Direito Constitucional Brasileiro: a admissão de argumentos econômicos e pragmáticos para a restrição de direitos fundamentais.

No quarto capítulo demonstraremos que estes dois argumentos não se prestam à restrição da dignidade da pessoa humana em geral e particularmente ao caso do preso, porque a dignidade da pessoa humana não constitui um princípio, e que mesmo a dignidade da pessoa humana pudesse ser encarado como um princípio, restrições econômico-pragmáticas seriam incompatíveis com seu âmbito de proteção, porém

---

<sup>109</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais; Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1989. p. 29-49. Ver também as obras de SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011 e BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

primeiro é necessário demonstrar como estas duas cláusulas restritivas são incorporadas ao direito brasileiro e examinar como o contraste com o direito argentino permite concluir que as restrições a direitos fundamentais estão ancoradas no Brasil, em uma percepção econômico-pragmática, que não é utilizada de forma idêntica em outras culturas jurídicas.

A expressão “reserva do possível”, resulta da tradução ao português da expressão alemã “Vorberhalt des Möglichen”, expressão utilizada pela Corte Constitucional Alemã, em 1972, ao examinar se o direito à educação, garantido pela Constituição, asseguraria a determinados interessados o direito a cursar medicina em instituições públicas mesmo não tendo sido classificados em exame vestibular.

Ao examinar o caso o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que embora houvesse uma garantia à prestação do respectivo serviço público, o atendimento desta garantia poderia ser feito segundo o que a sociedade fixou como prestação razoável, constituindo isto a chamada “reserva do possível”:

“o direito à prestações (Teilhaberecht)... não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (Vorberhalt des Möglichen), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral... Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga no ensino superior por ele desejada...”<sup>110</sup>

Note-se que a reserva do possível, ao menos como referida originariamente, não se refere a limites de viabilidade fática e orçamentários oponíveis aos direitos individuais, mas a uma possibilidade política, determinada democraticamente; de que os direitos sociais sejam restringidos. Na perspectiva do que se decidiu no precedente alemão, não se tratava de reconhecer que o Estado não teria recursos financeiros para ampliar o número de vagas no ensino superior; diversamente, tratava-se de reconhecer que a negativa daquela prestação pretendida estava respaldada pelo consenso democrático, de forma que se considerou razoável o número de vagas que foram oferecidas nas políticas públicas educacionais.

---

<sup>110</sup> Cf. BVerfGE 33:303-333 apud TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 322.

A tese originária da reserva do possível, portanto, dirige-se ao julgamento de direitos que reclamam prestações sociais, que impõem, portanto, políticas públicas para sua implementação, as quais foram reputadas corretas, na ocasião do julgamento, face à conclusão de que se tratava de política em consonância com o que a sociedade considerou “razoável” naquele tempo histórico.

TORRES, salienta que a literatura jurídica nacional, a seu ver equivocadamente<sup>111</sup>, associa à ideia de reserva do possível a ausência de recursos financeiros para o atendimento de determinadas prestações.

Partindo desta ideia, que diverge, portanto, da noção original de reserva do possível, a doutrina brasileira distingue a reserva do possível em fática e jurídica<sup>112</sup>. A primeira seria a impossibilidade material, caracterizada pela ausência de previsão nas leis orçamentárias para a concretização de determinada prestação. A segunda corresponderia à reserva legal em matéria orçamentária, já que incumbiria apenas ao parlamento disciplinar o orçamento público, sendo defeso ao judiciário tomar decisões que imponham uma política orçamentária.

Explica SARLET:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes. Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde.

<sup>111</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 327. Afirma o autor: “Como o dinheiro público é inesgotável, segue-se que sempre há possibilidade fática de garantia de direitos!”

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Salvador: Rere-IBDP. 2007. p.13.

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais...<sup>113</sup>

Este também é o entendimento de BARCELLOS, para quem:

A rigor, sob o título geral de reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e que pode ser identificado com uma reserva do possível fática... O segundo fenômeno, identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária<sup>114</sup>.

Como se constata, a teoria brasileira da reserva do possível se desenvolveu de forma genuína, não podendo ser explicada pelo recurso à teoria jurídica estrangeira, razão pela qual a reserva do possível, quando utilizada como cláusula restritiva da dignidade de pessoa humana na jurisprudência brasileira, ou se refere a “impossibilidade” fática ou à impossibilidade que decorre da separação de poderes.

Ainda que, concordando com TORRES, discordemos da versão brasileira da teoria da reserva do possível, é neste sentido que esta será abordada, a fim de verificar a coerência da restringibilidade da dignidade da pessoa humana pelo que a nossa teoria jurídica desenvolveu como reserva do possível.

Neste sentido é necessário esclarecer que a teoria jurídica brasileira, em geral, diverge da noção de ALEXY, de que as restrições a direitos fundamentais só encontraria limites no princípio da proporcionalidade, entendendo que os direitos fundamentais possuiriam um núcleo essencial que não seriam suscetíveis de restrição, o que vem

---

<sup>113</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Salvador: Rere-IBDP. 2007. p.12-13.

<sup>114</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 262.

sendo nomeado como “mínimo existencial”, que corresponderia em linhas gerais “ao direito da satisfação de necessidades básicas”<sup>115</sup>.

TORRES propõe que o mínimo existencial possuiria tripla configuração: sua faceta básica seria a de um *status* negativo, que asseguraria a intervenção mínima do Estado sobre o interesse individual; também possuiria um *status* positivo, que impor a realização pelo Estado de determinadas prestações de serviços públicos vinculadas ao mínimo dos direitos fundamentais; como última configuração, o mínimo existencial aberto para políticas públicas, que implicaria na promoção do máximo do mínimo existencial exigido pelas circunstâncias sociais<sup>116</sup>.

Estas três dimensões do mínimo existencial orientam, ou deveriam ser sopesados com a reserva do possível, a fim de determinar se direitos fundamentais deveriam ser observados ou se seria válida a sua restrição.

É possível verificar com clareza que na teoria jurídica brasileira a questão envolvida na restrição a direitos fundamentais admite o recurso a argumentos extrajurídicos e pragmáticos e que isto não é algo que deva ser reputado natural, quando se contrasta o Direito Brasileiro com o Direito Argentino, pois, enquanto entre nós a questões orçamentárias são capazes de restringir direitos individuais fundamentais, a teoria jurídica argentina se desenvolve exatamente em sentido diverso, afirmando que as questões orçamentárias e pragmáticas podem ser restringidas por direitos fundamentais.

No Direito Argentino, a teorização acerca das restrições a direitos fundamentais tem sido desenvolvida a partir dos precedentes Iachemet (acórdão 316:779 de 1994) e

---

<sup>115</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 300. TORRES conceitua o mínimo existencial como: “Um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.” Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais; Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1989. p. 29.

<sup>116</sup> TORRES. 2010. TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 329-334

Escobar (Acórdão 318:1593 de 1995) da *Corte Suprema de Justicia de La Nación* (CSJN).<sup>117</sup>

Em ambos os precedentes a Corte Argentina examinava se a postergação do pagamento dos créditos contra a Fazenda Pública, estabelecida pela Lei 23.982/1991, ofenderia a segurança jurídica e a coisa julgada.

A lei 23.982/1991 consolidava o débito público constituído até 1º de abril de 1991<sup>118</sup>, suspendia os pagamentos e execuções e condicionava o pagamento à disponibilidade orçamentária.

A questão jurídica envolvida nos precedentes *Iachemet* e *Escobar* resumia-se a decidir se a aplicabilidade da suspensão dos pagamentos para aqueles processos cuja indenização já se havia dado por sentença transitada em julgado seria consentânea com a princípio da coisa julgada previsto no texto constitucional argentino.

No precedente *Iachemet*, tratava-se de resolver se María Luisa Iachemet, uma senhora que já contava com 92 anos, teria direito a receber uma diferença de pensão que lhe era devida pelo Estado Argentino, por decisão já transitada em julgado e anterior a lei 23.982/1991.

Já no precedente *Escobar*, a questão se resumia a decidir se Héctor Oscar Escobar, que sofreu lesões graves decorrente de uma explosão de material militar, poderia ter sua indenização, igualmente já estabelecida por sentença, submetida ao regime da lei 23.982/1991.

Nos dois casos a Corte entendeu que não seria aplicada a lei 23.982/1991. Nestes dois julgamentos, a Suprema Corte distinguiu duas situações: a restrição de direitos fundamentais e a supressão de direitos fundamentais.

A restrição a direitos fundamentais seria válida, não havendo óbice constitucional, quando fosse razoável a luz do caso concreto, ao reverso, quando não

---

<sup>117</sup> Cf. CAMPANA, Germán Gonzalez. *Restricciones a los derechos humanos*, in GORDILLO, Augustín; LOIANNO, Adelina; FLAX, Gregório; Et al. *Derechos humanos*. Buenos Aires: Fundación De Derecho Administrativo. 2005. p. VI 2.

<sup>118</sup> ARGENTINA. Lei 23.982 de 22 de agosto de 1991, artigo 1º. Disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/infoleginternet/anexos/0-4999/381/texact.htm> (último acesso em 20/01/2014).

observada a razoabilidade, haveria mesmo una auténtica supressão do direito fundamental e a restrição sería incompatível con a Constitución.

Nos precedentes a CSJN entendeu que, embora a lei 23.982/1991 fosse elaborada em um momento de grave abalo econômico e que justificariam, *a priori*, una restrição a derechos fundamentales, considerando as particularidades dos casos (idade avanzada de *Iachemet* e a incapacidad para o trabalho de Escobar), a Corte considerou que não sería razoável e, portanto, compatible con a Constitución a restrição establecida pela Lei 23.982/1991.

Veja-se a propósito o texto do acórdão no precedente *Iachemet*:

En primer lugar, resulta indudable que la ley impugnada fue sancionada con el objeto de remediar la grave situación económico-financiera en la que se encontraba el Estado Argentino (confr. mensaje del Poder Ejecutivo, transcrito en el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, del 31 de julio y 1 de agosto de 1991 y lo manifestado por los legisladores en el debate correspondiente... Diputados, 1 de agosto de 1991 y Diario de ‘Sesiones del Senado del 20 y 21 de agosto de 1991, entre muchos otros).

(...)

En efecto, tal como surge de las conclusiones del a quo que se reseñaron en el cons. 2º de la presente, resulta virtualmente imposible que la Sra. *Iachemet*, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, llegue a percibir la totalidad del crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial de fs. 152/155, pasado en autoridad de cosa juzgada.

(...)

Por todo lo expuesto, cabe concluir que la aplicación al caso de autos de la ley 23.982 llevaría, no a una modificación del modo del ampliamiento de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sino al desconocimiento sustancial de esta. En consecuencia al no ser posible -sin forzar la letra ni el espíritu de la ley citada- efectuar una interpretación de ella que la haga compatible en el sub lite con la garantía del art. 17 de la Constitución (Fallos: 312:2467, considerando 9º y su cita), corresponde resolver que resuelta acertado el pronunciamiento de la cámara en cuanto declara su inconstitucionalidad.

A mesma linha de entendimento foi adotada no caso Escobar:

Que la compatibilidad constitucional de un sistema como el que establece la ley 23.982 – en procura de un fin público que resguarda los intereses superiores de la comunidad –, depende de la adecuación del medio al fin perseguido, es decir, de que la subsunción del caso concreto en la legislación de emergencia, aun cuando comporte una

restricción razonable al uso y goce de los derechos individuales, no signifique una degradación tal que destruya la sustancia del derecho reconocido en la sentencia judicial

(...)

Que las constancias de la causa surge claramente que la reparación integral del damnificado Héctor Oscar Escobar exige la atención inmediata de las secuelas de las gravísimas lesiones sufridas por el actor con motivo de la explosión

(...)

Que las consideraciones precedentes permiten concluir que la aplicación al caso de autos de régimen de la ley 23.982 llevaría al desconocimiento sustancial de la sentencia.

Da comparação, pelo contraste, entre os precedentes citados e a teoria das restrições engendrada pela teoria jurídica brasileira, permite concluir que, enquanto esta admite o emprego de argumentos econômicos e pragmáticos para a restrição de direitos fundamentais, inclusive tolerando o afastamento da proteção do mínimo existencial, a teoria constitucional argentina utiliza os direitos fundamentais para restringir questões pragmáticas e econômicas.

A restrição a direitos fundamentais admitidas pela teoria jurídica argentina é aquela que resulta da aplicação da máxima da razoabilidade, admitidas as restrições que decorram, na mesma forma que admitida pela teoria alemã, de uma ampla aceitação social, o que garantiria, em tese, a legitimidade democrática de norma restritiva, não sendo toleradas as restrições apenas por questões econômicas, mesmo em caso de grave crise, quando não se revelarem razoáveis.

Estas primeiras conclusões acerca das restrições a direitos fundamentais nos permitem explicitar esta faceta da teoria jurídica brasileira e nos levarão a desenvolver, no quarto capítulo, uma análise crítica da tutela das más condições carcerárias no Brasil.



### **3 PENA E O CONCEITO KANTIANO DE DIGNIDADE.**

#### **3.1 Dignidade da Pessoa Humana do Preso e a Crítica Sociológica e Criminológica.**

A hipótese central desta dissertação é que uma teoria estrutural das normas e das restrições a direitos fundamentais não é capaz de restringir a normatividade da dignidade da pessoa humana, a ponto de justificar a falta de justiciabilidade das condições carcerárias.

Parte-se, portanto, da premissa de que há uma incompatibilidade inconciliável, em uma perspectiva jurídica, entre as más condições do cárcere e a normatividade da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que para que esta hipótese seja válida, e ao mesmo tempo, para que seja dotada de algum sentido prático, é preciso responder a uma questão antecedente: a prisão não seria, ela mesma, incompatível com a dignidade da pessoa humana?

Uma resposta afirmativa, de que a prisão seria uma restrição inválida a dignidade da pessoa humana, abrangeria, por óbvio, as más condições do cárcere e deslocaria o problema da indignidade para o próprio instituto da prisão, o que tornaria desnecessária a discussão que propomos neste trabalho.

Esta crítica, da prisão como algo que constitui um instrumento de indignidade, formulada, especialmente, a partir da criminologia e da sociologia deve ser examinada para que possamos explicar em que sentido podemos falar em indignidade das más condições do cárcere e não simplesmente em indignidade do cárcere e, sobretudo, em que sentido pensamos ser possível falar em dignidade da pessoa humana.

A crítica sociológica e criminológica pode ser sustentada, essencialmente, à luz de três argumentos: a) a prisão representaria uma inversão da liberdade individual em prol de um interesse coletivo, o que seria incompatível com a noção de dignidade humana, ao dar primazia ao interesse coletivo sobre o indivíduo; b) A prisão representaria uma inversão da ideia de igualdade, ao determinar um tratamento diferente e menos privilegiado ao criminoso, que se tornaria uma pessoa de “segunda categoria”, o que seria incompatível com a ideia de dignidade da pessoa humana; c) A prisão implicaria em um processo de desumanização e aniquilamento da esfera do “eu”,

produzindo uma alteração substancial da percepção que o indivíduo preso tem de si mesmo como pessoa.

Os dois primeiros argumentos frequentemente são examinados por autores que trabalham com teoria dos princípios, ainda que nos pareça que sua solução não escapa a críticas. O segundo, parece-nos, foge a uma possibilidade de solução apenas por uma teoria normativa que distinga entre princípios e regras e que aposte no caráter normativo-principiológico da dignidade da pessoa humana fundado na ética kantiana.

