



**Universidade de Brasília – UnB**  
**Faculdade de direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**JOSIALDO APARECIDO BATISTA FERREIRA**

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE  
JUDICIAL A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE**

**Rio Branco-Acre**  
**Setembro – 2017**

**JOSIALDO APARECIDO BATISTA FERREIRA**

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Área de concentração: “Direito, Estado e Constituição”. Linha de pesquisa “Constituição e Democracia”.

Orientador: Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

**Rio Branco-Acre  
Setembro – 2017**

**JOSIALDO APARECIDO BATISTA FERREIRA**

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL A PARTIR TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Área de concentração: “Direito, Estado e Constituição”. Linha de pesquisa: “Constituição e Democracia”.

**Aprovada em:** \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_\_

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

Professor Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins  
Orientador

---

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo  
Examinador

---

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira  
Examinador (membro externo)

---

Prof. Dr. Valcir Gassen  
Examinador suplente

## AGRADECIMENTOS

Ao final dessa jornada do mestrado, aproveito a oportunidade para agradecer aqueles que contribuíram para a finalização dessa árdua tarefa, porém, gratificante experiência acadêmica:

Primeiramente, ao Professor Argemiro Cardoso Moreira Martins, por ter aceitado gentilmente a tarefa de orientação, incentivando a descobrir novos conhecimentos para aprofundamento do estudo referente à temática da pesquisa. Além disso, sempre se mostrou paciente e atento as minhas dúvidas e questionamentos em nossas diversas reuniões.

Aos professores da Universidade de Brasília, em especial aos Professores Valcir Gassen, Menelick de Carvalho Netto, Mamede Said, Evandro Piza, Beatriz Vargas, Cristina Zackseski, José Geraldo de Sousa Junior, Debora Diniz, Gabriela Lima, Alexandre Bernardino, Miroslav Milovic e Guilherme Scotti, pelas valiosas aulas ministradas na cidade de Rio Branco e pelos incentivos ao aprofundamento das reflexões jurídicas.

Aos amigos Jair Facundes Araújo e Cosmo Lima de Souza, pelo compartilhamento de conhecimentos e incentivos nas reflexões sobre a teoria de Dworkin, oportunidade em que também deixo registrado meu agradecimento aos colegas Bono Maia, Charles Brasil, Gláucio Oshiro, Guilherme Bueno e Jair Júnior, pela contribuição e compartilhamento de conhecimentos em nossas valiosas leituras sobre Dworkin.

Ao colega e amigo Gustavo Piuma Dode, pela presteza e auxílio na revisão do texto da dissertação, que foram de grande ajuda e essenciais para finalização da dissertação.

Ao amigo Rubem Cesar Costa Guerra pelo incentivo e todo apoio concedido nesse mestrado, que foram fundamentais quando da elaboração do texto dissertativo.

A minha querida esposa Larissa, pelo seu amor e todo o apoio concedido ao longo desta caminhada, além de ter auxiliado na revisão do texto da dissertação. Seu companheirismo foi essencial para finalização desse mestrado.

Aos meus pais, João e Creuza, pelo exemplo de amor, decência, humildade e perseverança, que me serviu e serve de guia nessa vida.

Aos meus amigos da Pós-Graduação, que dividiram momentos de alegrias, de realizações e de dificuldades.

A todos que, ainda que indiretamente, contribuíram para a realização de mais essa etapa da minha jornada acadêmica.

E, especialmente, a Deus, pela vida e força necessária para concretização do mestrado. Sem Ele, eu simplesmente nada seria.

## RESUMO

A dignidade da pessoa humana assumiu grande proeminência na jurisdição constitucional brasileira. Cada vez mais é utilizada como fundamento jurídico para resolução das mais variadas questões levadas à apreciação judicial, não obstante a ausência de uma delimitação no texto constitucional do seu significado normativo. Nesse contexto, a presente pesquisa examinará importantes casos judiciais decididos pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a fim de melhor expor como tem pautado a referida Corte Constitucional na construção do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, confirmando se há ou não uma atuação discricionária do intérprete-julgador na aplicação judicial desse importante princípio. Na sequência, para enfrentamento dessa problemática relacionada à discricionariedade judicial, recorrer-se-á à teoria do direito como integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin, verificando como sua tese garante maior racionalidade e objetividade ao direito. Após, com base no método dedutivo de abordagem, é demonstrado como essa teoria do direito insere-se na aplicação judicial do referido princípio, cotejando, criticamente, essa perspectiva teórica com os casos judiciais examinados. Dessa forma, concluir-se-á que a tese do direito como integridade fornece importante alicerce no enfrentamento à discricionariedade judicial na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e corrobora para maior legitimidade da atividade jurisdicional no contexto do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chaves:** Dignidade da pessoa humana. Discricionariedade judicial. Direito como integridade.

## ABSTRACT

The dignity of the human person has assumed great prominence in the Brazilian constitutional jurisdiction. It is increasingly used as a legal basis for the resolution of the most varied issues brought to judicial review, notwithstanding the absence of a delimitation in the constitutional text of its normative meaning. In this context, the present research will examine important judicial cases decided by the Supreme Court in the scope of concentrated control of constitutionality, in order to better expose how the Constitutional Court has been guiding the construction of the normative content of the principle of the dignity of the human person, confirming there is or is not a discretionary role of the interpreter-judge in the judicial application of this important principle. Then, in order to deal with this problem related to judicial discretion, the theory of law as integrity, developed by Ronald Dworkin, will be used to verify how his thesis guarantees greater rationality and objectivity to law. Then, based on the deductive method of approach, it is demonstrated how this theory of law is inserted in the judicial application of said principle, comparing, critically, this theoretical perspective with the judicial cases examined. In this way, it will be concluded that the thesis of the law as integrity provides an important foundation in dealing with judicial discretion in the application of the principle of the dignity of the human person and corroborates to a greater legitimacy of the judicial activity in the context of the Democratic State of Law.

**Key words:** Dignity of the human person. Judicial discretion. Law as integrity.

## **Lista de Abreviaturas**

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

RESP – Recurso Especial

HC – Habeas Corpus

AC – Acre

DF – Distrito Federal

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>13</b>
2.1 Breve panorama sobre a ascensão normativa da dignidade da pessoa humana.....	14
2.2 A expansão juridicizante do princípio da dignidade da pessoa humana .....	19
2.3 Aplicação jurisprudencial do princípio da dignidade da pessoa humana .....	22
2.3.1 Caso: <i>Briga de galos</i> .....	24
2.3.2 Caso: <i>Sigilo na aplicação de sanções disciplinares aos magistrados</i> .....	27
2.3.3 Caso: <i>Lei Maria da Penha e ação pública incondicionada</i> .....	29
2.3.4 Caso: <i>Lei de Imprensa</i> .....	31
2.3.5 Caso: <i>Cotas raciais em instituições públicas de ensino superior</i> .....	33
2.3.6 Caso: <i>Lei da ficha limpa</i> .....	34
2.3.7 Caso: <i>Pesquisas com células embrionárias</i> .....	35
2.3.8 Caso: <i>União homoafetiva</i> .....	37
2.3.9 Caso: <i>Caso do aborto de feto anencéfalo</i> .....	39
2.4 Conclusões preliminares sobre os casos judiciais analisados .....	43
<b>3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A PROPOSTA TEÓRICA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN .....</b>	<b>45</b>
3.1 O direito como um sistema de regras validado por um teste fundamental.....	46
3.2 Os padrões normativos: regras, princípios e políticas .....	54
3.3 A tese da discricionariedade judicial no positivismo jurídico .....	61
3.4 A natureza interpretativa do direito .....	68
3.5 A virtude do direito como integridade.....	75
<b>4 LEVANDO A SÉRIO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>87</b>
4.1 A normatividade dos princípios e a problemática da discricionariedade judicial .....	87
4.2 O método da ponderação de Alexy e a inexorabilidade do juízo discricional do intérprete...94	
4.3 Aplicação do princípio da dignidade humana no contexto do direito como integridade.....	103
4.4 Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	110
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>123</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>128</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Os princípios assumiram grande relevância no ordenamento jurídico, dotados de plena e imediata aplicabilidade na resolução das mais diversas contendas levadas à apreciação do Poder Judiciário e aptos a gerar autonomamente direitos e responsabilidades jurídicas. Isso pode ser explicado, em síntese, tanto pela previsão, cada vez maior, em documentos legislativos, quanto pela atual cultura jurídica proporcionada pelo chamado movimento neoconstitucionalista<sup>1</sup>.

Nesse cenário, assume proeminência no discurso jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana, que, além de constar em diversos tratados internacionais aprovados pelo Brasil<sup>2</sup>, foi positivado na Constituição de 1988<sup>3</sup>, exercendo grande influência na jurisdição constitucional brasileira<sup>4</sup>, conforme pode ser confirmado pelo expressivo quantitativo de casos judiciais que socorrem ao referido princípio<sup>5</sup>. Ademais, a dignidade humana, alçada como princípio fundamental no Estado brasileiro, remete a um conteúdo valioso e imprescindível para a interpretação e para a estruturação do raciocínio jurídico nos tribunais, especialmente quando se trata da efetivação de direitos fundamentais.

No entanto, observa-se que o conteúdo normativo do referido princípio vem sendo construído, na prática judicial, mediante uma postura discricionária do intérprete, sendo invocado de forma retórica ou como reforço argumentativo de algum outro fundamento constitucional. E, por se tratar de norma principiológica, cujo texto normativo não estabelece,

---

<sup>1</sup> Acepção desenvolvida e difundida, especialmente por Miguel Carbonel (2003, p. 9 e ss), que pode apresentar uma multiplicidade de dimensões. Contudo, a acepção aqui adotada, refere-se, conforme pontua Ingo Sarlet (2012, p. 2), ao fenômeno operado no âmbito do direito que consagra a supremacia da Constituição e, especialmente, a valorização da força normativa dos princípios, que irradia seus efeitos sobre toda a ordem jurídica.

<sup>2</sup> A dignidade foi incorporada em importantes documentos internacionais aprovados pelo Brasil, tais como a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Tratado de Nova York (2007).

<sup>3</sup> Cf. Artigo 1, inciso III, da Constituição brasileira de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL, 1988).

<sup>4</sup> Compreendida, aqui, como o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição e na interpretação do ordenamento infraconstitucional.

<sup>5</sup> No capítulo primeiro da dissertação, serão estudados (9) nove casos judiciais, depurados em pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, após a Constituição de 1988, foi citado em mais de 2800 (dois mil e oitocentos) julgados.

em razão da linguagem aberta, as consequências que decorrerão da sua aplicação, têm possibilitado distintas abordagens sobre o seu conteúdo, permitindo que o princípio seja utilizado como álibi para justificar o entendimento pessoal do intérprete-julgador.

Tal postura, certamente, acaba enfraquecendo a própria efetividade jurídica do princípio, já que o seu significado se tornará banalizado e indefinido juridicamente, vulnerando valores caríssimos ao Estado Democrático de Direito, tais como: a democracia, a separação dos poderes e a segurança jurídica, pois tal postura discricionária possibilita aos juízes impor suas preferências e valores pessoais em detrimento das deliberações de outras instâncias estatais.

Se, por um lado, não se pode deixar de enaltecer a relevância desse importante princípio constitucional, considerado o grande pilar no qual se assentam os direitos fundamentais, por outro lado, é preciso compreender que sua aplicação não pode ocorrer de forma voluntarista, segundo as convicções pessoais do próprio intérprete. Isso porque o emprego do princípio da dignidade da pessoa humana sem a devida justificação do seu conteúdo normativo, a partir de uma compreensão abrangente e responsável do ordenamento jurídico, compromete a legitimidade democrática da função jurisdicional, que poderá se tornar arbitrária e voluntarista, “abrindo as portas” para o decisionismo judicial<sup>6</sup>.

É nesse contexto que desponta a problemática dessa pesquisa, relacionada à aplicação discricionária do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisdição constitucional brasileira, que utiliza esse princípio constitucional como verdadeira “varinha de condão”, gerando intensa subjetividade nas decisões judiciais. Além disso, buscar-se-á discutir, a partir dessa constatação, como a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, insere-se na interpretação desse importante princípio constitucional e permite romper com essa discricionariedade judicial.

Assim, respaldado pelo estudo empírico, poder-se-á problematizar as razões da aventada discricionariedade judicial na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, apontando possíveis respostas que venham assegurar maior efetividade normativa do princípio e, ao mesmo tempo, conferir maior legitimidade às decisões judiciais que fazem emprego desse valoroso princípio constitucional.

Registre-se que não se defende aqui a eliminação dos princípios no exercício da jurisdição constitucional, com a volta do formalismo jurídico baseado no positivismo legalista-

---

<sup>6</sup> Em síntese, conforme esclarece Rafael Costa: “o decisionismo é um modo de decidir a partir de um ato de vontade, ficando a legislação em plano secundário.” (COSTA, 2016, p. 703).

exegético<sup>7</sup>, mas que sua utilização seja pautada em argumentação jurídica racional, que possibilite transparência e controle de justificação dos julgados. Por isso a escolha, como referencial teórico, da tese do direito como integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin, a fim de testar a hipótese de pesquisa de que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana em dissonância com a concepção teórica do direito como integridade contribui para a atuação discricionária do intérprete-julgador.

Resta evidente, portanto, a relevância do tema objeto de estudo, diante da centralidade assumida pelo princípio da dignidade da pessoa humana na jurisdição constitucional brasileira e a necessidade de se discutir, no foro acadêmico, a atuação da Suprema Corte brasileira. Além do que, a discricionariedade judicial na aplicação de princípios jurídicos é questão bastante atual e debatida no âmbito da doutrina constitucional.

Para cumprir tal desiderato, a investigação científica será predominantemente de natureza qualitativa, tendo em vista que se caracteriza pela descrição qualificativa dos dados coletados, que tem como ponto de partida o exame de importantes casos judiciais decididos pela Suprema Corte brasileira, com vistas à compreensão das particularidades que envolvem a aplicação judicial do princípio da dignidade humana e, especialmente, como ocorre o processo construtivo do seu significado.