Examinemos conjuntamente os dois primeiros argumentos: o de que o encarceramento seria incompatível com a ideia de liberdade e de igualdade.

A pressupor que uma teoria política democrática, ao menos no sentido liberal, implica em uma normatividade da igualdade e da liberdade como seus fundamentos jurídicos básicos, o tratamento “menos privilegiado” dado aos presos, já poderia ser considerada incompatível, em si mesmo, com a existência de um Estado Democrático.

O Direito Penal estaria acometido por um eterno paradoxo, já que a coerção privativa de liberdade, mesmo quando estabelecida de forma juridicamente válida e de acordo com a Constituição, não poderia ser justificada por uma teoria política democrática.

ZAFFARONI ao comentar a figura do “inimigo” no Direito Penal <sup>119</sup>, explica que pertence à gênese do Direito Penal a atribuição da qualidade de “não pessoa” aos indivíduos submetidos à tutela penal, o que o vincularia, originariamente, ao Estado absoluto no qual foi engendrado:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que as considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos, estabelece regionalmente. <sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> É necessário esclarece que o termo inimigo, empregado por ZAFFARONI, não se apresenta como sinônimo de criminoso, sendo aplicado especificamente a determinados infratores, sendo suas reflexões essencialmente dirigidas a expor a inconsistência, diante da teoria democrática, da medidas repressivas combate ao terrorismo na história recente.

<sup>120</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 11.

Para ZAFFARONI, este antagonismo entre o Direito Penal e uma teoria política democrática estaria vinculada a própria gênese do Direito Penal, que teria sua origem no Estado Absoluto, razão pela qual o poder punitivo tenderia a constituir um classe contra a qual se aplicaria poder fora dos limites liberais que inspiraram a teoria política democrática:

O Direito Penal estaria comprometido com a construção de uma retórica que justificasse esta condição:

O item acima não consiste numa verificação apenas de dados de fato, revelados pela história e pela sociologia, mas dados de direito, posto que tanto as leis quanto a doutrina jurídica pretensamente empíricos sobre a conduta humana (convergentes na criminologia tradicional ou etiológica) pretenderam dar-lhe justificação científica.

Na teoria política, o tratamento diferenciados de seres humanos privados do caráter de pessoas (inimigos da sociedade) é próprio do Estado absoluto que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a Teoria política do Estado de direito.

Visto que, na realidade, o poder punitivo atua tratando alguns seres humanos como se não fossem pessoas e que a legislação o autoriza a agir assim, a doutrina consequente com princípio do Estado de direito deve tratar de limitar e reduzir ou, ao menos, delimitar o fenômeno para que o Estado de direito não desapareça.(...)<sup>121</sup>

Que uma interpretação literal da dignidade da pessoa humana possa conduzir a uma incompatibilidade entre um Direito Penal e um Estado Democrático de Direito não passou despercebido pela teoria jurídica constitucional contemporânea.

Na verdade quando se trata de demonstrar que não existem direitos absolutos, especialmente, quando se trata de justificar que nem mesmo a dignidade da pessoa humana pode ser considerada um direito absoluto, é com a situação do preso que se costuma exemplificar.

O atributo principiológico da dignidade da pessoa humana seria capaz de explicar que sua realização, no caso do preso, poderia ser restringida validamente pelo interesse coletivo.

---

<sup>121</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Ob. Cit.* p. 11.

Como a utilidade da pena goza de aceitação majoritária, a aceitação social da pena explicaria uma inversão da ética kantiana que seria juridicamente aceita, face ao caráter mais aberto das normas que ostentam natureza principiológica.

Assim é que, por exemplo, ALEXY sustenta ser juridicamente justificável a pena de morte, por acreditar que “periculosidade” do criminoso justificaria uma restrição da dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva da teoria alexyana, a dignidade da pessoa humana sofreria naturais restrições, não sendo diferente em relação à dignidade do preso:

Que o princípio da dignidade da pessoa é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, é algo que pode ser percebido com especial clareza na decisão sobre prisão perpétua, na qual se afirma que “a dignidade humana (...) tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão, for vedada a graça”. Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da “comunidade estatal”, sob as condições mencionadas tem precedência em face do princípio da dignidade humana. Diante de outras condições a precedência poderá ser definida de outra forma.<sup>122</sup>

Mas essa posição é contrabalançada com a afirmação de que a dignidade da pessoa humana teria duas dimensões: uma dimensão principiológica, passível de ponderação e restrição; e uma dimensão de regra, esta sim insuscetível de restrição. Explica ALEXY:

Por isso é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade da pessoa humana: uma regra da dignidade da pessoa humana e um princípio da dignidade da pessoa humana. A relação de preferência do princípio da dignidade da pessoa humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.<sup>123</sup>

Neste sentido, a proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto regra, ao que parece decorrer da exposição de ALEXY, impediria o tratamento degradante ou aviltante do preso, mas não impediria que a dignidade-princípio fosse restringida, tornando o cárcere juridicamente válido.

---

<sup>122</sup> ALEXY, Robert. Ob. Cit. p.113.

<sup>123</sup> *Idem*.

Em geral esta teoria de ALEXY, a de que a prisão, em si mesma considerada, não constituiria uma invalidade, porque estaria restringindo a dignidade em sua dimensão principiológica, é adotada pela maioria dos autores.

Pode ser identificada em BARROSO:

An obvious example is the case of someone who after due process of law is convicted to prison: an important part of his or her dignity – which is entrenched in freedom of movement – is affected. So, there is a clear sacrifice of one aspect of dignity in favor of another value. Human dignity, then, is a fundamental value, but it should not be regarded as an absolute.<sup>124</sup>

E de forma ainda mais explicita em SARLET:

Apenas para ilustrar o problema, parece-nos que dificilmente se poderá, por exemplo, questionar que o encarceramento de condenado pela prática de homicídio qualificado pela utilização de meio cruel (ou outro delito de suma gravidade) em prisão com problemas de superlotação, não constitua, efetivamente, uma violação de sua liberdade e dignidade pessoal, ainda que com amparo aparente no sistema jurídico-positivo. Da mesma forma, parece-nos estreme de dúvidas o fato de que a sanção imposta (no caso, a prisão) decorre por razões viculadas (ainda que não exclusivamente) à necessidade de proteção da vida, liberdade e dignidade dos demais indivíduos, que, à evidência, não poderão ficar à mercê de toda sorte de violência e violação de sua dignidade pessoal sob o argumento de que a segregação do ofensor se afigura impossível já que, por sua vez implica limitação de sua própria dignidade, a não ser, é claro, que não se tenha a pena de prisão (em suma, a privação temporária da liberdade) como ofensiva à dignidade, mas apenas como restrição intensa da liberdade que, no entanto, preserva íntegro o conteúdo em dignidade inquestionavelmente ínsito aos direitos de liberdade. Não há como desconsiderar neste contexto, a função da dignidade como tarefa, no sentido específico de que ao Estado – e o direito penal também cumpre este desiderato – incumbe o dever de proteger (inclusive mediante condutas positivas) os direitos fundamentais e a dignidade dos particulares.<sup>125</sup>

Em que pese a ampla aceitação da teoria alexyana, parece-nos que ela deixa em aberto um questão circunstancial quanto a possibilidade da compatibilidade entre prisão e dignidade.

É que para que se possa falar em dignidade humana do preso, seria necessário, definir quando a dignidade da pessoa humana se manifesta como regra e quando se manifesta como princípio, ou seja, qual seria o mínimo da dignidade que não poderia

<sup>124</sup> BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit. p. 28

<sup>125</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

ser negado ao ser humano? Vale dizer, qual seria a hipótese de incidência da regra da dignidade humana?

De forma variável, a depender de circunstâncias sociais e históricas, os agrupamentos sociais formam consensos acerca daquilo que aviltante a espécie humana, podendo chegar até a negação de direitos de todos os direitos de uma pessoa ou grupo e o reconhecimento de que para alguns nem o pior tratamento seria degradante.

Se houvesse uma regra da dignidade da pessoa humana, algum tipo de tratamento humano que seria inconciliável com uma dimensão inegável da dignidade da pessoa humana, seria forçoso reconhecer que mesmo ela já sofreu algum tipo de restrição em algum momento histórico. Sem que a teoria do Direito possa definir a qual o conteúdo da “regra” da dignidade da pessoa humana, incumbiria à discricionariedade do magistrado a possibilidade de afirmar qual seria o seu conteúdo mínimo.

O fato é que a hipótese de incidência de uma “regra” da dignidade da pessoa humana não poderia ser compreendida como um “*a priori*”, mas dependeria sempre de um exame particular para consolidar sua incidência, o que contraria a própria definição das regras como espécies normativas.

Percebendo este problema DWORKIN propõe uma forma alternativa para explicar a compatibilidade entre pena e dignidade da pessoa humana.

Para DWORKIN não há conflito entre a prisão e a dignidade humana, pois o que explicaria o cárcere, na forma normativa, seria a perda do que o autor chama de “direito de benevolência” (*right to beneficence*). O condenado, assim como os presos em geral, poderia ser submetido à prisão, na teoria dworkiana, porque perdeu o direito de ser tratado com benevolência, podendo ser preso para atendimento do bem comum.

DWORKIN explica que o direito à benevolência (*right to beneficence*) constitui uma construção, ao mesmo tempo, moral e jurídica, que implicaria um dever de tratamento dos tutores no interesse aos seus tutelados.

Dito de outra forma, aquele que atue em nome de outrem deverá atuar de forma “benevolente” para com este. Assim, por exemplo, o administrador deve atuar no interesse da sociedade administrada, o curador no interesse do curatelado, o inventariante no interesse do espólio, etc.

Para DWORKIN:

When one person is entrusted to the charge or care of another, the former has what I shall call a right to beneficence - a right that the latter make decisions in the former's best interest.<sup>126</sup>

Este dever de benevolência também estaria presente na relação entre Estado e indivíduo, pois, sendo o Estado gestor de nossa liberdade, portanto gestor de coisa alheia e nome alheio, teria como dever atuar de forma benevolente para com os indivíduos.

Ao cometer o crime, o preso perderia apenas este direito de ser tratado de forma benevolente, o que não significaria perda de dignidade, a qual deveria ser mantida no cárcere.

O preso, desprovido do direito a benevolência, teria ainda o direito à dignidade, não podendo ser humilhado ou maltratado, isto porque ao preso não se poderia negar a condição de ser humano, devendo ser tratado com consideração compatível com a dignidade humana.

Afirmava DWORKIN:

Putting in this way explains how and why the right to dignity is different from the right to beneficence. We can acknowledge that it's important how someone's life goes without accepting any general positive obligation to make it go better. The distinction is necessary to explain the pervasiveness of our concern with dignity - why we insist, as I said, on the dignity even of prisoners'. When we jail someone convicted of crime in order to deter others, we do not treat him with beneficence; on the contrary, we act against his interests for the general benefit. But we insist that he not be tortured or humiliated, for example - because we continue to regard him as a full human being, as someone whose fate we continue to treat as a matter of concern<sup>127</sup>.

A distinção proposta por DWORKIN tem o êxito de manter a coerência de uma teoria dos princípios, sem forçar a noção de dignidade da pessoa humana a um *status* de regra, que parece ser incompatível com sua manipulação normativa.

---

<sup>126</sup> DWORKIN. Ronald. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Nova York: Vintage books. 1994. p.213.

<sup>127</sup> *Idem*. p.300.

Ao contrário de ALEXY, DWORKIN não pressupõe que a dignidade seja uma regra, mas propõe que as questões que são colocadas como problemas de indignidade na verdade não constituiriam uma violação à dignidade humana, mas tão somente a perda do direito a ser tratado de forma benevolente.

DWORKIN reduz o âmbito normativo da dignidade da pessoa humana e separa aquilo que seria o tratamento benevolente, do tratamento condizente com o tratamento humano.

No modelo de DWORKIN teríamos que a prisão seria compatível com a dignidade da pessoa humana, mas que as más condições carcerárias não seriam, por afetar, aí sim, a dignidade da pessoa presa. Extremado o cárcere (conforme a dignidade; perda do direito de benevolência) da má situação do cárcere (não conforme à dignidade), a hipótese que desenvolvemos nesta dissertação faria sentido.

Porém, mesmo na forma proposta por DWORKIN, a teoria não parece responder a uma importante crítica criminológica a de que a prisão é causa da indignidade e que não produz qualquer efeito social útil para a prevenção da criminalidade.

Todos os autores que defendem que a prisão seria uma restrição válida à dignidade da pessoa humana o fazem por sustentar que a prisão seria um inconveniente à dignidade, admissível em razão da sua utilidade social, seja na forma proposta por ALEXY, que entende a prisão como uma restrição proporcional à dignidade, dada a sua necessidade de repressão ou prevenção da criminalidade, ou porque, na forma proposta por DWORKIN haveria uma simples perda do direito de benevolência em benefício do “interesse geral”.

As premissas assumidas envolvem uma afirmação complexa diante das modernas críticas criminológicas, que apontam para inexistência de qualquer utilidade social no cárcere e na sua impossibilidade de reduzir a criminalidade.

Em verdade, tudo que vem se produzindo na criminologia contemporânea vem apontando que a prisão induz a reincidência e só contribui para a perda da dignidade do detento. Seria possível, portanto, dado que as premissas de utilidade social da pena não se verificam, falar de pena digna?



Segundo apontava FOUCAULT, as críticas ao fracasso da prisão são contemporâneos a ela, tendo se percebido muito cedo a sua pouca ou nenhuma utilidade:

Pois logo a seguir a prisão, em sua realidade e seus efeitos visíveis, foi denunciada como o grande fracasso da justiça penal. Estranhamente, a história do encarceramento não segue uma cronologia ao longo da qual se sucedessem logicamente: o estabelecimento de uma penalidade de detenção, depois do registro de seu fracasso; depois a lenta subida dos projetos de reforma, que chegariam à definição mais ou menos coerente de técnica penitenciária; depois a implantação desse projeto; enfim a constatação de seus sucessos ou fracassos. Houve na realidade uma superexposição ou em todo caso outra distribuição desses elementos. E do mesmo modo que o projeto de uma técnica corretiva acompanhou o princípio de uma detenção punitiva, a crítica da prisão e de seus métodos aparece muito cedo, nesses anos de 1820-1845; ela aliás se fixa num certo número de formulações que – a não ser pelos números – e se repetem hoje sem quase mudança nenhuma.<sup>128</sup>

FOUCAULT indicava que as críticas sempre registraram a incapacidade da pena para a prevenir o crime, a impossibilidade de ressocialização, os custos elevados de sua manutenção sem a adequada contrapartida, a incoerência entre um sistema que pretende reprimir e educar, etc.

Devemos notar que essa crítica monótona da prisão é feita constantemente em duas direções: contra o fato de que a prisão não era efetivamente corretora, que a técnica da penitenciária nela permanecia em estado rudimentar; contra o fato de que, ao querer ser corretiva, ela perde sua força de punição, que a verdadeira técnica penitenciária é o rigor, e que a prisão é um duplo erro econômico: diretamente pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência que ela não reprime. Ora, a essas críticas, a resposta foi invariavelmente a mesma: a recondução dos princípios invariáveis da técnica penitenciária. Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira capaz de reparar seu fracasso permanente; a realização do projeto corretivo como único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade.<sup>129</sup>

A estratégia de resposta as críticas sempre se manteve perene, apontando para a falha pontual do sistema carcerário e não para ineficácia da pena. Melhor explicando, as críticas formuladas contra a prisão são rebatidas por seus defensores como problemas decorrentes da inobservância da boa técnica penitenciária e não da ineficácia da pena.

<sup>128</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. Nascimento da prisão*. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. pp. 250/251.

<sup>129</sup> *Idem*. pp.253/254.

A defesa da prisão sempre esteve centrada, segundo FOUCAULT, na observância das sete máximas da boa condição penitenciária, que, se observadas, nos permitiriam obter bons frutos da prisão. A fim de que a prisão fosse socialmente útil deveriam ser observados os seguintes princípios: o princípio da correção; o princípio da classificação; o princípio da modulação das penas; o princípio da educação penitenciária; o princípio do trabalho como obrigação e como direito; o princípio do controle técnico da detenção e o princípio das instituições penais anexas.

Como explica FOUCAULT:

Ora, esses princípios, de que ainda hoje se esperam efeitos tão maravilhosos, são conhecidos: constituem há quase 150 anos as sete máximas universais da boa “condição penitenciária”.

A detenção penal deve então ter por função essencial a transformação do indivíduo.

...(Princípio da correção)

Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade pena de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação.

...(Princípio da classificação)

As penas cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos.

...(Princípio da modulação de penas)

O trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos. O trabalho penal.

...(Princípio do trabalho como obrigação e como direito)

A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento

...(Princípio da educação penitenciária)

O regime de prisão deve ser, pelo menos em parte, controlados e assumido por um pessoal especializado que possua capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos.

...(princípio do controle técnico da detenção)

O encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento.

...(princípio das instituições penais anexas)<sup>130</sup>

De fato, como verifica FOUCAULT, as instituições penais nunca foram bem sucedidas em observar as máximas de uma “boa condição penitenciária”, historicamente a prisão convive com seu fracasso, o que FOUCAULT atribui ser o objetivo da prisão. Para o autor o aparente fracasso da prisão seria exatamente o seu êxito, pois o fracasso da prisão em prevenir a criminalidade, representa o seu sucesso em produzir uma delinquência especializada.

Para o autor a prisão produziria um tipo de criminalidade útil, mais simples de ser controlada, que seria, portanto, menos ameaçadora ao *status quo*. Prender e estigmatizar o criminoso permite identificá-lo e controlá-lo, ainda que em nada contribua para que ele não venha a delinquir novamente, mas permite separar o infrator especializado que precisa ser controlado do infrator que não causa risco aos titulares do poder.

Seria para FOUCAULT este o sentido por trás da suposta ineficiência da prisão, controlar o infrator tornando-o um criminoso identificado e segregado, reprimido em um sistema altamente eficiente em distingui-lo, porque responsável pela sua formação.

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável - de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizado, mas centralmente controlado; produzir o delinquente como sujeito patologizado. O sucesso da prisão: nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, especificar uma delinquência.<sup>131</sup>

Se a prisão não tem, como demonstra FOUCAULT, nenhuma aptidão, e nisso lhe acompanha a história do cárcere, para diminuir a incidência de crimes e se, ao revés, é a prisão propositadamente a responsável pela delinquência, já resultaria que ela é incompatível com o postulado kantiano da dignidade.

Se a prisão tem a função social de produzir o delinquente e de mantê-lo sob controle para assegurar a manutenção de uma determinada ordem política e econômica, trata-se de inverter, seguramente, a ideia do indivíduo como um fim em si mesmo, do

<sup>130</sup> FOUCAULT, Michel. Ob. Cit. pp.255/257.

<sup>131</sup> *Idem.* p. 262.

que já resultaria a sua incompatibilidade com a dignidade da pessoa humana, sendo que no pensamento foucaultiano a má condição do cárcere é intrínseca e necessária a sua única utilidade, do que também haveria desnecessidade de se discutir as más condições do cárcere.

Concordamos com FOUCAULT e se entendermos a normatividade da dignidade da pessoa humana no sentido ontológico proposto por KANT, não parece que haja como sustentar a sua compatibilidade com o cárcere, adiante iremos propor que as conclusões de FOUCAULT contribuem em demonstrar a inconsistência da perspectiva kantiana para afirmação de um sentido normativo da dignidade humana. Porém, outra questão precisa ser examinada antes, a contribuição que a segregação possui para que o preso forme uma visão de si mesmo como não detentor de dignidade.

A questão que se colocará a partir daqui pode ser representada pela afirmação, frequentemente feita pela sociologia e pela criminologia, de que o cárcere contribui para que o preso forme uma visão de si mesmo como detentor de uma indignidade.

Trata-se de discutir se o processo de constrangimento levado a efeito na prisão implicaria em que o preso passasse a se enxergar como uma pessoa de categoria inferior, que passa a se entender como não sendo titular de mesmos direitos que as pessoas não encarceradas.

Há autores que propõem que o processo de perda da individualidade e da subjetividade causada pelos mecanismos de padronização e segregação da prisão contribuem para a formação de um indivíduo “animalizado”, que perde o sentimento de pertença ao gênero humano, o que resultaria em sua maior tendência à prática de desvios.

Uma vez que o preso passaria, no cárcere, por um tratamento incompatível com as noções de humanidade e civilidade, ele passaria a se comportar exatamente de acordo com este tratamento, ou seja, passaria a responder de forma não humana e incivilizada.

A esta conclusão chegam MELOSSI e PAVARINI, ao descreverem os resultados de seus estudos acerca de entrevistas realizadas por Gustave Beaumont e Tocqueville com presos da Filadélfia em 1831:

O detido, assim como nos “aparece” nessa investigação, já que é “sujeito institucionalizado”, no sentido de que os mecanismos

manipulatórios já o transformaram o transformaram em “ser virtual”. Portanto, aquele que emerge é o fantasma monstruoso, o novo animal a um só tempo selvagem e domesticado.

...

Uma vez que o interno tenha sido “despojado” de sua “roupa externa” (roupa necessária à sua própria identidade), a administração diligentemente lhe fornecerá “objeto infectado” da possibilidade de serem identificados como “pessoais”. Depois de ter sido providenciado seu “registro”

...

A “expropriação total” do internado (o poder ser visto sem ver) leva progressivamente, à ruptura da “fronteira que o indivíduo edifica entre o que é e o que o circunda” e, deste modo, se profana definitivamente “a incorporação a si”.

...

Estes processos standardizados, através dos quais o “eu” do interno é modificado, conduzem o sujeito manipulado a assumir como meio de defesa a práxis da simulação, ou, melhor dizendo, a “reprodução exterior” do modo de ser que a administração lhe impõe como ótima.<sup>132</sup>

Os estudos de MELOSSI e PAVARINI se debruçaram sobre dados do início do século XIX, mas podem ser corroborados por estudos mais contemporâneos, indicando que o prejuízo para compreensão de sua própria dignidade no caso dos presos, é fenômeno que acompanha a história da prisão, não sendo um problema circunstancial.

A conclusão de MELOSSI e de PAVARINI também são percebidas por BARATA:

Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados e a correlação destes efeitos com a duração daquele. A conclusão a que chegam estudos deste gênero é que “a possibilidade de transformar um delinquente antissocial violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir” e que “o instituto da pena não pode realizar sua finalidade como instituição de educação.

Efeitos negativos sobre a personalidade e contrários ao fim educativo do tratamento têm, além disso, o regime “privações”, especialmente quanto às relações heterossexuais, não só diretamente, mas também indiretamente, através do modo em que os meios de satisfação das necessidades são distribuídos na comunidade carcerária, em

---

<sup>132</sup>MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens dos sistema penitenciário (século XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: REVAN:ICC, 2006. pp.237/239.

conformidade com as relações informais de poder e de prepotência que a caracterizam.<sup>133</sup>

A conclusão de BARATA vai além: o autor pondera que a prisão se caracterizaria mesmo por ser um processo de exclusão do preso do âmbito da sociedade. A prisão é vista aqui como instrumento para segregar e justificar, dentro da lógica do capitalismo, que a sociedade tenha uma massa carcerária apta para a melhor exploração.

Esta perspectiva de BARATA acentuaria o caráter desumano da pena e põe em relevo que a prisão não seria algo compatível com a dignidade do ser humano:

Antes de tudo, esta relação entre quem exclui (sociedade) e que é excluído (preso). Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma da exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, incluir e excluir.

Em segundo lugar, o cárcere reflete, sobretudo nas características negativas, a sociedade. As relações sociais e de poder da subcultura carcerária têm uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular função do universo carcerário, mas na sua estrutura mais elementar elas não são mais do que a ampliação, em forma menos mistificada e mais “pura”, das características típicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração.<sup>134</sup>

Para BARATA o direito penal seria o sintoma de uma sociedade injusta e desigual, de forma que a pena seria, na perspectiva do autor, substituída por algo melhor quando a sociedade reduzisse as desigualdades e se tornasse também uma sociedade melhor:

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor. Mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha a necessidade do direito penal burguês e, devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder

---

<sup>133</sup> BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: REVAN:ICC, 2011. pp.184/185

<sup>134</sup> BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: REVAN:ICC, 2011. pp.186

alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade, também no campo do controle do desvio.<sup>135</sup>

Mas a partir dos estudos de GOFFMAN<sup>136</sup> sobre “instituições totais” é difícil sustentar a compatibilidade entre a dignidade humana e a pena, ao menos na forma kantiana.

GOFFMAN, constatou que instituições como prisões, são espaços marcados pelo processo de tentativa de aniquilação da subjetividade. Na prisão, assim como nas instituições totais em geral, um rígido programa de padronização buscaria remover a individualidade do interno.

Seria precisamente por meio de uma rotina rigorosamente padronizada, que excluiria as singularidades do preso, que se buscaria sua suposta ressocialização, pois em uma rotina carcerária “ótima”, o preso seria conduzido a substituir o seu “eu” pelo “eu” padronizado do cárcere:

O efeito resultante do processo de “mortificação do eu” do interno seria a adoção pelo preso de um comportamento indigno correspondente à indignidade do tratamento recebido:

Às indignidades de fala e ação exigidas do internado, correspondem as indignidades de tratamento que outros lhe dão. Os exemplos padronizados são aqui as profanações verbais ou de gestos: pessoas da equipe dirigente ou outros internados são ao indivíduo nomes obsceno, podem xingá-los, indicar suas qualidades negativas, “gozá-los”, ou falar a seu respeito com outros internados como se não estivesse presente.

Qualquer que seja a forma ou fonte dessas diferentes indignidades, o indivíduo precisa participar da atividade cujas consequências simbólicas são incompatíveis com sua concepção do eu. Um exemplo mais difuso desse tipo de mortificação ocorre quando é obrigado a executar uma rotina diária de vida que considera estranha a ele – aceitar um papel com o qual não se identifica. Nas prisões a negação de oportunidades para relações heterossexuais pode provocar o medo da perda da masculinidade...

Nas instituições totais há outra forma de mortificação: a partir da admissão ocorre uma espécie de exposição contaminadora. No mundo externo o indivíduo pode manter objetos que se ligam aos seus sentimentos do eu – por exemplo, seu corpo, suas ações imediatas,

<sup>135</sup> BARATA, Alessandro. *Idem*. p. 207.

<sup>136</sup> GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. . 4º ed. São Paulo: Perspectiva, 1992

seus pensamentos e alguns de seus bens – fora de contato com coisas estranhas e contaminadoras. No entanto nas instituições totais, esses territórios do eu são violados; a fronteira que o indivíduo estabelece entre seu ser e o ambiente é invadida e as encarnações do eu são profanadas.<sup>137</sup>

As constatações de GOFFMAN, mesmo sendo datadas do início dos anos 1960, não têm recebido atenção da teoria jurídica constitucional, e põem, a nosso ver, um grande problema para uma teoria jurídico-política que pretenda estar ancorada na dignidade da pessoa humana.

Se aceitarmos as conclusões de FOUCAULT, BARATA e GOFFMAN, o Direito Penal, ao menos nossa concepção atual dele, seria incompatível com o Estado democrático de direito compromissado com a proteção da dignidade da pessoa humana, pois a pena não atende qualquer função social e além disso é grande propiciadora da aniquilação ou deformação da individualidade.

Isto tem passado sem exame da teoria jurídica contemporânea e não há como explicar, em nossa percepção, que a noção de que o ser humano é um fim em si mesmo e a pena privativa de liberdade possam ser harmonizados a partir de qualquer critério hermenêutico.

A pena privativa de liberdade não pode conduzir senão à sujeição do indivíduo como coisa e não há finalidade prática do ponto de vista social que a justifique.

Mesmo se considerarmos a dignidade humana um princípio sujeito à restrições, como propõe ALEXY, a condição de validade da pena (sua restrição), seria a sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Ocorre que a pena não pode ser considerada proporcional, após o resultado da crítica sociológica e criminológica, pois não há nela adequação, necessidade ou razoabilidade.

Não há adequação, porque a pena não é capaz de atingir o fim que almeja, já que não é capaz de reduzir a criminalidade ou de ressocializar. Como não é adequada

---

<sup>137</sup> GOFFMAN, Erving. *Ob. Cit.* pp 30/31



também não é necessária, pois não tem qualquer utilidade. Também não é razoável, especialmente, face o tipo de agravo que provoca aos indivíduos sujeitos à tutela penal.

Portanto, se entendermos que a dignidade humana é um conceito ontológico, que decorreria da racionalidade humana, como propõe Kant, não seria possível uma hermenêutica jurídica que explicasse a pena privativa da liberdade.

Ou a pena é incompatível com a noção de dignidade humana o que causaria uma perplexidade do sistema jurídico-normativo, ou a noção de dignidade humana normativa não pode partir da mesma premissa kantiana.

Esta circunstância precisa ser esclarecida, pois parece-nos central para a compreensão de como a teoria jurídica trata a questão da dignidade da pessoa humana e como é possível construir uma dogmática da dignidade da pessoa humana que está amparada em duas premissas excludentes: a intangibilidade da dignidade do Ser Humano e a possibilidade de limitações à essa intangibilidade.

Creemos que em, boa parte, os problemas ligados a interpretação jurídica da dignidade decorrem de uma tentativa de seu preenchimento semântico exclusivamente pela perspectiva kantiana da dignidade.

A proposta de KANT, de dissociação entre o ser humano, que é sujeito, e os bens, que são sujeitados, como decorrente da exclusiva racionalidade humana, conduz a uma pretensão universalizante e a-histórica do conceito de ser humano.

Na forma em que a teoria kantiana provê o homem de uma especial dignidade, ela impõe uma rejeição de todo o tratamento do ser humano, no sentido biológico do termo, que não seja compatível com a sua racionalidade humana e que implique em tratá-lo como coisa.

Mas o que significa não ser tratado como coisa? Não ser sujeitado? Ser tratado com uma especial consideração em relação às coisas? O preenchimento, e mesmo a aceitação, da premissa kantiana depende de alguma aderência social sem o que toda organização humana pode ser condenada, em uma análise retrospectiva, como violadora do princípio da dignidade humana.