Além disso, será necessário o emprego do método de abordagem dedutivo, tendo em vista a necessidade de uma análise sistemática das decisões judiciais e das diferentes concepções que direcionam a atuação do intérprete na aplicação do direito, apontando, ao final, qual a proposta teórica é a mais adequada para superar a discricionariedade judicial na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, valendo-se, ainda, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, os métodos de pesquisa bibliográfica e documental, analisando as publicações pertinentes ao tema em livros, artigos científicos, periódicos, revistas eletrônicas, legislação e jurisprudência, para que possam ser explicitados os vários elementos necessários à obtenção de respostas à problemática a ser desenvolvida na dissertação.

Para isso, o presente estudo será estruturado em três capítulos, ordenados de forma a promover uma reflexão sobre a necessidade de maior coerência na aplicação judicial do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>7</sup> Trata-se de corrente de pensamento jurídico que sustenta que a decisão judicial deve ser uma reprodução fiel e literal da legislação codificada, atuando o intérprete de forma neutra na definição da norma jurídica do caso concreto. Dimitri Dimoulis (2006, p. 54), assim define os doutrinadores dessa corrente: “a intenção de realizar uma simples ‘exegese’, isto é, uma interpretação estritamente gramatical e lógica (ou mesmo mecânica) do texto normativo.”

No primeiro capítulo, será explorada a trajetória histórica da dignidade da pessoa humana até chegar à condição de norma jurídica, demonstrando a proeminência do princípio no atual cenário jurídico brasileiro. Em seguida, será exposto, a partir da análise de casos judiciais, decididos no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorre a construção do significado normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. O objetivo principal, nessa primeira parte, é certificar se há ou não, na definição do conteúdo normativo desse importante princípio constitucional, uma atuação discricionária do intérprete-juiz.

No segundo capítulo, será estudada a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, demonstrando como sua proposta teórica busca suplantar a discricionariedade judicial ainda tão arraigada na cultura jurídica brasileira. Serão expostas as principais críticas do referido Autor ao modelo de regras do positivismo jurídico e o seu teste fundamental de validade do direito, a partir da compreensão de que os princípios, assim como as regras, são padrões normativos integrantes do direito. Em seguida, será evidenciada a distinção entre esses padrões normativos e o caráter avaliativo-interpretativo do direito, que é melhor justificado, nas dimensões de adequação e de matéria ou substância<sup>8</sup>, quando se adota a virtude da integridade, que é incompaciente com a discricionariedade judicial e melhor contribui para legitimidade da decisão judicial no âmbito do Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo abordará, inicialmente, a efetividade jurídica dos princípios e a problemática não resolvida, em tempo pós-positivista, da discricionariedade judicial, examinando, pela pertinência temática, se o método da ponderação de Alexy é capaz de combater o juízo discricional do intérprete na aplicação dos princípios. Em seguida, analisar-se-á como a proposta da integridade do direito se insere, especificamente, na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo exame crítico sobre o tratamento jurisprudencial dispensado na jurisdição constitucional brasileira, conforme casos concretos previamente estudados no primeiro capítulo, evidenciando como a reduzida adesão à teoria do direito como integridade contribui para o aumento da discricionariedade judicial na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o presente estudo tem como principais objetivos verificar como ocorre o

---

<sup>8</sup> A dimensão “adequação” relaciona-se à ideia de que a teoria do direito deve ser capaz de descrever ou explicar de forma coerente a nossa prática jurídica, refletindo o modo como uma decisão judicial é ou deve ser construída. Já a dimensão de “matéria” refere-se à perspectiva propositiva da teoria, sendo digna de ser perseguida pela comunidade ou pelo Estado, de modo a engrandecer aquilo que a sociedade pensa ou requer do direito.

processo de construção do significado jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Supremo Tribunal Federal, confirmando se há ou não uma atuação discricionária do intérprete-julgador, e analisar como a proposta teórica do direito como integridade de Dworkin compreende essa problemática e lança luzes para superá-la, a fim de que o conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana se mantenha íntegro e coerente dentro da ordem jurídica brasileira.

## **2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O Judiciário brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal, recorre com muita frequência ao princípio da dignidade da pessoa humana para decidir casos sob sua apreciação. Contudo, conforme aponta Jorge Novais (2015, p. 9), não obstante a relevância jurídica do princípio, na maior parte dos casos, essa aplicação judicial não é acompanhada de um esforço em clarificar com precisão o conceito empregado, valendo-se mais de um uso meramente retórico ou como apoio conclusivo para aplicação de outros princípios constitucionais.

Diante dessa problemática, este primeiro capítulo tem como escopo principal analisar, a partir do estudo de casos concretos, como a Suprema Corte brasileira constrói o sentido normativo do referido princípio, confirmando se há, de fato, essa atuação discricionária do intérprete-julgador. Isso possibilitará, posteriormente, investigar qual concepção interpretativa do direito é adotada em tais decisões judiciais na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que não reveladas expressamente, constituindo o prólogo silencioso da decisão judicial<sup>9</sup>.

O estudo prévio de casos judiciais mostra-se produtor pelo fato de apresentar, de forma genuína, como o judiciário concretiza o referido princípio constitucional (afinal, é no caso concreto que se produz a norma jurídica), fornecendo um suporte seguro para o debate teórico sobre a aventada discricionariedade judicial. De fato, é de suma importância o estudo empírico, para melhor compreender as interações interpretativas desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e, com isso, apontar qual a proposta teórica que melhor compreende essa problemática e contribui para uma aplicação mais racional desse importante princípio constitucional, fortalecendo o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Porém, antes de ingressar no estudo propriamente dito dos casos judiciais, torna-se relevante, diante da necessidade de melhor compreender a consagrada força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana, investigar a sua evolução histórica, bem como

---

<sup>9</sup> Expressão utilizada por Dworkin para sustentar que, ainda que não revelado, qualquer decisão judicial adota um fundamento abstrato respaldado por uma filosofia jurídica adotada pelo julgador: “o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é denominado por citações e listas de fato. A doutrina é parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito” (DWORKIN, 2007, p. 113).

apontar as razões e possíveis riscos que permeiam a expansão juridicizante do princípio.

## 2.1 Breve panorama sobre a ascensão normativa da dignidade da pessoa humana

Compreender a dimensão jurídica da dignidade da pessoa humana requer um exame - ainda que sucinto - sobre os processos históricos que antecederam tal perspectiva, pois, qualquer conceito, inclusive o jurídico, possui uma dimensão histórica, que precisa ser retomada e reconstruída, para melhor compreender o seu sentido (SARLET, 2012, p. 33). Assim, ainda que não seja possível, nesse momento, um incursão profundo na trajetória da dignidade humana ao longo dos tempos, buscar-se-á apresentar, de forma objetiva, alguns dos principais momentos históricos e os mais influentes autores que concorreram para a atual perspectiva normativa da dignidade da pessoa humana.

Na antiguidade clássica, sobretudo no período da Roma antiga (753 a.C. - 476), a dignidade da pessoa humana (a nominada *dignitas humana*) estava ligada a um *status* particular do indivíduo, em razão de uma condição pessoal superior que lhe era atribuída e reconhecida pela sociedade. Destarte, a dignidade era vista como um privilégio particular, relacionado a honra, respeito e consideração atribuídos a algumas pessoas naquela sociedade, não extensível, portanto, a toda coletividade.