Entre os gregos crianças, com deficiências físicas eram dispensadas como coisas, em Roma pessoas tornaram se escravas por dívidas; na idade média pessoas

tidas como bruxas eram queimadas vivas; os negros nativos da África foram escravizados ainda na era contemporânea; judeus foram utilizados como material de experimentação nos campos de concentração nazistas na Alemanha há menos de um século; ainda hoje democracias liberais possuem penas de trabalho forçado. A própria relação de emprego, na forma em que se desenvolve hoje em dia, pode fugir de uma explicação pela perspectiva kantiana da dignidade, já que ao se explorar o trabalho de alguém ele segue sendo tratado como sujeito à outrem.

Em todos esses casos, a aceitação normativa de que a dignidade humana foi violada depende, na prática, de um reconhecimento social de que se trata de uma situação de indignidade.

Por estarem presos a ideia kantiana, entretanto, os juristas costumam explicar os casos em que a sociedade não reconhece a existência de indignidade, como situação de restrição à dignidade da pessoa humana ou como de não violação ao mínimo essencial, ou seja, tentam justificar esta inversão da condição de sujeito a partir de uma retórica.

Esta redução do problema à base kantiana possui duas desvantagens, a primeira, e mais evidente, é que a justificação normativa, tenta explicar como correta, através de sua juridicidade, situações em que claramente há o tratamento do indivíduo como coisa, o que contribui para legitimar e institucionalizar o tratamento como sujeitos que a sociedade empresta à determinados grupos.

A segunda, que nos parece mais sério, é que a retórica jurídica não permite uma distinção entre o tratamento que implica inversão do postulado kantiano e a indignidade que decorre daquilo que socialmente entendemos como degradante ao gênero humano.

Ao formular uma explicação do sentido normativo da dignidade em termos da ideia genérica de dignidade como um dever de tratamento do homem como um “fim em si mesmo”, mas que pode comportar exceções, a teoria jurídica não tem como distinguir os casos em que as exceções são aceitas daqueles casos em que as exceções não são, abrindo espaço para a discricionariedade jurisdicional, que passa a decidir em que casos o homem pode ser tratado como um “fim em si” e em que casos não pode.

### 3.2. Dignidade como Direito de Reconhecimento e Direito de Tratamento.

Pensamos ser possível uma construção mais restrita da ideia de normatividade da dignidade que admita, em primeiro lugar, que as sociedades justificam no seu interior uma série de situações em que o indivíduo pode ser tratado como coisa, e em segundo que o Direito só empresta juridicidade à dignidade da pessoa humana quando o indivíduo é agraciado com um reconhecimento social desta condição.

De fato a teoria kantiana esbarra em problemas que já lhe foram opostos pela sociologia do conhecimento de BERGER e LUCKMANN, de fato, como apontam os autores, o Ser Humano decorre menos de sua biologia humana e mais de sua construção social.

A racionalidade humana, expressa no seu “eu”, não pode ser construída senão em um conjunto de atribuições sociais, assim o próprio caráter de ser humano pressupõe que haja uma atribuição social desta condição:

Os pressupostos genéticos do eu são, está claro, dados no nascimento. Mas o eu como tal é experimentado mais tarde como identidade subjetiva e objetivamente reconhecível, não é. Os mesmos processos sociais que determinam a constituição do organismo produzem o eu em sua forma particular, culturalmente relativa. O caráter do eu como produto social não se limita à configuração particular que o indivíduo identifica como sendo ele mesmo (por exemplo, como “um homem”, de maneira particular em que esta identidade é definida e formada na cultura em questão), mas como o equipamento psicológico amplo que serve de complemento a essa particular configuração (por exemplo, emoções “viris”, atitudes e mesmo reações somáticas). Não é preciso dizer portanto, que o organismos e, ainda mais ou eu não podem ser devidamente compreendidos fora do particular contexto social em que foram formados.<sup>138</sup>

O que constitui o gênero humano como diverso dos demais animais - portanto - o que constitui a especial dignidade da pessoa humana, não é nada mais que a sociedade e a cultura, a própria racionalidade humana, não pode ser expressa fora de uma convenção de símbolos nos quais o ser humano se insere.

Expresso de outra forma o “ser” que qualifica o humano, distingue este dos demais animais, precisamente, porque ele está anteposto ao seu corpo físico. Ao

---

<sup>138</sup> BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. *Construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2003. pp 73/74.

contrário do animal, que seria apenas o seu corpo, o humano está em relação de propriedade para com o seu corpo, o que o coloca numa anteposição à sua dimensão biológica, por isso o homem “tem” um corpo e não somente “é” um corpo como se dá com os demais animais.

O desenvolvimento comum do organismo humano e do eu humano em um ambiente socialmente determinado refere-se à relação particularmente humana entre organismo e eu. Esta relação é de caráter fora do comum. Por um lado, o homem é um corpo, no mesmo sentido em que isto pode ser dito de qualquer outro organismo animal. Por outro lado, o homem tem um corpo. Isto é o homem experimenta-se a si próprio como uma entidade que não é idêntica a seu corpo, mas que, pelo contrário, tem esse corpo ao seu dispor. Em outras palavras, a experiência que o homem tem de si mesmo oscila sempre num equilíbrio entre ser um corpo e ter um corpo, equilíbrio que tem de ser corrigido de vez em quando. Esta originalidade entre ser um corpo e ter um corpo, equilíbrio que tem de ser corrigido de vez em quando. Esta originalidade da experiência que o homem tem de seu próprio corpo leva a certas consequências no que se refere à análise da atividade humana como conduta no ambiente material e como exteriorização de significados subjetivos. A compreensão adequada de qualquer fenômeno humano terá de levar em consideração este dois aspectos, por motivos fundados em fatos antropológicos essenciais.<sup>139</sup>

É neste contexto que não se pode desconsiderar o conceito do que é humano, é portanto, do que seria a dignidade da pessoa humana, sem um recurso a uma interpretação do que se atribui por uma determinada sociedade como gênero humano, pois este conceito de dignidade é essencialmente um conceito cultural:

Os homens em conjunto produzem um ambiente humano, com a totalidade de suas formações sócio-culturais e psicológicas. Nenhuma dessas formações podem ser entendidas como produto da constituição biológica do homem, a qual, conforme indicamos, fornece somente limites externos da atividade produtiva humana. Assim como é impossível que o homem se desenvolva como homem isolado produza um ambiente humano. O ser humano solitário é um ser no nível animal (que, está claro, o homem partilha com outros animais). Logo que observamos fenômenos especificamente humanos entramos no reino do social. A humanidade específica do homem e sua socialidade estão inextricavelmente entrelaçadas.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. *Construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2003.p. 74.

<sup>140</sup> *Idem*. p. 75.

Pensamos que esta característica cultural da normatividade da dignidade, impede que a perspectiva kantiana possa ser útil para a definição do sentido do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, uma melhor explicação para o que seja o sentido normativo da dignidade da pessoa humana pode ser dado ao compreendermos que a dignidade da pessoa humana, no sentido jurídico-normativo, corresponde a atribuição intersubjetiva da condição de pessoa titular de direitos.

Esta condição de pessoa humana titular de direitos decorre não da racionalidade humana, não decorre, vale dizer, de nossa biologia, mas de um reconhecimento social desta qualidade que permite por um lado que um indivíduo receba tratamento compatível com aquilo que atribuímos como aceitável ao gênero humano e por outro lado que ele seja tratado como “um igual à nós”, como um partícipe do mesmo gênero do qual fazemos parte.

Para melhor explicitar este argumento, é necessário retomar um ponto importante da construção histórica da normatividade da dignidade humana. É preciso retornar ao ponto em que a dignidade humana passa a se estabelecer como um “substituto” da noção de honra, pois é na tentativa de negação da ideia social de honra que a ideia social da dignidade procura se estabelecer.

Vimos no primeiro capítulo que as noções “honra” e “dignidade” se inserem no regime de economia na distribuição de prerrogativas sociais, as quais são garantidas em certa medida pela organização social.

A noção de “honra” é, até a Revolução Burguesa, o fundamento da distribuição de direitos e prerrogativas sociais, sendo responsável por distinguir aqueles que são socialmente reconhecidos como participantes de direitos e aqueles que não são, bem com os direitos lhes cabem em virtude da “honra” que possuem.

Esta compreensão da honra implica, portanto, que ela constitui uma atribuição intersubjetiva que resulta que somente alguns tenham direitos em razão de sua relação com instituições sociais.

Podemos verificar o impacto do conceito de honra quando examinamos os traços de sua reminiscência na consciência moderna, já que ela permanece como um conceito

importante para determinação de direitos em grupos caracterizados pelo esquema de organização hierárquico, como acontece entre os militares e nobres.

Entre os militares, por exemplo, vige o sistema de honra, portanto há patentes que são escalonadas segundo a maior ou menor “honra” militar que o indivíduo possui. Esta honra inscrita na patente é responsável por determinar o grau de privilégio que cada um possui, ao mesmo tempo, pode separar aqueles que fazem parte do grupo militar é que são titulares das prerrogativas inerentes à instituição militar. A mesma coisa acontece entre os nobres, em que os títulos de Conde, Barão, Duque, etc., representam distintos graus de honra, os quais igualmente justificam distintos graus de privilégio e ao mesmo tempo delimitam um grupo, neste caso o dos nobres, que participam de um direito comum.

Como explica BERGER:

Honor is commonly understood as an aristocratic concept, or at least associated with a hierarchical order of society. It is certainly true that Western notions of honor have been strongly influenced by the medieval codes of chivalry and that these were rooted in the social structures of feudalism. It is also true that concepts of honor have survived into the modern era best in groups retaining a hierarchical view of society, such as the nobility, the military, and traditional professions like law and medicine. In such groups honor is a direct expression of status, a source of solidarity among social equals and a demarcation line against social inferiors.<sup>141</sup>

Nas sociedades assinaladas pelo regime de honra, ou se tem honra, mesmo que pertencente à classes sociais mais baixas, ou se está “desonrado”, que significa a perda de direitos e prerrogativas. A ausência de “honra” torna o indivíduo um “estranho”, retira dele o reconhecimento como alguém que merece qualquer amparo como participante do gênero humano, como afirma BERGER: “Conversely, dishonor is a fall from grace in the most comprehensive sense – loss of face in the community, but also loss of self and separation from the basic norms that govern human life.”<sup>142</sup>

É contra esta ideia de honra que a ideia de dignidade moderna se desenvolve, a dignidade da pessoa humana, na perspectiva jurídica liberal, é mais bem compreendida

---

<sup>141</sup> BERGER, Peter L. *On the Obsolescence of the Concept of Honor*, in MACINTYRE, ALASDAIR *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Notre Dame: University. 1983. p. 174

<sup>142</sup> BERGER, Peter L. *On the Obsolescence of the Concept of Honor*, in MACINTYRE, ALASDAIR *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Notre Dame: University. 1983. p. 174.

no seu contraste com a noção de honra, pois é exatamente contra esta noção que ela irá se desenvolver.

A noção de dignidade, na perspectiva liberal, dirigindo-se contra a noção de honra, portanto, se relaciona com dois aspectos centrais, por um lado com uma visão de que todos são iguais dentro do gênero humano e que o indivíduo não está determinado pela sua posição na sociedade. BERGER afirma que:

Dignity, as against honor, always relates to the intrinsic humanity divested of all socially imposed roles or norms. It pertains to the self as such, to the individual regardless of his position in society. This becomes very clear in the classic formulations of human rights, from the Preamble to the Declarations Of Independence to the Universal Declaration of Human Rights of the United Nations. These rights always pertain to the individual “irrespective of race, color or creed” – or, indeed, of sex, age, physical condition or any conceivable social status. There is an implicit sociology views all biological and historical differentiations among men as either downright unreal or essentially irrelevant. The implicit anthropology locates the real self over and beyond all these differentiations.<sup>143</sup>

Estas características da dignidade, pelo contraste com a noção de honra, foram também assinaladas por TAYLOR:

We can distinguish two changes that together have made the modern preoccupation with identity and recognition inevitable. The first is the collapse of social hierarchies, which used to be the basis for honor. I am using honor in the ancient régime sense in which it is intrinsically linked to inequalities. For some to have honor in this sense, it is essential that not everyone have it.

As against this notion of honor, we have the modern notion of dignity, now used in a universalist and egalitarian sense, where we talk of the inherent “dignity of human beings,” or of citizen dignity. The underlying premise here is that everyone shares in it. It is obvious that this concept of dignity is the only one compatible with a democratic society, and that it was inevitable that the old concept of honor was superseded. But this has also meant that the forms of equal recognition have been essential to democratic culture.<sup>144</sup>

Há na ideia de dignidade, em sua negação à ideia de honra, por um lado que o reconhecimento como participante do gênero humano dependeria apenas de uma circunstância biológica, e por outra uma afirmação de que o indivíduo deve ser reconhecido como tal independentemente de instituições sociais. Quando a filosofia liberal se refere, portanto, em uma dignidade da pessoa humana é precisamente neste

<sup>143</sup> BERGER, Peter L. *Idem*. p. 176

<sup>144</sup> TAYLOR, Charles. *Ob. Cit.* p. 26.

sentido a que se refere, o que nos permitirá compreender melhor, sob o ângulo normativo, o que pode ser tutelado pelo direito à dignidade humana.

No sentido em que compreendemos a dignidade da pessoa humana, o seu âmbito normativo se resume ao direito de ser “reconhecido como” ser humano e direito “ser tratado como” ser humano, e neste sentido, a dignidade é antes uma construção da cultura humana do que um dado ontológico, sendo imprescindível para determinação de seu conteúdo o que socialmente é reconhecido como Ser Humano e o que se atribui socialmente como inerente à dignidade humana.

Um sistema jurídico que negue a algum indivíduo, ou grupo, o reconhecimento como ser humano (direito de reconhecimento) ou que negue o tratamento idêntico aquele que se pretende atribuível ao que considera adequado à espécie humana (direito de tratamento), não está ancorado em uma ideia de dignidade, mas sim na noção de honra.

Se ter honra significa exatamente ser merecedor de distinção normativa, ter prerrogativas que lhes asseguram diferentes direitos em relação aos demais integrantes da espécie humana é precisamente contra esta economia social de distribuição de direitos que a ideia da dignidade se opõe. A dignidade da pessoa humana, ao menos como produto do constitucionalismo liberal inspirado pelo iluminismo, propõe exatamente a substituição da noção de honra, propõe que todo o ser humano deve experimentar um mínimo de direitos que se vinculam ao seu simples reconhecimento como pessoa.

Note-se que o fato deste reconhecimento da condição de pessoa coincidir com a biologia humana é puro acaso, sendo variável a extensão deste reconhecimento de acordo com a dinâmica de cada cultura, da mesma forma que a coincidência daquilo que se considera compatível a natureza humana é um acidente cultural.

Tanto o reconhecimento da condição de pessoa, como o do que é assegurado por esta condição é preenchido, portanto, por um determinado contexto social, fora do qual nenhuma afirmação sobre a dignidade da pessoa humana é possível.

Toda sociedade produz (ou reproduz) um conceito do que são pessoas humanas e quais direitos decorrem desta condição, qualquer recurso ao argumento da biologia para afirmar quem são seus titulares ou do tratamento como um “fim em si mesmo”



corre o risco de incorrer em uma generalização que talvez possa ser idealmente justificada, mas que não se verifica de forma perene em nenhum ordenamento jurídico.