Registre-se, contudo, que essa concepção de dignidade, como hierarquia e privilégio pessoal, não ficou restrita à antiguidade, mas ainda persiste na legislação e reaparece em decisões judiciais do próprio Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>, concedendo privilégios a determinadas pessoas com base em cargos e funções públicas, desamparada, na maior parte das vezes, de uma justificativa racional. Nesse sentido, discorre Novais:

O entendimento provindo da Roma antiga continuou a fazer o seu caminho com uma persistência notável. Ele ressurgiu esporadicamente, por vezes até de forma cruamente chocante aos olhos de hoje, no pensamento filosófico da modernidade", tem por vezes expressão no próprio texto de Constituições, sobretudo do século XIX, o, e prolonga-se em diferentes planos da realidade actual. É isso que ocorre no domínio da linguagem, onde o uso do termo com aquele sentido é corrente e generalizado no dia a dia, mas que se reflecte também no plano social (onde é comum a referência a dignidade associada a diferenciação de estatutos, a uma superioridade ou a uma especial elevação pessoal, funcional ou institucional) e tem expressão residual no próprio domínio jurídico, onde a aceitação da ideia de especial "dignidade" se traduz, ainda hoje, por exemplo, nas imunidades, no foro ou nas

---

<sup>10</sup> Essa concepção privilegiada da dignidade reaparece, por exemplo, conforme será visto mais adiante, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4638/DF (BRASIL, STF, 2012).

regalias de que gozam uma função, um órgão ou um cargo e para as quais nem sempre se encontra uma justificação racional actualizada. (NOVAIS, 2015, p. 35).

Por outro lado, ainda que a *dignitas* romana possuísse diferentes graus, conforme a posição profissional ou social do indivíduo, já se esboçava no pensamento estóico<sup>11</sup> uma reflexão sobre a natureza universal da dignidade humana e independente do *status* do indivíduo na sociedade. Isso porque, ao pregar a singularidade humana com base na razão (único ser racional dentre os animais), o estoicismo distinguiu os seres humanos de outros seres da natureza, conferindo-lhes uma posição especial pela simples condição humana, que afastava, portanto, da ideia de dignidade como *status* individual:

De facto, na linhagem do pensamento estóico, com CICERO e SENECA, embora conservando as referências à *dignitas* como *status*, honra e privilégio, abriu-se uma outra e nova indagação sobre os fundamentos que, independentemente do *status*, distinguiam especificamente a dignidade dos humanos relativamente aos atributos das criaturas não humanas. E o resultado apurado foi, já então, tal como era para os estóicos gregos, que o atributo distintivo que identificava singularmente os humanos e que, de alguma forma, eles, e só eles, partilhavam com a divindade, era a presença da razão, no sentido da razão prática e da capacidade de escolha moral, da capacidade de aprender e de contemplar.” (NOVAIS, 2015 p.38).

Todavia, foi no ideário cristão que a dignidade se dissociou daquela concepção romana individualista, assumindo um carácter universal, decorrente da inerente condição divina de criação do homem. De fato, no cristianismo, a dignidade é associada ao carácter divino da criação do homem, conforme pode ser observado na seguinte passagem bíblica: “Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, para governar sobre os demais seres vivos e sobre a terra” (BÍBLIA, Gênesis, 1:26).

Essa condição divina do homem, de uma criatura especial e distintamente honrada pela obra de Deus, é enfatizada na filosofia de Tomás de Aquino (1225-1274), que expressamente adotava a expressão “*dignitas humana*”<sup>12</sup>. Assim, “qualquer enfraquecimento dessa ideia [dignidade] ou qualquer degradação e destruição de uma pessoa, sejam tanto uma

<sup>11</sup> O estoicismo foi uma corrente filosófica fundada por Zenão de Cício (322 a. C – 262 a.C), passando pela chamada fase média, com Panécio (180-110) e Possidônio (135-51), chegando até a fase romana, por Sêneca (0-65 d.C.), Epitecto (50-125 d.C.) e o imperador Marco Aurélio (121-180). Os estóicos, conforme Mrikena Chaui (2000, p. 284), “afirmavam a existência de uma Razão Universal ou Inteligência Universal, que produz e governa toda a realidade, de acordo com um plano racional necessário, a que davam o nome de Providência. O homem, embora impulsionado por instintos como os animais, participa da Razão Universal porque possui razão e vontade. A participação na racionalidade universal não se dá pelo simples conhecimento intelectual, mas pela ação moral, isto é, pela renúncia a todos os instintos, pelo domínio voluntário racional de todos os desejos e pela aceitação da Providência. A Razão Universal é a Natureza; a Providência é o conjunto das leis necessárias que regem a Natureza; a ação racional humana (própria do sábio) é a vida em conformidade com a Natureza e com a Providência.”

<sup>12</sup> Cf. Ingo Sarlet, na obra Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 37).



ofensa à sua dignidade como, simultaneamente, um sacrilégio contra Deus”. (NOVAIS, 2015, p. 40).

O pensamento cristão contribuiu, decisivamente, para superar a concepção romana de dignidade como privilégio, honra e *status* individual, para a dimensão mais igualitária e universal, dotando o ser humano, pela simples condição humana, de um valor próprio.

Na fase renascentista, notadamente com Pico de Mirandela<sup>13</sup> (1463-1494), a dignidade, além da associação à visão divina, é relacionada ao pensamento estóico, com a capacidade do homem de determinar sua própria natureza. Ou seja, a dignidade humana é concebida como dádiva divina de um Deus que lhe deu a capacidade de ser seu próprio árbitro. Um ser essencialmente livre, decidindo seu próprio destino. Surge, assim, a tônica da dignidade como autonomia e liberdade dos seres humanos.

Contudo, foi no Iluminismo, sobretudo no pensamento filosófico de Kant (1724-1804), que se considera uma formulação tipicamente secular da dignidade da pessoa humana, defendida a partir da natureza racional do ser humano, que levou ao desenvolvimento dos fundamentos éticos-morais da dignidade da pessoa humana, tornando-se não somente a concepção moderna, mas a concepção contemporânea mais influente da dignidade, conforme descreve Jorge Novais:

Por sua vez, no iluminismo, com Pascal, Pufendorf e, sobretudo, com Kant, desenvolvem-se os contornos do que viria a ser uma concepção, não apenas moderna, mas contemporânea de dignidade humana, através da associação do conceito a uma visão plenamente emancipada, secular, da razão humana e da capacidade de autonomia. Seria já, portanto, uma dignidade não explicada, como até então, através do atributo da criação divina, mas uma dignidade que era agora considerada de forma independente da crença religiosa e baseada essencialmente na capacidade de actuação racional e de autodeterminação e responsabilidade moral da pessoa humana. (NOVAIS, 2015, p. 43).

Kant<sup>14</sup> elaborou uma teoria filosófica sofisticada sobre os fundamentos do respeito devido a cada pessoa humana, como uma qualidade única e que não tem preço, dotado de capacidade de autonomia, que implica na capacidade de a pessoa agir racionalmente em função de um dever moral:

O Homem, e duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela

---

<sup>13</sup> Na obra *Orati e Hominis Dignitate*, de 1486, conforme cita Jorge Novais (2015, p. 42).

<sup>14</sup> Cf. Jorge Novais (2015, p. 44), essa construção filosófica foi realizada, especialmente, nas obras *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785; e *Metafísica dos Costumes*, de 1797.

vontade. [...] Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, tem contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue já como fim em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (é um objeto de respeito). (KANT, 1980, p. 134-141).

Registre-se que essa autonomia kantiana não pode ser motivada por inclinações ou desejos, mas por imperativo categórico de atuação moral, que não implica, desse modo, qualquer decisão livre da pessoa, mas apenas a que for subordinada a uma máxima, a qual, conforme a “primeira formulação do imperativo categórico”, requer uma lei moral universal, que é válida para todos e em quaisquer circunstâncias, estando acima dos desejos ou de objetivos particulares. Já a “segunda formulação do imperativo categórico”, fruto da capacidade racional e moral única da pessoa humana, deve ser considerada como valor intrínseco, que não tem preço, sendo, portanto, considerada um “fim em si mesma”, possuindo uma valia interna incondicional. Por isso, resta proibida a degradação do ser humano ou, então, ser usado como instrumento, objeto, para consecução de vontades de terceiros. Essa perspectiva kantiana da dignidade vincula, além do respeito aos outros indivíduos, um dever de respeito para consigo próprio, de modo que “só seria verdadeiramente autônoma a escolha individual que fosse não arbitrária para consigo mesmo.” (NOVAIS, 2015, p. 45).

Essa depuração filosófica constituiu as bases de uma fundamentação ética-moral da dignidade, a qual não pode ser desconsiderada na formulação de uma concepção normativa-jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente a ideia de autonomia ou autodeterminação do indivíduo, capaz de fazer escolhas de acordo com os padrões morais que escolheu e pelo quais pode e deve responsabilizar perante os outros, bem como a noção de valor intrínseco, próprio, supremo da pessoa humana, atribuído pelo simples fato da sua condição de humanidade, impondo um tratamento e respeito como um fim em si mesmo (NOVAIS, 2015, p. 46).

De fato, o tratamento contemporâneo da dignidade incorporou esses postulados desenvolvidos na filosofia kantiana: autonomia e valor intrínseco. Nesse sentido, Dworkin, na sua mais recente obra “Justice for Hedgehogs”, traduzida para o português com o título “A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor”, destaca que os princípios éticos fundamentais para viver bem (o do próprio respeito e o da autenticidade), formam, juntos, uma concepção interpretativa da dignidade humana:

Introduzo agora dois princípios que, segundo creio, enunciam exigências fundamentais do bem viver. [...] O primeiro é um princípio de respeito por si mesmo. Cada pessoa deve levar a sério sua própria vida: deve aceitar que é importante que sua vida seja uma execução bem sucedida, e não uma oportunidade perdida. O segundo é um princípio de autenticidade. Cada um tem a responsabilidade pessoal e especial de identificar quais devem ser os critérios de sucesso em sua própria vida; tem a responsabilidade pessoal de criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerentes com os quais eles mesmo concorrem. **Juntos, os dois princípios constituem uma concepção da dignidade humana: a dignidade exige o respeito por si mesmo e a autenticidade.**<sup>15</sup> (DWORKIN, 2014, p. 311, grifo nosso).

Por fim, a dignidade da pessoa humana atinge sua dimensão normativa-jurídica, cujo marco histórico é atribuído ao Pós-Segunda Guerra Mundial, fruto de uma maior consciência social, em razão das tragédias humanitárias provocadas por regimes totalitários. De fato, após a segunda metade do século XX, a dignidade da pessoa humana alcança grande consenso em diversos países, impulsionando (e sendo impulsionada) o reconhecimento tanto nas ordens jurídicas internas dos países (constituições)<sup>16</sup> quanto no âmbito do direito internacional

---

<sup>15</sup> Dworkin (2014, p. 313-333) busca diferenciar o princípio do “próprio respeito”, de uma visão ortodoxa de que as pessoas têm um valor intrínseco e igual. Para o referido Autor, quando se considera a perspectiva ética do princípio, deve ser entendido como “uma atitude que cada pessoa deve ter em relação a sua própria vida: deve pensar que é importante que ela viva bem”. Já o princípio da “autenticidade” refere-se a viver de um modo que lhe pareça correto para você. Conforme esclarece Dworkin, “o crucial não é que você viva diferente dos outros, mas que viva de acordo com a sua situação e com os valores que lhe pareçam adequados [...] e não extraídos irrefletidamente das convenções ou das expectativas e exigências de outros”. Acrescenta que a autenticidade exige responsabilidade pelos seus atos cometidos, de modo que “cada qual assumo o que fez”. Diferencia ainda a autenticidade da autonomia que muitos filósofos empregam. Para estes, a autonomia não é violada quando a pessoa ainda pode exercer seu poder de escolha. Contudo, a autenticidade exige mais, pois requer que a escolha decorra de convicções pessoais, de modo que ele resta prejudicada quando as pessoas têm que moldar suas escolhas em razão de determinadas circunstâncias impeditivas. A isso Dworkin chama de independência ética, a qual se manifesta de duas formas: a uma, impede que o governo restrinja o poder de decisão dos cidadãos sobre questões éticas fundamentais, salvo exceto se isso interferir na vida, segurança ou liberdade alheias; a duas, impede que o governo restrinja essa independência ética com base em justificativas baseadas na popularidade de valores controversos na comunidade. Ressalta, ainda que a autenticidade não implica em subjetividade, um “gosto” que simplesmente certas pessoas tem, como ampla liberdade de escolha, como por exemplo, uma vida de indolência constante e irrestrita. Pelo contrário, destaca que a autenticidade pressupõe uma virtude necessária, da qual deve se “buscar valores corretos para as nossas vidas”, pois eles decorrem de uma inevitável fenomenologia do valor na vida das pessoas. Com efeito, em que pese autenticidade impor liberdade de nos governar, ela não implica que, nesse processo, nós tentamos inventar valores, que são dados, previamente, como propósitos de nossas vidas, possuindo, desse modo, importância objetiva.

<sup>16</sup> Consoante Luis Barroso (2014, p. 20), “no âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos. A primazia, no particular, tocou à Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao status de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional. Diversas outras Constituições contêm referência expressa à dignidade em seu texto – Japão,

(tratados internacionais)<sup>17</sup>, migrando definitivamente para o mundo jurídico.

Portanto, a dignidade passa do dever ético para o dever jurídico, com o *status* de norma referencial e estruturante do sistema de direitos fundamentais nas sociedades democráticas, tornando-se, cada vez mais, empregada na defesa, proteção e promoção de direitos dos cidadãos, atingindo, assim, grande proeminência como norma referencial na jurisdição constitucional, conforme será melhor exposto no tópico seguinte.

## 2.2 A expansão juridicizante do princípio da dignidade da pessoa humana

Não obstante a ausência de uma definição semântica do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988, isso não tem impedido uma larga utilização do preferido princípio, especialmente pelo judiciário, para resolução das mais diversas contendas judiciais. De fato, o aludido princípio jurídico atingiu grande proeminência, como norma-fundamento, na jurisdição constitucional brasileira, servindo para a resolução, entre outras, de questões envolvendo análise de políticas públicas; controle de constitucionalidade de atos normativos; e efetivação de direitos fundamentais.