O direito ao contrário tenta, a partir do conceito de dignidade da pessoa humana, exatamente distinguir aqueles que tem esse direito e os que não tem, e para justificar a juridicidade do tratamento diferente dado à algumas pessoas, neste sentido, a dignidade funciona exatamente como um operador de exclusão hermenêutico, porque, permite dar tratamento aquilo que não é considerado pessoa ou limitar os direitos que não sejam considerados como inerentes à qualidade de indivíduo.

Por isso uma discussão jurídica sobre aborto envolve sempre a determinação de momento que o “algo” atinge o status de “alguém”, o ponto a partir qual o “algo” é reconhecido como pessoa é exatamente o momento a partir do qual deverá receber um tratamento comum dispensado ao gênero humano.

O mesmo se verifica em relação aos animais, que são considerados bens exatamente porque não os reconhecemos como pessoas, por isso uma teoria ancorada na dignidade da pessoa humana tem dificuldade em fundamentar que outros animais tenham tratamento igual ao dispensado à espécie humana, porque não partilhamos com eles o que consideramos como gênero humano.

A dignidade da pessoa humana, quando utilizada pelo Direito, atua antes para diferenciar do que para igualar, pois sem o conceito de dignidade de pessoa humana o Direito encontraria dificuldades na economia da distribuição prerrogativa.

A dignidade enquanto a possibilidade de reclamar reconhecimento como participante da espécie humana dotada de prerrogativas humanas, entretanto, não pode ser compatível com uma distinção interna, ela segrega os de “fora”, porém deveria na sua coerência interna, igualar aqueles que são considerados humanos.

A inobservância da normatividade da dignidade humana, nesta perspectiva, se dá quando alguns, reconhecidos como integrantes da espécie humana, não têm direito de tratamento reconhecido como atribuível ao gênero humano.

A violação à dignidade da pessoa humana deve ser examinada, em nossa perspectiva teórica, pelo direito de ser reconhecido como ser humano e pela coerência entre este direito de ser reconhecido e o direito de tratamento. Se reconhecermos que o

indivíduo é “alguém”, portanto, que ele tem direito de reconhecimento, ele deverá ter um direito de tratamento com isto compatível.

Há duas demandas possíveis de serem extraídas da dignidade da humana o direito de ser reconhecido como ser humano, e o direito de ser tratado como ser humano. Aqueles que não têm direito de consideração, o que decorre de uma sequência de atribuições sociais intersubjetivas, estão excluídos de qualquer proteção à dignidade da pessoa humana, porém aqueles que são considerados humanos não podem ter tratamento diferente daquilo que socialmente se atribui como aceitável ao ser humano.

O direito de ser reconhecido como partícipe do gênero humano, mais do que uma simples obrigação moral constituiria, segundo TAYLOR, uma afronta violadora da própria existência humana, interferindo na concepção que o indivíduo tem de si mesmo.

The thesis is that our identity is partly shaped by recognition or its absence, often by the misrecognition of others, and so a person or group of people can suffer real damage, real distortion, if the people or society around them mirror back to them a confining or demeaning or contemptible picture of themselves<sup>145</sup>.

Quando retomamos essa perspectiva para a explicação das más condições do cárcere, temos que em primeiro lugar, se podemos falar em dignidade da pessoa humana quando da sujeição ao cárcere, é porque não há na prisão, uma negação do reconhecimento do preso como pessoa. Na forma como os sistemas jurídicos contemporâneos contemplam a pena de prisão, esta não corresponde necessariamente a uma negação da qualidade humana do preso, ao menos sob o ângulo normativo.

A pena privativa de liberdade, ainda que ineficaz e propiciadora da reincidência como demonstrado acima, não constitui um tratamento socialmente reservado aos excluídos do gênero humano. Ainda que se possa objetar que a prisão em si seria causa em si de indignidade, é fato que não se pode concluir que a sociedade só dispense este tratamento ao preso por considerá-lo como não humano; o problema da dignidade da pena, não nos parece um problema de reconhecimento, mas sim de tratamento.

O que causa perplexidade na pena é que o tratamento dado ao criminoso pode ser incompatível com aquilo que se considera inaceitável ao gênero humano.

---

<sup>145</sup> TAYLOR, Charles. Ob. Cit. p. 2.

È possível que, em dado tempo histórico, venha a se considerar que a privação de liberdade não é a forma correta de se lidar com desvios, porque incompatível com o que atribuível ao ser humano, mas o fato é que socialmente a prisão é algo que corresponde a uma instituição socialmente aceita.

Somente quando se adota uma ideia de dignidade humana que depende do contexto social, é que pensamos ser possível falar em dignidade do cárcere e indignidade das condições do cárcere. Somente faz sentido teorizar sobre a má condição carcerária, porque a prisão, ainda que socialmente inútil, é socialmente aceita.

Mas aceitar que a prisão não representa a inversão da dignidade significa reconhecer o preso como ser humano, que, portanto, dever receber o tratamento idêntico com aquilo que consideramos compatível com esta condição.

Por isso, quando se trata de examinar se a má condição do cárcere pode ser justificada em algum juízo de sopesamento, cremos que o fato de existir um direito de tratamento como partícipe do gênero humano impede a validade de qualquer argumento que implique na justificação dessas.

Quando se reconhece que existe uma condição de indignidade em um estabelecimento carcerário, assim como em qualquer outro lugar, o direito de tratamento, que decorre da dignidade humana, impede qualquer construção hermenêutica que negue sindicabilidade da má condição carcerária.

No próximo capítulo examinaremos a jurisprudência brasileira, no contraste com a jurisprudência argentina, acerca das más condições do cárcere e examinaremos como as decisões judiciais fogem a uma possibilidade de uma teoria estrutural da dignidade da pessoa e de que forma pensamos poder contribuir para analisar a validade lógico-jurídica dos argumentos utilizados.

## 4 CONDIÇÕES CARCERÁRIAS E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E ARGENTINA.

### 4.1 Compreendendo a normatividade da proteção da dignidade do preso a partir da perspectiva comparada.

A partir do referencial que expomos da dignidade humana, de uma teoria das restrições à direitos fundamentais e da problematização da questão da dignidade do cárcere, que fizemos nos capítulos anteriores, pensamos poder analisar a jurisprudência brasileira acerca da sindicabilidade das condições carcerárias, particularmente no seu contraste com a Argentina.

Neste sentido, é necessário esclarecer uma diferença circunstancial acerca da competência jurisdicional no Brasil e na Argentina, pois no Brasil a questão atinente a consolidação da jurisprudência federal é feita de forma difusa pelos Tribunais Superiores, enquanto a uniformização da jurisprudência argentina é feita pela *Corte Suprema de Justicia de La Nación* (CSJN), que tem tanto a atribuição de uniformização da jurisprudência constitucional como da jurisprudência federal<sup>146</sup>.

No caso brasileiro, a sindicabilidade das condições carcerárias é examinada, em sede de consolidação interpretativa do Direito positivo, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) como Supremo Tribunal Federal (STF), de forma que será a partir dos principais precedentes destes dois tribunais que iremos examinar como são aplicadas às restrições à dignidade da pessoa humana para justificar às más condições do cárcere.

Neste sentido é importante destacar que a dignidade do preso é, no direito brasileiro, tutelada de forma diferente, conforme se trate de preso condenado ou provisório.

Aos presos provisórios, a jurisprudência brasileira vem reconhecendo que a sua submissão além do tempo de duração razoável do processo viola o seu direito à dignidade da pessoa humana, sendo permitido que este responda ao processo em liberdade e até mesmo que seja indenizado, não sendo consideradas restrições

---

<sup>146</sup> ARGENTINA. Constituição. Art. 116 e 117.

juridicamente válidas de sua liberdade questões de ordem pragmáticas como o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”.

No caso dos presos definitivos, as restrições de ordem orçamentária são consideradas válidas pela jurisprudência do STF e do STJ, havendo uma recusa à intervenção do judiciário como matéria que seria estranha à atividade jurisdicional, sendo a impossibilidade de incursão nesta seara uma decorrência do princípio da separação de poderes.

Os arestos do STF e STJ revelam, portanto, o emprego da reserva do possível fática e jurídica, como restrição válida à dignidade da pessoa humana, entretanto, a sua admissão como restrição está condicionada à circunstância de que a prisão seja definitiva.

Note-se que a condenação não permite que o indivíduo frua dos mesmos direitos que tocariam a outro indivíduo igualmente preso, portanto, diversamente do que sustenta a literatura jurídica a que nos referimos no segundo, capítulo, na jurisprudência brasileira, não é a prática de crime que autoriza a restrição do direito à dignidade, mas a condenação transitada em julgada. Essa condenação transitada em julgada passa a permitir não só a limitação da liberdade de locomoção, que seria a restrição tipicamente aceita, mas restringe a própria possibilidade de dignidade e direitos correlatos como saúde, integridade física e psíquica.

Mesmo o direito ao “banho de sol”, medida de caráter sanitário, pode ser restringido por questões pragmáticas e orçamentárias. No Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 269.265 – SP, a sexta turma manteve decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que indeferiu *Habeas Corpus* em benefício dos presos da penitenciária de Martinópolis, no qual se postulava que os presos tivessem direito ao “banho de sol”. Em que pese óbice formais levantados pelo acórdão, constou, ao menos a título de *obiter dictum*, que a Câmara assumiu como elemento de decisão o fato de que a restrição se justificaria pela ausência de possibilidade fática de que os presos tivessem direito ao “banho de sol”. Constou do acórdão:

Por isso, o bem lançado do voto do Tribunal de origem (fl. 80/85): “Como bem justificou o nobre prolator da decisão recorrida, além da falta de estrutura física da unidade prisional, deve-se considerar que “os sentenciados recolhidos no pavilhão de medida preventiva de segurança disciplinar permanecem por curto período em mencionado

pavilhão, tão somente aguardando a sua remoção para outra unidade. E no caso de eventual demora, é assegurado o banho de sol aos mesmos. (...)“ Em que pese ser louvável o objetivo do combativo Defensor Público em ver respeitados os direitos dos sentenciados da Penitenciária de Martinópolis ao banho de sol há que se sopesar que o motivo do isolamento desses sentenciados se deve a situações excepcionais, seja por sua própria segurança, seja porque praticaram condutas classificadas como faltas graves. Cria-se, assim, um celeuma a ser dirimido, priorizar o interesse de sentenciados ou fazer preponderar a manutenção da ordem, segurança, disciplina e, até mesmo, integridade física dos isolados. Infelizmente, a falta de estrutura da Penitenciária nos obriga a optar pela prevalência de um desses interesses, e, respeitados posicionamentos em sentido oposto, entendo que por se tratar de situação que tem curta duração, deverá ser dada prevalência à manutenção da ordem, segurança e disciplina, mantendo-se, para tanto, a r. decisão recorrida<sup>147</sup>.

Nos embargos de divergência no recurso especial nº 962.934/MS, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento da impossibilidade jurídica de indenizabilidade das más condições do cárcere; no caso, tratava-se de discutir se a indenizabilidade das más condições experimentadas por um detento do Estabelecimento Prisional Masculino de Corumbá, no Estado do Mato Grosso do Sul, que estava submetido à superlotação, que era privado da área mínima de espaço vital previsto na Lei de Execuções Penais.

O voto do relator, que constituiu a fundamentação do precedente, entendeu pela ocorrência de violação à dignidade humana, mas afastou, todavia a possibilidade de o Estado ser obrigado a indenizar o detento, fundamentando-se em razões pragmáticas.

Afirmou o Ministro relator:

O que se questiona nos autos não é a existência, ou não, de dano moral. O que se discute é se o sistema jurídico deve acolher a tese da indenização individual, por danos morais, ao preso em condições degradantes.<sup>148</sup>

O que se verificou no voto vencedor é que o direito à indenização ressarcitória deveria ser restringido por dois motivos: 1) Um motivo pragmático: justificado na impossibilidade material do Estado de atender a todas as pessoas que se encontram em más condições nas prisões, pois tratando-se de dano que decorre de uma situação

<sup>147</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Ag.Reg.HC 269.265-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 10/06/2013

<sup>148</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Emb. de Divergência no Recurso Especial nº 962.934/MS, Relator para acórdão Min. César Asfor Rocha, julgamento em 08/10/2013..

tipicamente coletiva a indenização de forma individual acabaria por inviabilizar a melhorias das condições penitenciárias; 2) Um motivo lógico: pois ao declarar a existência do dever de reparar haveria uma incongruência com a jurisprudência do próprio STJ que considera indenizável a morte do preso dentro do sistema prisional, não podendo se dar o mesmo tratamento à morte a situação de indignidade.

Transcrevemos as palavras do ministro:

Configuro duas razões de decidir:

A primeira diz respeito à possibilidade de postular o ressarcimento individual, por um dano moral que decorre de uma situação tipicamente coletiva.

O segundo fundamento decorre da lógica da decisão; ou, ainda, que a decisão em sentido diverso do ocorrido seria ilógica. A primeira é intrínseca ao pedido, ou seja, outorgar a indenização individual agrava o dano coletivo. A segunda é extrínseca, pois em situações assemelhadas, o direito a indenização foi negado. Logo, outorgar-se-ia com indenização o encarceramento, em equivalência a indenização por morte. A primeira demonstração da lógica interna pode ser expressa na forma de axioma: "se, hipoteticamente, fosse concedida a indenização individual, os recursos seriam retirados do erário estadual, o que ensejaria a diminuição da verba para a prestação do serviço é, portanto, para mitigação da situação degradante".

A segunda ausência de lógica está relacionada com a jurisprudência do STJ e a do STF. Em diversos casos, relacionados ao sistema prisional brasileiro, julgados pelas Primeira Segunda Turmas, o direito a indenização foi outorgado, já que se localizava a falta de serviço como causa para a morte de internados:<sup>149</sup>

De se registrar destacadamente que o entendimento da Corte foi claramente orientado por restrições orçamentárias, tendo-se afirmando que: *“O Estado brasileiro não tem condições de dar a essa população prisional o tratamento humano que deveria ter. Não há condições”*.<sup>150</sup>

Esta orientação jurisprudencial é a que hoje prevalece no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, sendo acatada a tese de reserva do possível fática para a restrição da dignidade humana do preso condenado.

---

<sup>149</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Emb. de Divergência no Recurso Especial nº962.934/MS, Relator para acórdão Min. César Asfor Rocha, julgado em fevereiro de 2008.

<sup>150</sup> *Idem.*

Esta perspectiva contrasta com a orientação dos mesmos tribunais em relação à situação do preso provisório e do preso que cumpre pena além do determinado em sua sentença, caso em que a dignidade da pessoa humana tem sido utilizada como justificativa para indenização do encarcerado.

No Recurso Especial nº 80.2435/PE, o Superior Tribunal de Justiça examinou o seguinte problema, um indivíduo foi detido em uma cadeia pública no estado de Pernambuco por treze anos sem que houvesse sua condenação, neste caso, a Corte adotou o entendimento de que a condição de indignidade experimentada pelo preso, por não estar justificada por uma condenação, justificaria o ressarcimento pecuniário no valor de R\$ 1.840.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta mil reais), por danos morais. Constatou o voto, acolhido por unanimidade, como razão de decidir:

Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade foi uma “morte em vida”, que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e de sua inteireza humana?<sup>151</sup>

Em caso similar, ao decidir acerca da inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória nos crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal reiterou que a condição de preso provisório não justificada por uma necessidade cautelar, independentemente do crime, corresponderia a violação da dignidade da pessoa humana:

Tráfico de entorpecentes. (...) Prisão em flagrante. Óbice ao apelo em liberdade. Inconstitucionalidade: necessidade de adequação do preceito veiculado pelo art. 44 da Lei 11.343/2006 e do art. 5º, XLII, aos arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB. (...) Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o art. 44 da Lei 11.343/2006 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no art. 5º, XLIII, da CB. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no art. 5º, XLIII, da CB. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir -se que o art. 5º, XLIII, estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. A inafiançabilidade não pode e não

---

<sup>151</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 802435/PE, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento, julgamento em 19/10/2006.