Conforme pesquisa realizada na base dados disponível no site de Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>, por meio dos termos “princípio” e “dignidade” e “pessoa” e “humana”, constatou-se que sob a égide da Constituição de 1988, obtve-se, como resultado, 258 (duzentos e cinquenta e oito) acórdãos e 2.541 (dois mil, quinhentos e quarenta e uma) decisões monocráticas com citação do referido princípio. Já, na vigência das constituições anteriores, há apenas um julgado (BRASIL, STF, 1976) que recorre expressamente ao princípio da dignidade da pessoa humana em sua fundamentação.

Essa inflação do princípio nos discursos forenses pode ser explicada, segundo

---

Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras – ou em seu preâmbulo, como a do Canadá.”. Jorge Novais (2015, p. 47) acrescenta que “A dignidade humana é acolhida tanto nas Constituições das ordens jurídicas que nos são próximos quanta nas políticas e culturalmente mais afastadas e habitualmente identificadas como experiências onde a violação do princípio, tal como o entendemos, é sistemática. Veja- -se, assim, a título de exemplo, como o princípio é igualmente adotado pela Constituição chinesa (a dignidade pessoal dos cidadãos da República Popular da China é inviolável, no artigo 37º) ou surge na Constituição norte-coreana (artigo 829), mas aí, mais dubiamente, é na qualidade de dever que os cidadãos devem observar”.

<sup>17</sup> A dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais, como a Carta da Organização das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Carta Europeia de Direitos Fundamentais (2000), entre outros diversos tratados internacionais.

<sup>18</sup> No endereço eletrônico: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

Barroso, a partir de dois fatores: a primeira, refere-se à positivação nas constituições e também em tratados internacionais; a segunda, em face de uma nova cultura jurídica pós-positivista, que prega uma reaproximação entre direito e moral:

Nas últimas décadas, a dignidade humana tornou-se um dos maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, sendo mencionada em incontáveis documentos internacionais, em constituições nacionais, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de encantar o espírito e ganhar adesão unânime. [...] Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech* (manifestações de ódio a grupos determinados, em razão de raça, religião, orientação sexual ou qualquer outro fator), clonagem, engenharia genética, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização das drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome e exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa. (BARROSO, 2014, p. 9-10, grifo nosso).

Consoante exposto anteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana deixou de ser um conceito metapositivo, fruto da razão divina ou da razão humana, para se tornar uma preposição autônoma de caráter axiológico e ligada à concretização de direitos fundamentais, no qual se assenta o direito constitucional contemporâneo (SARLET, 2012, p. 37). Além disso, a normatividade dos princípios e, em especial, o da dignidade da pessoa humana, gerou um fascínio principiológico na jurisdição constitucional, que sugere a superioridade intrínseca dos princípios em relação às regras, afastando regras constitucionais completas, sob a crença na virtude da justiça inerentes às decisões fundamentadas em princípios (NEVES, 2014, p. 200).

Nesse sentido, Paulo Bonavides (2010) sustenta que o princípio da dignidade humana é a “norma das normas dos direitos fundamentais, elevada assim ao mais alto posto da hierarquia jurídica do sistema”. Um princípio que estabelece limites à ação estatal e protege a liberdade humana, pelo que “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.”

Assim sendo, a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de seu *status* de pedestal dos sistemas jurídicos contemporâneos, corroborada pela expressa

previsão na Constituição brasileira de 1988<sup>19</sup>, alçou-o a um lugar de destaque no cenário jurídico brasileiro. Sua utilização tem sido cada vez mais frequente pelos órgãos judiciais para fundamentação de suas decisões, inclusive em questões moralmente complexas.

Contudo, alerta Marcelo Neves (2014, p. 201) que essa força normativa do citado princípio não está imune a determinados riscos, diante da possibilidade de uma “absolutização”, que simplifica a ordem constitucional a um princípio último, além de acarretar “efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamentos recíprocos entre política e direito no Estado constitucional”, ensejando uma judicialização da política e a politização do direito, que servem como subterfúgios para “interesses que circula à margem do Estado de direito e da democracia, sob o manto retórico dos princípios”.

No mesmo sentido é a advertência de Ingo Sarlet, pois, malgrado a importância do princípio da dignidade humana em razão do seu potencial libertário e humanizador da sociedade, não se pode desconsiderar que “o projeto normativo, por mais nobre e fundamental que seja, nem sempre encontra eco na práxis ou, quando assim ocorre, nem sempre para todos ou de modo igual para todos.” (SARLET, 2012, p. 26).

Sobre esse ponto, Carlos Ferreira aponta que se tornou comum no repertório jurisprudencial brasileiro o uso da dignidade humana como uma espécie de fórmula mágica, que tem servido para dar guarida ao subjetivismo e arbítrio judicial:

Essa prática jurisprudencial, a pretexto de estar realizando a vontade da Constituição, na realidade, abriga o odioso subjetivismo e arbítrio judicial. [...] Bastaria municiar-se com a dignidade da pessoa humana, para que o julgador estivesse suficientemente aparelhado a enfrentar as intrincadas questões relacionadas às limitações de direitos do indivíduo. (FERREIRA, 2007, p. 233).

Oportuna, nesse ponto, a conhecida crítica de Ingeborg Maus (2000, 183-202) sobre a perda de racionalidade jurídica que vem ocorrendo no controle normativo exercido pelo poder judiciário, em razão de uma visão paternalista, que passa a substituir a consciência da sociedade pela moralidade dos juízes e tribunais, baseada em princípios suprapositivos, que, na maioria das vezes, não reconhecem e extrapolam às limitações constitucionais, em prejuízo ao estado democrático de direito, bem como à autonomia dos indivíduos e da própria sociedade:

---

<sup>19</sup> Cf. Artigo 1, inciso III, da Constituição brasileira de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL, 1988).

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 ao qual 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. [...] Assim, a "competência" do TFC — como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade — não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer "competência" constitucional (MAUS, 2000, p. 187-191).

Em vista disso, compreender como vem ocorrendo a concretização judicial do princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil e, principalmente, se está sendo levado a sério ou se está sendo utilizado como mera figura retórica, gerando a imprevisibilidade das decisões e o enfraquecimento de sua força normativa, torna-se imprescindível o estudo de casos concretos vivenciados na prática judicial. Afinal, o direito possui uma característica especial em sua estrutura, que o diferencia de outros fenômenos sociais, qual seja, a sua prática argumentativa<sup>20</sup>, razão pela qual o presente estudo não pode ser dissociado dessa dimensão empírica.

Deste modo, o próximo tópico buscará examinar importantes casos judiciais decididos pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo questões complexas e relevantes do ponto de vista constitucional, a fim de obter um panorama representativo da aplicação do supracitado princípio e, especialmente, responder como ocorre o processo de construção do seu significado.