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.<sup>152</sup>

Veja-se que esta dicotomia de tratamento entre o preso provisório e preso condenado é reveladora de que a prisão, na perspectiva da jurisprudência brasileira, traz consigo uma indignidade aceitável no caso de condenação, porém inaceitável em se tratando de preso provisório, o que demonstra que o grau de restrição suportada pela dignidade do preso provisório é menor do que a suportada pelo preso condenado.

Diversamente da jurisprudência brasileira, a jurisprudência argentina da CSJN, desconhece a distinção de tratamento entre presos provisórios e definitivos, pois o tratamento normativo dado pela Corte Constitucional Argentina em relação aos condenados e provisórios é idêntico.

Na Argentina, o principal precedente acerca da más condições carcerárias é o caso *Verbisky*<sup>153</sup>, julgado em 03 de maio de 2005, no qual a CSJN julgou, em *Habeas Corpus* coletivo, a coação ilegal decorrente das más condições carcerárias a que eram submetidas todos os presos da província de Buenos Aires. A ação foi proposta pela CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), respresentada por seu diretor, *Horacio Verbisky*, que pretendia um provimento da CSJN para que a prisões fossem realizadas em estabelecimentos adequados à condição humana.

Alegava a instituição que, a época, a província de Buenos Aires possuía 3.178 vagas no sistema penitenciário, nas quais eram abrigados 6.364 presos, afirmando que as prisões se encontravam em:

(...) un estado deplorable de conservación e higiene, que carecían por ló general de ventilación y luz natural, que no contaban con ningún tipo de mobiliário – por ló que toda la actividad (comer, dormir, etc) que desarrollaban lós internos debía llevarse a cabo em el piso-<sup>154</sup>

O pedido referia-se não só aos presos condenados, mas também aos presos provisórios, tendo a Corte constatado, após debates públicos, que o principal fator para a superpopulação carcerária em Buenos Aires era o grande aumento do número de presos cautelares.

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 94.408, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10/02/2009 .

<sup>153</sup> ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo 348: 1146, julgamento em 03/05/2006.

<sup>154</sup> ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo 348:1146, julgamento em 03/05/2006, p.

Diante desta circunstância, debateu-se se não seria o caso de dar tratamento diferente aos presos cautelares, especialmente porque havia dúvida se o artigo 18 da Constituição Argentina, que assegura o direitos à boas condições carcerárias aos presos, seria atribuível aos presos condenados ou somente aos provisórios.<sup>155</sup>

A polêmica foi discutida expressamente na decisão, tendo se confirmado que o tratamento do preso condenado em nada poderia ser diferente do preso provisório, porque a ambos assistiria o direito de ter um tratamento humano:

El alcance de este texto ha sido puesto en discusión [art. 18 da Constituição Argentina], dudándose si abarcaba a los condenados, pues tiene un claro origen historico iluminista referido a la prisión cautelar (...) Sin embargo ha quedado superada las discusión despues de la reforma constitucional de 1994, en cuanto a que los fines reintegradores sociales de la pena de prisión están consagrados en virtud del inc. 22 del art. 25 constitucional.(...)

Que la privación de libertad, al título que fuese, tiene um efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente. “las cárceles en si mismas, por su condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlias en forma que aumentan esse mal”<sup>156</sup>

Esta primeira observação extrema a jurisprudência argentina da brasileira e permite verificar que a distinção de tratamento entre presos provisórios e condenados não corresponde a algo natural, mas a uma característica de nossa jurisprudência, que sugere que, entre nós, consideramos que as prerrogativas de tratamento humano são mais ou menos suscetíveis à restrição no caso dos presos provisórios do que dos presos definitivos, exatamente porque a jurisprudência brasileira constitui uma diferenciação subjetiva a partir do trânsito em julgado da sentença, que explica uma diferenciação clara de tratamento.

Diversamente, também, da forma como decide a jurisprudência brasileira, a decisão no caso *Verbitsky* apontou para a possibilidade de sindicabilidade das más condições carcerárias pelo judiciário, inclusive as experimentadas pelo preso

<sup>155</sup> O citado artigo tem a seguinte redação: *las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en Ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable el juez que la autorice*, cf. ARGENTINA. Constituição. Art. 18.

<sup>156</sup> ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *fallo* 348:1146, julgamento em 03/05/2006, p. 29.

condenado. Na forma como compreendida pela Corte Argentina, o direito à dignidade do preso não se insere no âmbito da disponibilidade e da conveniência das políticas públicas, caso em que o controle na via judicial seria impossível, mas constitui um direito fundamental passível de sindicabilidade:

Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no justiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias<sup>157</sup>.

Diante das conclusões no precedente *Verbitsky*, a CSJN determinou inúmeras medidas destinadas a fazer cessar a exposição dos presos da província de Buenos Aires as más condições carcerárias.

A forma de tratamento diferenciado dada aos presos provisórios e o tratamento da questão da má condição carcerária como uma questão de políticas públicas, que constituem características da jurisprudência brasileira, contrasta com a unidade de tratamento normativo da má condição do cárcere e a distinção entre direitos individuais e políticas públicas, que são características da jurisprudência argentina.

Estas duas diferenças nos permitem concluir que o sentido normativo da dignidade humana em cada uma das realidades contrastadas, apontam para compreensões diversas do que seja, em geral, a dignidade pessoa humana e, particularmente, o que garanta esta cláusula em relação ao preso, demonstrando que existem formas diferentes de apropriação hermenêutica da dignidade da pessoa humana.

No caso brasileiro, se constata um emprego mais explícito da teoria dos princípios, a dignidade da pessoa humana aparece claramente como um princípio normativo que é sujeito a um juízo de ponderação. Na forma como utilizada pela jurisprudência argentina, a dignidade da pessoa humana não aparece como um princípio de direito suscetível de restrição, frequentemente, a CSJN refere-se mais à violação da dignidade através da infringência do direito à integridade física e à vida.

A sensibilidade jurídica da dignidade no Brasil indica uma possibilidade de distinção de grau e extensão do direito à dignidade, o que se faz sentir pela forma como

---

<sup>157</sup> ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *fallo* 348:1146, julgamento em 03/05/2006, p 25.

consente com uma diferença de tratamento ao preso provisório e ao preso condenado, o que não ocorre, por exemplo, na jurisprudência argentina.

Isso permite supor que a condição de preso definitivo causa, no Direito brasileiro, uma modificação sobre o seu estatuto jurídico, tornando maior o espectro de restrição de sua dignidade. O que se quer dizer, portanto, é que esta diferença de tratamento entre presos provisórios e presos condenados permite identificar que o Direito brasileiro, com a sentença condenatória, modifica a compreensão daquilo que pode ser considerado um tratamento minimamente aceitável ao gênero humano.

A condenação não permite que o indivíduo frua dos mesmos direitos que tocariam a outro indivíduo, nem mesmo a outro indivíduo igualmente submetido à prisão. Este contraste entre o direito à dignidade do preso provisório e do condenado, nos permite concluir que para o direito brasileiro há uma intensidade de restrição mais tolerável com o trânsito em julgado da sentença, que passa a permitir não só a limitação da liberdade de locomoção, mas atua limitando inúmeros outros direitos, tais como o direito a saúde, a integridade física e, em última análise, qualquer direito que se relacione ao seu desenvolvimento como Ser Humano.

#### **4.2 Análise crítica da jurisprudência brasileira a partir da comparação.**

Visto em que sentido a dignidade da pessoa humana é utilizada na jurisprudência brasileira para justificar a impossibilidade de sindicabilidade das más condições carcerárias, formularemos as seguintes questões: a interpretação dada pela jurisprudência brasileira acerca da extensão do direito à dignidade pode ser justificada em uma teoria pós-liberal do Direito? A interpretação dada pelo STF e pelo STJ guarda coerência, ao menos interna, com uma teoria das restrições a direitos fundamentais?

Como se viu, a comparação pelo contraste permite constatar que a decisão acerca do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, se mostra diferente em realidades jurídicas distintas. Mesmo as más condições carcerárias constituindo um problema comum e as constituições brasileira e argentina estabelecendo a existência de

um direito à dignidade do indivíduo preso, mesmo marcadas por tantas similitudes, as culturas jurídicas de cada país se orientam na elaboração de um sentido próprio da normatividade da dignidade da pessoa humana.

Este cotejamento entre culturas e a verificação da diversidade das soluções normativas dadas as condições de indignidade da prisão, nos permitem concluir que o sentido jurídico da dignidade humana não é universal, que não se pode compreender o que o direito a dignidade da pessoa humana atribui, desconsiderando o contexto cultural em que a sua juridicidade se desenvolve. Assim, a decisão sobre quais direitos a dignidade do preso lhe atribui não é isenta da influência de um particular contexto social em que é tomada.

Esta conclusão é suficiente, nos parece, para demonstrar a ausência de correspondência entre a perspectiva normativa da dignidade e a perspectiva kantiana da dignidade. No sentido kantiano, a dignidade humana sendo algo independente da cultura, constituindo uma revelação da real natureza do Ser Humano, deveria corresponder a um direito idêntico em qualquer cultura jurídica, mas não é isto que ocorre. A compreensão normativa da dignidade é variável de acordo com a cultura, porque, hoje, no mínimo, aquilo que se considera atribuível ao gênero humano é variável, não podendo ser estabelecido *a priori*.

De fato, quando a teoria jurídica se refere à indefinição do conceito de dignidade humana, em verdade não é porque não se trata de um conceito “etéreo”, “abstrato” e, mas porque semântica normativa da dignidade tem um conteúdo dinâmico, que é preenchido exatamente pela cultura.

Deve nos ocorrer, então, uma indagação, que antecede o exame da validade e acerto da jurisprudência brasileira, trata-se da possibilidade de se avaliar se o uso de conceitos abertos afasta a possibilidade de crítica quanto à correta utilização da dignidade humana pelos tribunais, face a uma suposta indefinição, *a priori*, da dignidade. Seria possível avaliar como errada a decisão de insindicabilidade individual das más condições do cárcere na jurisprudência brasileira? Há uma decisão juridicamente errada para solucionar a questão?

Responder negativamente as afirmações acima significa o mesmo que responder que decisões judiciais estão sempre certas diante de “casos difíceis” e, ao mesmo tempo,

que o Poder Judiciário a discricionariedade para optar pela saída que lhe pareça apenas mais conveniente, especialmente em casos em que a solução por simples subsunção pareça complexa.

Esta, por exemplo, é a opinião de HART, para quem:

Um supremo tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava “errado” não tem consequências dentro do sistema: não são por isso alterados os direitos e deveres de ninguém. A decisão pode, claro, ser desprovida de efeitos jurídicos através de legislação, mas o próprio facto de que o recurso a tal é necessário demonstra o carácter vão, no que respeita ao direito, da afirmação de que a decisão do tribunal estava errada.<sup>158</sup>

Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorro, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes.<sup>159</sup>

Como vimos no capítulo 2, é precisamente no sentido oposto que caminha a teoria jurídica contemporânea, segundo as formulações teóricas que vimos, é no controle da fundamentação e da argumentação da decisão judicial que a teoria pós-liberal compreende a preservação do Estado Democrático.

É, inclusive, a afirmação de que é necessária uma teoria que explique como o juiz deve decidir diante de casos difíceis que está na gênese do pós-positivismo que “empurrou” o Direito em direção à teoria dos princípios.

O tema dos “casos difíceis” e de sua decidibilidade, especialmente em seu contraste com a posição de HART, foi trabalhada por DWORKIN, para quem a inconsistência dos fundamentos permite afirmar que uma decisão judicial é antijurídica:

Os juízes são injustos quando cometem erros sobre os direitos jurídicos, sejam tais erros em favor do demandante ou do acusado. A objeção chama atenção para o fato de que eles cometerão tais erros em algumas ocasiões, pois são falíveis e, de qualquer modo, divergem entre si. É certo, porém que embora nós, enquanto críticos sociais,

<sup>158</sup> HART, Hebert. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação calouste gulbenkian. 2001. p. 155.

<sup>159</sup> *Idem*. p. 336.

saibamos que erros serão cometidos, não sabemos quando(...) Devemos confiar nas técnicas de decisão judicial que, a nosso juízo, possam reduzir o número de erros, com base em algum juízo a respeito das capacidades relativas dos homens e das mulheres que podem desempenhar diferentes papéis.<sup>160</sup>

Que exista uma discricionariedade na decisão judicial e que esta, muitas vezes, se dê em razão da imprecisão semântica de uma norma jurídica ou de uma peculiaridade do caso não se nega, entretanto, que o controle da fundamentação é o que é capaz de manter a juridicidade e o caráter democrático da decisão judicial, constitui, parece-nos, a forma de assegurar a vinculação entre legitimidade da lei e decisão judicial:

Alguns leitores podem objetar que, se não existe nenhum procedimento, mesmo em princípio, para demonstrar quais são os direitos jurídicos das partes nos casos difíceis, pode-se inferir que elas não têm nenhum. Essa objeção pressupõe uma tese polêmica de filosofia geral: nenhuma proposição pode ser verdadeira a não ser que possa, pelo menos em princípio, ter sua veracidade demonstrada. Não há razão alguma para se aceitar tal tese como parte de uma teoria da geral da verdade, mas há boas razões para rejeitar sua aplicação específica a proposições que dizem respeito aos direitos jurídicos.<sup>161</sup>

Ao constatar que os juízes utilizam princípios como fundamento para decidir e que princípios podem se revestir de carga semântica indeterminada, o que se pretende não é que estes decidam de forma absolutamente discricionária e instaurem a sua própria versão democrática de Estado, mas que no processo de decisão observem aquilo que o processo de debate público erigiu como norma jurídica, e que, neste contexto, construam normas particulares.

Como conclui NINO:

Um reconocimiento del valor epistémico de la democracia deliberativa implica la creencia en la primacía del proceso de discusión colectiva y decisión mayoritaria por sobre cualquier otro procedimiento para determinar soluciones moralmente aceptables a conflictos sociales, incluso aquellos que involucran derechos. Sin embargo, una forma matizada de control judicial de constitucionalidad puede asegurar que los resultados epistémicos que surgen de proceso democrático resulten combinados con las demandas que provienen de la constitución ideal de los derechos y de la constitución histórica.<sup>162</sup>

<sup>160</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo 2002. p. 203.

<sup>161</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>162</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial gedisa. 1997. p. 293

Não se pode perder de vista que os magistrados interpretam o Direito fora de um esquema de racionalidade, que funciona, muitas vezes para adaptação da racionalidade abstrata à problemas pragmáticos que reclamam uma solução frequentemente casuística.