### **2.3 Aplicação jurisprudencial do princípio da dignidade da pessoa humana**

Diante do grande quantitativo de decisões judiciais que recorrem em sua fundamentação ao princípio da dignidade da pessoa humana, optou-se por selecionar um órgão do Poder Judiciário brasileiro, qual seja, o Supremo Tribunal Federal - STF, haja vista que representa a última instância recursal, sendo atribuído-lhe o papel de guardião da

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, esclarece Dworkin (2007, p. 17): “ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende de verdade de certas proposições que só adquirem sentido através do âmbito dela mesma.”

Constituição, nos termos da Constituição de 1988<sup>21</sup>, sendo o Órgão judicial responsável pela uniformização da jurisprudência constitucional.

A pesquisa foi realizada na base dados disponível na *internet*<sup>22</sup>, por meio dos termos “*princípio*” e “*dignidade*” e “*pessoa*” e “*humana*”, considerando o marco temporal pós Constituição de 1988. Em tal levantamento inicial, chegou-se ao quantitativo de 258 acórdãos e 2.541 decisões monocráticas, que citaram o aludido princípio. Desse total de acórdãos mencionados, 100 foram julgados pelo Plenário, 37 pela Primeira Turma e 121 pela Segunda Turma. Em relação às decisões proferidas pelo órgão plenário, 31 são referentes aos processos de natureza objetiva (envolve ações de controle concentrado) e os outros 69 julgados correspondem aos processos de natureza subjetiva (envolve recursos extraordinários, mandados de segurança, *habeas corpus*, entre outras).

Ressalte-se que, não obstante o elevado número de julgados que mencionam o princípio da dignidade da pessoa humana, não há qualquer alusão em súmulas do Supremo Tribunal Federal, que possui, no momento da pesquisa, 56 Súmulas de caráter vinculante e 706 de natureza não-vinculantes.

Assim, diante desse manancial de julgados que aplicaram a dignidade da pessoa humana, os seguintes parâmetros foram adotados para seleção dos casos a serem analisados: (i) decisões proferidas sob a vigência da Constituição de 1988, o que é justificável pelo fato de que, anteriormente, há apenas um acórdão do Supremo Tribunal Federal que utiliza do princípio da dignidade da pessoa humana, o que torna representativo de relevância os julgados pesquisados, já que correspondem a 96,6% do total de acórdãos; (ii) acórdãos proferidos pelo órgão plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que constituem julgamentos que envolveram todos os Ministros da Corte, representando, assim, o entendimento do Tribunal; (iii) acórdãos proferidos em processos de natureza objetiva, já que, por se tratarem de ações julgadas no exercício do controle concentrado, suas decisões possuem eficácia contra todos e efeitos vinculantes, ensejando, em razão disso, a observância pelos demais órgãos do poder judiciário e também da administração pública direta e indireta, nos três níveis da federação, nos termos expressos do art. 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal brasileira.

Na sequência, considerando ainda a existência de 31 (trinta e um) julgados, filtrados segundo os critérios acima especificados, foram selecionados, ao final, 9 (nove) casos

---

<sup>21</sup> Cf. art. 102 da CF/88: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, cabendo-lhe:” (BRASIL, 1988)

<sup>22</sup> No endereço eletrônico: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.



judiciais, considerando sua relevância econômica, social e política, e, sobretudo, pela pertinência aos objetivos da presente pesquisa.

Por outro lado, ainda sobre a metodologia empregada na descrição dos casos judiciais, cabe ressaltar que o STF possui procedimento de deliberação na qual todos os Ministros (juízes) votam individualmente, podendo haver uma diversidade de fundamentos que irão compor o acórdão. Não há a chamada “*opinion of de Court*”, como ocorre na Suprema Corte Americana, ou uma decisão única redigida em conjunto por todos os juízes, como na Corte Alemã.

Pertinente, sobre esse processo de deliberação do Supremo Tribunal Federal, é a observação de Marcelo Neves:

[...] ocorre, não raramente, uma deficiente clareza no verdadeiro fundamento da decisão. É verdade que essa questão relaciona-se com a própria organização institucional do procedimento de tomada de decisão no STF. Cada Ministro apresenta votos (geralmente longuíssimos) em separado, aduzindo argumentos e razões os mais diversos. Não é comum que cheguem aos mesmos resultados com argumentos os mais diferentes. O acórdão final torna-se, em casos relevantes, inconsistente: o fato de a maioria ou a unanimidade decidir no sentido da parte dispositiva do acórdão nada diz sobre os seus fundamentos, pois cada um aduz argumentos que, em alguns casos, são incompatíveis. (NEVES, 2013, p. 199)

Dessa forma, em razão desse modelo de deliberação judicial, no qual ementa da decisão não reflete necessariamente os fundamentos desenvolvidos pelos Ministros em seus votos, a análise dos julgados priorizará o que foi fundamentado nos votos de cada Ministro referente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, cabe advertir, desde já, que foge dos limites e do objeto da presente pesquisa confrontar, a partir de um critério métrico prévio e abstrato, o conteúdo dado pelo STF ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na realidade, o objetivo principal, neste capítulo, é revelar, a partir da análise descritiva das decisões, como o referido Tribunal constrói o significado do mencionado princípio, confirmando a (in)existência de um juízo discricionário do intérprete.

### 3.3.1 Caso da briga de galos

Um dos casos emblemáticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, refere-se à Ação Direta

de Inconstitucionalidade n. 1856/RJ, que tinha por objeto a exame de constitucionalidade da Lei Estadual n. 2895/1998, do Estado do Rio de Janeiro, a qual autorizou a realização de exposições e competições entre aves da espécie *gallus-gallus*, cuja prática é popularmente conhecida como “briga de galos”.

No julgamento da ação, dois Ministros da referida Corte recorreram ao princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar a inconstitucionalidade do referida Legislação Estadual. O Ministro Cezar Peluso sustentou que a legislação impugnada violava o referido princípio constitucional por estimular pulsões primitivas e irracionais do ser humano, além da prática da “briga de galos” diminuir o ser humano. Nas palavras do Ministro:

[...]acho que a regulamentação não está apenas proibida pelo artigo 225; acho que a lei **ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano.** Noutras palavras, a **proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuem o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República.** (BRASIL, STF, 2011a, grifo nosso).

De igual modo, o Ministro Ricardo Lewandowski também suscitou a aplicação da dignidade da pessoa humana para condenar a prática da “briga de galos”, usando o sucinto argumento - e ainda pouco explicativo - de que o tratamento cruel de animais viola tal princípio.

Excelência, é exatamente essa intervenção que eu pretendia fazer, porque há um movimento mundial nesse sentido. Proibiram-se agora as touradas em Barcelona. A Europa está preocupada com o tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros. Por quê? Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. **Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana.** (BRASIL, 2011a, grifo nosso).

Dessa forma, conforme pode ser constado nos excertos dos votos<sup>23</sup>, não há uma preocupação dos referidos julgadores em clarificar o significado empregado ao citado princípio e, especialmente, apontar a razão(ões) pela qual(is) sua aplicação se estenderia aos animais. Como o princípio refere-se à “pessoa humana”, restou inexplorada essa ampliação

---

<sup>23</sup> Inteiro teor disponível no site [www.stf.us.br/jurisprudencia](http://www.stf.us.br/jurisprudencia).

conceitual do princípio para a “dignidade dos animais”, o que revela ser necessário, a fim de demonstrar uma nova visão do princípio dissociada do referencial antropocêntrico do direito ambiental, denominada de ecocêntrica ou fisiocêntrica<sup>24</sup>.