Como afirma BORDIEAU:

É claro que os magistrados, por meio de sua prática, que os põe directamente perante a gestão dos conflitos e uma procura jurídica incessantemente renovada, tendem a assegurar a função jurídica incessantemente renovada, tendem a assegurar a função de adaptação ao real num sistema que, entregue são a professores, correria o risco de se fechar na rigidez de um rigorismo racional: por meio da liberdade maior ou menor de apreciação que lhes é permitida na aplicação das regras, eles introduzem as mudanças e as inovações indispensáveis à sobrevivência do sistema que os teóricos deverão integrar no sistema.<sup>163</sup>

Porém a argumentação e crítica à jurisprudência, a partir de uma teoria que anteceda a decisão, é precisamente o que assegura, em um conflito dialético, que o resultado da decisão judicial se explique em uma teoria jurídica democrática.

BORDIEAU explica que o conteúdo da lei é exatamente o resultado deste conflito entre a racionalidade prática do magistrado e a racionalidade especulativa da teoria geral do “jurista”, de forma que:

Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotadas de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das “regras possíveis”, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer sua significação real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais,<sup>164</sup>

Aceitar que a norma seja apenas a expressão da vontade do magistrado nos casos difíceis, torna este trabalho naturalmente desprovido de qualquer utilidade prática, bem assim como uma Teoria do Direito, de forma que ao prosseguir, devemos advertir o leitor que consideramos que as decisões judiciais podem ter a sua validade controlada a partir do exame da coerência de seus argumentos.

---

<sup>163</sup> BOURDIEAU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand brasil. 2012, p.220/221.

<sup>164</sup> *Idem.* pp.224/226.



É preciso indicar que partimos da premissa, de que a crítica à forma de decisão é precisamente o que submete a decisão judicial ao debate público e contribui, em um processo dialético, para modificações na forma como as normas são aplicadas.

Estabelecidas estas questões epistemológicas e os limites científicos de uma crítica à jurisprudência, constatamos problemas na jurisprudência brasileira no que se refere à sindicabilidade das más condições carcerárias, que nos parecem poder concluir pela invalidade das decisões da jurisprudência brasileira e afirmar, respondendo à hipótese desta dissertação, que condições de indignidade experimentadas pelos detentos no cárcere são individualmente “justiciáveis” e restrições a direitos fundamentais não podem ser utilizadas para afastar demandas individuais que tomem por causa de pedir as condições de indignidade na prisão.

Como passaremos a demonstrar, há três razões que nos permitem indicar como falhas as decisões judiciais brasileiras acerca das más condições carcerárias: a) ausência de um conceito do âmbito normativo da dignidade; b) tratamento da dignidade humana do preso como uma questão de política pública e utilização de restrições de caráter pragmático em matéria de direitos individuais fundamentais; c) falta de exame do princípio da proporcionalidade como validador da restrição à dignidade da pessoa humana do preso.

O que constatamos na abordagem das decisões, tanto do STJ e no STF, num primeiro plano, é que em nenhuma delas há uma preocupação em determinar o âmbito normativo da dignidade, recorrendo a utilização da expressão “dignidade da pessoa humana” como se o conjunto de direitos decorrentes dessa dignidade correspondesse a algo já conhecido. Frequentemente a jurisprudência se refere a ideia de dignidade no sentido proposto por Kant, sem entretanto, detalhar o que se asseguraria por intermédio da cláusula de proteção à dignidade.

Esta falta de precisão do âmbito normativo, ínsita à própria concepção kantiana de dignidade, parece produzir um uso desnecessário da tutela da dignidade da pessoa humana para justificar a proteção de determinados direitos, como ocorre, por exemplo, no caso dos presos provisórios.

Quando se trata, por exemplo, de discutir a responsabilidade do Estado por excesso de prazo na prisão cautelar, por não estar justificada nas hipóteses legais, o

recurso à dignidade da pessoa humana aparece desnecessariamente para justificar o dever do Estado de indenizar, como se o tratamento inumano se justificasse apenas no caso do condenado. O recurso à dignidade da pessoa humana, nestes casos, é desnecessário, já que está responsabilidade decorrente de conduta culposa do Estado, caso que se resolve no âmbito da teoria da responsabilidade civil.

A utilização da dignidade da pessoa humana, nesses casos, como fundamento de decidir, é resultado de uma indeterminação do âmbito normativo do direito à dignidade e acaba constituindo uma discrepância no tratamento dado aos presos provisórios e condenados.

Uma análise posterior mostrará que uma adequada definição do âmbito normativo da dignidade evitaria a sua utilização para justificar a reparação do dano no caso dos presos provisórios, dotando de maior coerência os julgados das Cortes Superiores.

Uma questão, também de difícil justificação, relaciona-se com a abordagem do direito à dignidade humana como uma questão de políticas públicas e o seu tratamento como um direito social que adotada pela jurisprudência brasileira.

Os direitos sociais, por sua natureza, têm sua realização subsumida à constituição de políticas públicas, às quais podem ser, somente em casos excepcionais, controladas pelo Poder Judiciário.

Direitos como saúde, educação e cultura, são impossíveis de tutela individual, em determinados casos, exatamente porque, embora o Estado esteja, na forma da Constituição, obrigado a provê-los, o grau de satisfação destes direitos pode ser amplíssimo e há questões pragmáticas que impõem o impossível atendimento no mais alto grau de satisfação destes direitos.

Políticas públicas podem definir o grau de satisfação que a sociedade terá com saúde, educação e cultura, desde que não representem a supressão do mínimo existencial. O mínimo de saúde, educação e cultura deve estar garantido pela política pública e aí se entende que o Estado possa ter escusas de ordem financeira e orçamentária para o atendimento de direitos sociais, cabendo a intervenção do judiciário apenas naqueles casos em que a política pública não assegure o conteúdo mínimo ou não se revele proporcional à restrição.

Diversamente os direitos individuais, máxime quando se trate de direitos exercidos contra o Estado, não têm a sua aplicação limitada por políticas públicas, sob pena de se inverter a proteção dada pelo Estado ao indivíduo.

Quando a Constituição dispõe que o indivíduo tem o direito à vida, não há, neste caso, possibilidade de que o Estado se escuse de atender o direito à vida que o indivíduo possui por razões orçamentárias e financeiras, isto exatamente porque não se trata de direito social, mas de direito individual fundamental.

Não fosse assim, reduziríamos os direitos individuais fundamentais a uma fórmula de inefetividade, já que o Estado, diante da impossibilidade de prestar o direito à intimidade, privacidade, liberdade de locomoção, propriedade, poderia justificar sua conduta em políticas públicas e insindícaveis pelo poder judiciário.

No caso dos presos, como melhor examinaremos adiante, o direito a um tratamento humano não constitui um direito social, mas um direito individual do preso, que não é disponível em políticas públicas, razão que o torna tipicamente sindicável em ações judiciais.

Neste sentido a jurisprudência dos tribunais superiores não distingue a utilização de restrições à dignidade e a utilização de restrições pragmáticas aplicáveis aos direitos sociais.

Há também na jurisprudência brasileira a falta de utilização do princípio da proporcionalidade como critério norteador da verificação da proteção do mínimo de dignidade.

Em nenhum caso pesquisado, nem no que respeita aos presos condenados nem em relação aos provisórios, o STJ e o STF considera que deve fazer um exame da proteção a um núcleo essencial do direito.

A questão é posta como se a restrição pudesse se dar a ponto de suprimir, de forma discricionária, a dignidade do preso. O recurso ao princípio da proporcionalidade, na forma como proposta por ALEXY, poderia contribuir para que se examinasse, ao menos se a restrição poderia validamente ser justificada diante das razões pragmáticas colocadas para justificar as más condições carcerárias.

### **4.3 Contribuições para a uma nova compreensão hermenêutica da dignidade da pessoa humana.**

Do que dissemos no tópico anterior, se evidencia que há falhas na lógica da argumentação utilizada para afastar a justiciabilidade das más condições do cárcere e que o direito a dignidade da pessoa humana pode não estar sendo observado na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ou que o direito protegido pode não corresponder a um conceito orgânico e coerente de dignidade humana e de suas restrições.

Pensamos que a correção deste problema se inicia com a tentativa de se estabelecer de forma mais clara o âmbito normativo da proteção da dignidade da pessoa humana. De fato, se partirmos da ideia kantiana de dignidade, a crítica a jurisprudência nacional é muito difícil.

Se a dignidade é vista como uma especial qualidade do ser humano que o impede de ser tratado como coisa, devendo ter tratamento coerente com a sua qualidade de ser racional, se o sentido normativo da dignidade se confunde com o sentido kantiano, então a jurisprudência nacional pode estar correta.

Porque a nossa especial qualidade de ser racional, sempre exigirá o máximo de saúde, educação, cultura, entretenimento, felicidade e realização como pessoa, o que não pode ser atendido pelo Estado, porque colocado sob este prisma, a dignidade aponta sempre para algo maior do que temos hoje.

No sentido kantiano a dignidade é uma contínua progressão rumo ao futuro que nos garantirá o tratamento como pessoa e não como coisa, mas que não pode ser plenamente atendido por força das circunstâncias fáticas, a versão kantiana, utópica na sua gênese, transforma o sentido normativo de dignidade em um sentido igualmente utópico, que nunca poderá ser plenamente satisfeito.

No caso dos presos, este caráter utópico do direito à dignidade, faz pressupor que ele não pode ser exigido plenamente, mas que pode sofrer restrições por questões pragmáticas, tais como os direitos sociais.

A equiparação de tratamento se dá exatamente porque a noção kantiana formula a dignidade com a mesma estrutura que os direitos sociais possuem, ambos passam a ser vistos como anseios que, com sua concretização, passam a exigir um grau maior de atendimento. Por exemplo quanto maior o atendimento ao direito a educação, maior é a demanda por direito à educação, porque se o ensino superior fosse acessível para todos, haveria uma necessidade de ensino de pós-graduação e assim sucessivamente. Neste sentido, o direito à educação, assim como os demais direitos sociais, nunca pode ser plenamente satisfeito, pois na medida em que o aumenta o seu atendimento, aumenta, na mesma proporção, a demanda por sua ampliação.

No sentido kantiano, a dignidade funciona da mesma forma: quanto mais tratamento humano, quanto mais proporcionamos ao indivíduo o tratamento como um ser especial, maior passa a ser a exigência por este atendimento.

Quando pensamos assim, o menor grau de atendimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais pode ser justificado em razão de questões pragmáticas e neste sentido não podemos falar em invalidade dos argumentos do STJ e do STF em relação a insindicabilidade das má condições a que são submetidos aos presos. Poderíamos questionar, no máximo, o que também não é feito pelos dois tribunais, se a política pública obedece ao princípio da proporcionalidade.

Porém, considerar a dignidade da pessoa humana como uma questão de política pública, seja do preso ou de qualquer pessoa, pode se apresentar como uma questão de difícil solução, já que políticas públicas são baseadas essencialmente no consenso.

Se o consenso definisse o direito que a dignidade das pessoas atribui, seguramente minorias, aí incluídos os presos, experimentariam dificuldades sérias de acesso a direitos e o sentido contramajoritário do Direito estaria prejudicado.

Entendemos que a solução para a redução da imprecisão semântica do conceito de dignidade humana pode ser feita ao abandonarmos a perspectiva kantiana e consideramos que a dignidade humana corresponde a uma atribuição intersubjetiva da qualidade de pessoa titular de prerrogativas humanas.

Se consideramos, como vimos no capítulo 3, que a dignidade da pessoa humana constitui simplesmente o direito de reconhecimento e o direito de tratamento àquilo que

referenciamos socialmente como humano, restringimos seu âmbito de incidência e tornamos menos complexa as decisões que envolvam a dignidade da pessoa humana.

Ao colocar o problema da sindicabilidade do direito à dignidade do preso face às más condições carcerária, em termos de direito de reconhecimento e direito de tratamento, verificamos que se reconhece o preso como ser humano, que, portanto, tem direito ao tratamento idêntico aquilo que consideramos aceitável ao ser humano.

Se quisermos resolver, por exemplo, se alguém tem direito a indenização por danos morais por ter sido inscrito, irregularmente, em cadastro de devedores, verificamos que esta questão não se relaciona em nada com a dignidade da pessoa humana trata-se de simples violação a lei e talvez de dano à imagem, mas não à dignidade.

O mesmo se dá, por exemplo, no caso da discussão do excesso de prazo nas prisões cautelares. A discussão não tem relação com a dignidade humana, porque o Estado não deixou de reconhecê-lo ou tratá-lo como ser humano, ou pelo menos não poderia fazê-lo, a indenização no caso decorre do erro judiciário que lhe acarretou o prejuízo de ter ficado preso ilegalmente. Não é preciso discutir dignidade quando o Estado infringe uma norma jurídica e causa dano a outrem.

Por outro lado um tema como a vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não foge ao tema da dignidade da pessoa humana, precisamente porque uma vez que consideramos que a opção sexual não interfere na condição de pessoa, não se justifica que os homossexuais recebam tratamento menor privilegiado que os heterossexuais.

A compreensão da dignidade da pessoa humana, reduzindo-se seu âmbito normativo, permite utilizar a dignidade, mesmo contra majoritariamente, pois a afirmação de que somos todos humanos imporá isonomia de prerrogativas, reduzindo o grau de discricionariedade da decisão frente a casos em que a decisão judicial deva se dar em contrariedade a opinião pública.

Posição análoga a esta é adotada por NINO:

Como directiva de moralidad social se da por defecto: en la medida em que adoptemos ese principio y no tengamos justificación para adotar otros principios que prescriban tomar también en consideración propiedades diferentes de las personas, como la de su color de piel o

grado de inteligència, entonces la directiva que él establece importa un ingrediente fundamental de una concepción liberal de la sociedad. Asumiendo que no puede justificarse la adopción de este principio de dignidad de la persona surge la ilegitimidad de institucionaes o medidas que discriminen entre los hombres – p. ej., a los afectos de las distribución de recursos o de la adigancón de penas, sobre la base de factores que no están sujetos a la voluntad de los individuos.<sup>165</sup>

Vista como propomos, a dignidade humana perde também sua natureza de princípio jurídico e ganha status de postulado lógico do ordenamento jurídico democrático, que lhe retira da possibilidade de conflitar com princípios.

Uma das grandes dificuldades da teoria dos princípios é exatamente a de justificar como a dignidade da pessoa humana pode ser restringida por outras normas, diante da impossibilidade da existência de direitos absolutos.

Se a dignidade é vista como um direito, sua aplicação a submete a um juízo de ponderação, podendo ser restringida por outras normas o que causa perplexidade diante da consideração da dignidade como um fundamento da existência do Estado e razão de sua existência.

Reduzido o âmbito normativo da dignidade ao direito de reconhecimento e de tratamento, isto se revela um postulado do próprio Estado Democrático contemporâneo, pois este é marcado exatamente pela ideia de que todos somos seres humanos, iguais, e que, portanto, devemos ser tratados como iguais.

Assim, nessa perspectiva, não há que se falar em conflito entre dignidade e outros direitos, pois sempre que houver violação ao direito de reconhecimento e ao direito de tratamento, se estará diante de uma situação de frustração do direito à dignidade humana, que seria incompatível com a própria noção de Estado Democrático.

Se o Estado Democrático de Direito representa, em seu núcleo mínimo, que todos os Seres Humanos são iguais e que existe um tratamento mínimo que deve ser protegido e garantido pelo Estado, logo não há possibilidade de conflito entre esta afirmação e qualquer outro direito.

---

<sup>165</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Editoa ástrea de Alfredo y Ricardo depalma. Buenos Aires. p. 267.

É claro que esta compreensão de dignidade abarca uma noção particularmente aberta, pois consente que o conteúdo do que se atribui à dignidade humana seja o resultado de atribuição social. Da forma como propomos, a dignidade humana sofre com o fato de dever ser justificada no consenso.

Mas que os direitos inerentes à condição humana decorram de uma atribuição social variável e não da racionalidade humana, como propõe Kant, é tanto um fato histórico como também algo desejável, pois nada assegura que possam ser protegidos quando não puderem ser justificados e aceitos em uma esfera pública de decisão. Como explica SEN:

A alegação de que determinada liberdade é importante a ponto de ser vista como um direito humano é uma alegação de que esse juízo se sustentaria sob um exame racional. De fato, em muitos casos ele pode se sustentar, mas nem sempre. Às vezes podemos estar muito perto de uma concordância geral, sem alcançar uma aceitação universal. Os defensores de determinados direitos humanos podem estar envolvidos num trabalho ativo de divulgar o máximo possível suas ideias centrais. É claro que ninguém espera que haja unanimidade sobre o que todos de fato querem no mundo, e há poucas esperanças de que, digamos, um racista ou sexista convicto inevitavelmente de posição graças à força de uma argumentação pública.<sup>166</sup>

A disputa social pela afirmação daquilo que corresponde aos direitos inerentes à condição humana, especialmente no que se refere ao caso dos presos, é o que garante o caráter democrático do conceito, permitindo uma dinâmica contínua de produção semântica da dignidade humana, o que lhe atribui uma utilidade social.

É claro que os defensores do reconhecimento de uma categoria mais ampla de direitos humanos tendem a pressionar por mais, e a luta pelos direitos humanos é compreensivelmente um processo contínuo e interativo.<sup>167</sup>

Se o tratamento que é dado ao preso correspondesse àquilo que consideramos aceitável ao ser humano, neste caso poderíamos concordar com a jurisprudência brasileira. Ocorre que a má condição carcerária não pode ser justificado em uma argumentação pública. Esta impossibilidade de fundamentação em uma argumentação

<sup>166</sup> SEN, Amartya. A ideia de justice. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.p.420.

<sup>167</sup> *Idem.* p.421.



pública é precisamente o que garante a antijuridicidade da decisão judicial que considere não justiciável a indignidade da prisão.

## 5 CONCLUSÃO.

As reflexões deste trabalho indicam que a ideia de normatividade da dignidade da pessoa humana é indiscutivelmente uma característica do Constitucionalismo Liberal do século XIX e da teoria jurídica e política que o acompanha.

A captura normativa da dignidade humana, em seu desenvolvimento inicial, representa a tentativa de transposição da ideia kantiana de que o Ser Humano seria dotado de uma especial qualidade de criatura racional que lhe asseguraria o tratamento como um fim em si mesmo, para o âmbito da teoria política e jurídica.

A ideia liberal de que o indivíduo constituiria um “fim em si mesmo” implicará, na teoria jurídica liberal, que a organização política deverá se desenvolver para a proteção desta individualidade, em razão disto, o Estado Liberal terá como sua nota característica exatamente a tentativa de situar o Ser Humano, em sua individualidade, como vértice de ordenamento jurídico e razão de existir do Estado.

A concepção política de que o indivíduo deve ser protegido contra o Estado e que o coletivo não pode sobrepujar o individual, é responsável pela concepção positivista do Direito. Neste sentido o positivismo jurídico representa a teoria jurídica adequada a uma teoria política liberal.

Como consequência de uma série de questionamentos acerca do individualismo e da possibilidade de preponderância do indivíduo sobre o coletivo, teorias pós-liberais de Estado evidenciaram que a radicalização da primazia do indivíduo constitui óbices sérios à modificações sociais rumo aquilo que a sociedade reputa como justo.

Os diversos conflitos de interesse manifestados, especialmente, nos movimentos sociais da década de 60, revelaram que há uma diversidade do gênero humano e que o tipo de compreensão que cada pessoa tem do que pode ser uma vida adequada a sua realização é muito variável e é impossível de ser provida plenamente pelo Estado, dada a escassez de recursos e a contradição que estes direitos encerrariam entre si.

É precisamente a partir destas constatações, especialmente na verificação dos problemas que advém do individualismo, que se desenvolverá um conjunto de teorias pós-liberais de Estado, com particular relevo para crítica feita pelo comunitarismo.

Uma teoria jurídica fundamentada na proteção do indivíduo, como a teoria política liberal e sua coextensão jurídica o positivismo, resulta que o processo de aplicação das normas jurídicas é visto como um processo silogístico simples, onde, a fim de proteger a segurança e a previsibilidade do resultado para o indivíduo, a decisão deve corresponder a simples subsunção do fato ao comando normativo abstrato.

Mas fora do esquema liberal-positivista, não se reconhece que as normas jurídicas estabeleçam sempre posições definitivas, diversamente, há uma negativa a existência de direitos absolutos.

Neste caso, o sistema de aplicação das normas jurídicas é significativamente mais complexo, envolvendo processos de ponderação que permitem impendem, em determinado sentido, que se estabeleça dissociadamente do caso concreto qual o comando que exsurge de algumas normas jurídicas. Especialmente porque as normas podem conflitar entre si e os critérios de resolução de antinomias são substituídos por juízos casuísticos de ponderação.

Assim a norma, como comando jurídico determinado, só pode ser estabelecida, em alguns casos, fora do positivismo jurídico, pelo próprio magistrado no exame peculiar do caso.

Fácil perceber que esta forma de compreensão permite um maior campo de arbítrio do julgador, razão pela qual a teoria jurídica contemporânea se dirige exatamente ao controle da decisão judicial, sendo exatamente este o objetivo da “teoria dos princípios”.

A normatividade da dignidade da pessoa humana, ao ser transportada para fora da teoria jurídica liberal, deverá se adequar a esta nova compreensão teórica do Direito. O que significará que a prevalência do indivíduo sobre o coletivo, ainda protegida, poderá sofrer diversas restrições de acordo com um juízo de ponderação.

Por isso se explica que a retórica jurídica possa reconhecer que as más condições carcerárias possam violar a dignidade da pessoa humana, mas que não possam ser individualmente tuteladas; porquanto, a dignidade humana pode sofrer restrições, uma vez que não constitui um direito absoluto.

Quando comparamos as restrições à dignidade da pessoa humana do preso no Brasil e na Argentina, verificamos que a jurisprudência destes dois países tem construído uma sensibilidade jurídica da dignidade da pessoa humana e de suas restrições que é bastante diferente.

No Brasil a dignidade da pessoa humana do preso é tratada como um princípio jurídico, sua aplicação assume a mesma estrutura de direitos sociais é vista como algo que depende de políticas públicas, tolerando graus variáveis de atendimento em função da pessoa que em tese é titular do direito a dignidade, o que fica evidenciado no tipo de restrição à dignidade humana aceitável ao preso provisório e o tipo de restrição aceitável ao preso condenado.

Na Argentina, a dignidade da pessoa humana é tida como um postulado do próprio Estado Democrático, em relação aos presos é vista como asseguradora de determinados direitos individuais que não se circunscrevem em políticas públicas, não permitindo diferenças conforme trata-se de presos provisórios ou condenados.

O exame por contraste, ao realçar estas características da noção normativa da dignidade da pessoa humana no Brasil, revela que o uso da cláusula de proteção da dignidade da pessoa humana em relação aos presos pode servir como justificção das más condições do cárcere e na aceitação jurídica da submissão das pessoas à condições inumanas.

Isto porque são constatadas três falhas na utilização hermenêutica da dignidade da pessoa humana pela jurisprudência brasileira: a) ausência de um conceito do âmbito normativo da dignidade; b) tratamento da dignidade da pessoa humana do preso como uma questão de política pública e utilização de restrições de caráter pragmático em matéria de direitos individuais fundamentais; c) falta de exame do princípio da proporcionalidade como validador da restrição à dignidade da pessoa humana do preso.

Parte significativa deste equívoco relaciona-se com a impossibilidade de manter uma estrutura coerente da normatividade da dignidade da pessoa humana, a partir da concepção kantiana de que a racionalidade humana implicaria em um dever de tratamento do Ser Humano como um fim em si mesmo, com uma compreensão pós-liberal do Direito.

A enunciação da dignidade da pessoa humana como resultado de sua racionalidade, como elemento dissociado da cultura, impede uma precisão de seu âmbito normativo e implica que a sua aplicação passe a ser vista como algo gradual, tal como os direitos sociais, dependendo de políticas públicas para a sua adoção, já que comportaria escalas progressivas de atendimento.

Propomos que esta compreensão dissimula a antijuridicidade da situação de indignidade do preso, e que, a partir da redução do âmbito normativo da dignidade da pessoa humana, é possível evidenciar que as más condições do cárcere podem ser tuteladas individualmente.

Para isso identificamos como âmbito normativo da dignidade da pessoa humana um dupla configuração: O direito de ser reconhecido como Ser Humano e o direito receber o tratamento idêntico ao que socialmente consideramos atribuível ao gênero humano.

Em relação aos presos, o seu reconhecimento público como pessoa, em função da noção de dignidade da pessoa humana, é que lhe atribui a prerrogativa jurídica de ser tratada como ser humano.

Neste sentido a dignidade da pessoa humana é o próprio postulado de existência do Estado Democrático de Direito, não comportando qualquer restrição.

Assim, em síntese, a invalidade da insindicabilidade das más condições carcerárias no Brasil decorre de não poder ser publicamente justificada pela ausência de um direito de reconhecimento e de tratamento identificado como aquilo que socialmente se considera atribuível ao gênero humano.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz: estado de sítio (homer sacer III). Trad. Silvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización de la república argentina*. Barcelona: Linkgua ediciones. 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2.ed. 2008.

ANCEL, Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado*. São Paulo: Fabris. 1980.

AREDNT, Hannah. *As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras. 2012.

ARISTÓTELES. *Política*: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida editora, 1922.

BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: REVAN:ICC, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*. Boston College International and Comparative Law Review. 2012, Vol. 35.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999.

BERGER, Peter L. *On the Obsolescence of the Concept of Honor*, in MACINTYRE, ALASDAIR *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Notre Dame: University. 1983.

BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. *Construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2003.

BIDART CAMPOS, German José. *Manual de la constitucion reformada – vol. 1*; Buenos Aires: Ediar, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

BOTASSI, Carlos. *Los Derechos economicos sociales y culturales en la constitucion argentina*. in QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula et Al (coord). *neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

BOURDIEAU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand brasil. 2012.

CALDERON, Juan A. Gonzalez. *Derecho constitucional argentino: história, Teoria y jurisprudência de la constitución - Tomo 1*. 3 ed. Buenos Aires: librería nacional. 1930

CAMPANA, Germán Gonzalez. *Restricciones a los derechos humanos*, in GORDILLO, Augustín; LOIANNI, Adelina; FLAX, Gregório; Et al. *Derechos humanos*. Buenos Aires: Fundación De Derecho Administrativo. 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2013.

DALMAYR, Fred. *Para além da democracia fugidia*. In SOUZA, Jessé. *Democracia hoje – novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UNB. 2001.

DAMATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

DELMAS –MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes 1994.

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

DWORKIN, Ronald. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Nova York: Vintage books. 1994.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. Nascimento da prisão*. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.pp.250/251

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: forense, 1968, Vol. 1.

GARGARELLA, Roberto. *Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo em américa ( 1776-1860)*. Buenos Aires: siglo XXI editora iberoamericana, 2008.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis : Vozes, 1997

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. . 4º ed. São Paulo: Perspectiva, 1992

HABERMAS, Jüger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebert. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação calouste gulbenkian. 2001

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pos-modernidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: DPA, 2003.

HERNÁNDEZ, Antônio M. *A tres lustros de la reforma constitucional de 1994*. [eletrônico] disponível em

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/254/art/art10.pdf>.

Último acesso em 11/09/2013.

KANT, Immanuel. *Fundamental principles of metaphysics of moral*. Wilder publication 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes.



LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 300. TORRES conceitua o mínimo existencial como: “*Um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.*” Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais; Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1989.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Revista Diálogo Jurídico nº 16, Salvador: 2007. P. 8, disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/transform\\_sistemas\\_jur%C3%ADdicos\\_a\\_cmaia2.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/transform_sistemas_jur%C3%ADdicos_a_cmaia2.pdf). Último acesso em 12/12/2013.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, novembro 2000.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens dos sistema penitenciário (século XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: REVAN:ICC, 2006.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2011.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEGRI, Antônio. *O poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Editoa ástrea de Alfredo y Ricardo depalma. Buenos Aires.

NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial gedisa. 1997.

QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado - parte geral: tomo I*. Buenos Aires: Editora alfa. 1953.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

RUIZ, Marta V. de. *Manual de la constitución nacional: sistemas político-constitucionales contemporâneos*. Buenos Aires: Heliasta, 1997.

SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Salvador: Rere-IBDP, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEN, Amartya. *A ideia de justice*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. *I Seminário de Direito Constitucional Administrativo de 30 de maio a 03 de junho de 2005*. Disponível em [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03\\_06\\_05/jose\\_afonso1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm). Último acesso em 24/04/2013.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. *A crítica comunitária ao liberalismo*. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?* In CALEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; UNISINOS, 2010.

TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition*. [Online] 1992. [acessado em: 04 de 12 de 2012.] [http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics\\_of\\_Recognition](http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics_of_Recognition).

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

## 7 OUTRAS REFERÊNCIAS

ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo 348: 1146, julgamento em 03/05/2006.

ARGENTINA. *Ata da Convenção Nacional Constituinte de 2 de agosto de 1994.*

ARGENTINA. *Ata da Convenção Nacional Constituinte de 2 de agosto de 1994.*

ARGENTINA. *Ata da Convenção nacional Constituinte de 2 de agosto de 1994.*

ARGENTINA. *Ata da Convenção Nacional Constituinte de 2 de agosto de 1994.*

ARGENTINA. *Ata da Convenção Nacional Constituinte de 3 de agosto de 1994.*

ARGENTINA. Constituição. Art. 116 e 117.

ARGENTINA. Lei 23.982 de 22 de agosto de 1991, artigo 1º. Disponível em <http://infoleg.mecon.gov>.

ARGENTINA. Lei 24.430 de 15 de dezembro de 1994.

BRASIL. Assembleia nacional constituinte (vol. 219). Anteprojeto da Comissão de sistematização. p.3.

BRASIL. Assembleia nacional Constituinte (vol. 70). Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher: Subcomissão da nacionalidade da soberania e das relações internacionais. Anteprojeto de Constituição. p.2.

BRASIL. Assembleia nacional Constituinte (vol. 74). Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher: Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. p.5.

BRASIL. Assembleia nacional Constituinte (vol. 74). Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher: Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. p.5.

BRASIL. Assembleia nacional constituinte. Primeiro substitutivo da Comissão de sistematização.

BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 27 de Janeiro de 1988 – Suplemento “C”.

BRASIL. Diário Oficial da União de 26 de setembro de 1986 – Suplemento especial ao nº 185.p

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 962.934 - MS (2011/0136470-6).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Ag.Reg.HC 269.265-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 10/06/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Emb. de Divergência no Recurso Especial nº 962.934/MS, Relator para acórdão Min. César Asfor Rocha, julgamento em 08/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 802435/PE, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento, julgamento em 19/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 94.408, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10/02/2009.