Além do mais, é preciso considerar que, no caso, há outras normas jurídicas que podem fornecer uma solução mais ajustada constitucionalmente à declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio Janeiro. Com efeito, o artigo 220, parágrafo 1º, da Constituição brasileira<sup>25</sup>, veda práticas que impliquem torturas aos animais, o que tornaria dispensável o uso da dignidade da pessoa humana na espécie, ainda mais quando sua utilização assume um caráter retórico, que não busca defini-lo de forma argumentativa, pressupondo que todas as pessoas previamente compartilhassem o seu significado.

Por outro lado, por se tratar de norma principiológica, requer do intérprete uma análise de outras possíveis linhas de entendimento, que poderiam, até mesmo, serem utilizadas em sentido contrário ao entendimento firmado pela Corte. Isso porque a dignidade da pessoa humana tem como substrato ético a autonomia ou autodeterminação do indivíduo<sup>26</sup>. Logo, resta evidente um contraponto ao argumento utilizado para aplicação da dignidade humana, que não foi enfrentada na decisão judicial. Isto é, a intervenção estatal para coibir a prática da briga de galos constitui, na verdade, uma indevida violação à autonomia do indivíduo e, por conseguinte, a lei impugnada não violaria, nesse aspecto, o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>24</sup> Conforme expõe Karin Käsmayer (2008), os fisiocentristas buscam justificar a proteção da natureza como um valor em si mesma, a natureza é passível de valoração própria, independente de interesses econômicos, estéticos ou científicos. Diferentemente da concepção antropocêntrica - segundo a qual o homem descreve o mundo sob a perspectiva de seus interesses e atribui um valor instrumental à natureza, como recurso - a visão ecocêntrica ou fisiocêntrica concede um valor próprio à natureza (natureza como um fim em si mesma), fazendo emergir uma nova ética, a ética da natureza.

<sup>25</sup> Cf. Artigo 225, parágrafo primeiro: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988). § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

<sup>26</sup> Nesse sentido: “A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida”(BARROSO, 2014, p. 81).

### 2.3.2 Caso do sigilo na aplicação de sanções disciplinares aos magistrados

Um outro importante julgado atinente à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4638/DF, na qual o plenário do Supremo Tribunal Federal referendou parcialmente medida cautelar deferida pelo Relator Ministro Marco Aurélio.

A ação foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros –AMB, requerendo a inconstitucionalidade de diversas disposições da Resolução n. 135/2011, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu regras sobre o procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados. Os dispositivos impugnados, que interessam na presente análise, dizem respeito aos artigos 4º e 20 da mencionada Resolução. O primeiro dispositivo afastou a necessidade de sigilo para a aplicação das penas de advertência e censura. O segundo, estabeleceu que o julgamento do processo disciplinar deveria ser realizado em sessão pública.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux, invocando a doutrina de Dworkin e de Kant, sustentou a inconstitucionalidade de tais dispositivos, por violarem o princípio da dignidade da pessoa humana:

**Mas se olvida, nesse particular, que esse interesse público colide com um princípio basilar da República Federativa, que é o respeito à dignidade da pessoa humana.** Se nós temos que respeitar os homens de acusação ainda infundada, não tenho a menor dúvida de que este é um consectário do respeito a esse cânone, que é um dos fundamentos da República, que é a dignidade humana. Mas será que realmente, numa visão contemporânea, o interesse público sobrepuja todo e qualquer interesse privado? [...] Eu colhi, Senhor Presidente, em lições de Ronald Dworkin, na sua obra, numa tradução livre, "Falando sobre os Direitos de Forma Séria" - "Talking Seriously About Rights", ele afirma o seguinte: na solução da colisão entre o interesse público e o interesse privado - e, nesse particular, ele é também repisado pelo eminente jurista Luís Roberto Barroso na sua obra Direito Constitucional Contemporâneo -, um outro parâmetro para solucionar se vale o interesse público na transparência, ou se vale a dignidade da pessoa humana, é o princípio da dignidade humana. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima Kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, essa máxima de corte antiutilitarista, diz o professor Barroso, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. (BRASIL, STF, 2012a).

Conforme se pode notar, para o aludido Ministro, haveria uma contraposição entre interesse público e interesse privado, sendo este representado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e aquele pela publicidade do processo disciplinar. Nessa senda, a dignidade deve prevalecer na resolução do caso, por ser um princípio “superior”, ensejando a

inconstitucionalidade dos referidos dispositivos da Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Dessa forma, observa-se que princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado como valor absoluto e superior hierarquicamente em relação aos outros princípios elegidos pelo referido Ministro como contrários, não havendo, nessa perspectiva adotada, o que ou como avaliar, ponderar ou argumentar, pois se a dignidade está em causa, tudo o mais deve ceder. Esse é o chamado argumento *knock-down*, conforme explica Jorge Novais:

[...] enquanto que no plano dos direitos fundamentais supostamente em conflito ou colisão, a respectiva invocação tem de ser acompanhada e apoiada em argumentação racional, no sentido de justificar a prevalência de um valor (um direito fundamental) sobre o outro, no caso da invocação da dignidade da pessoa humana. Frequentemente esse esforço é tido como dispensável. Partindo-se, na lógica do referido *knock-down argument*, do pressuposto do carácter absoluto da dignidade da pessoa humana e do seu sentido normativo pretensamente evidente, não haveria aí o quê ou como ponderar, avaliar ou argumentar: se é a dignidade humana que está em causa, tudo o mais cede e deve ceder, sem discussão. (NOVAIS, 2015, p. 124).

Além disso, não explicita argumentativamente qual o conceito de dignidade utilizado e como ocorre, no caso concreto, essa contrariedade entre dignidade e a publicidade do processo disciplinar. A argumentação resume-se a invocar argumentos de autoridade (autores como Kant e Dworkin), para concluir que a dignidade prevalece na espécie, e como consequência, chega-se a inconstitucionalidade da norma questionada.

Chama atenção, ainda, o fato de que a dignidade da pessoa humana implica igual respeito e consideração, diante da perspectiva moral do princípio ético do “próprio respeito”. Logo, como sustentar que o sigilo do processo disciplinar não configura um privilégio pessoal de determinadas pessoas, não extensíveis ao cidadão comum, que, como regra geral, não dispõe do direito ao sigilo em seus processos disciplinares. Com efeito, a dignidade empregada pelo Ministro é a repriminção da “*dignitas*” romana, conforme visto anteriormente, afrontando o carácter universal e igualitário do princípio.

Ademais, cabe ressaltar que há diversas regras constitucionais, a exemplo do artigo 93, incisos IX e X, da Constituição Federal de 1988<sup>27</sup>, em contraponto ao argumento defendido no voto do mencionado Ministro, revelando, mais uma vez, uma utilização acrítica

---

<sup>27</sup> Cf. Art. 93 da CF/88: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;” (BRASIL, 1988).

do princípio e como mero efeito retórico no caso concreto, na forma de *knock-down argument*.

### 2. 3.3 Caso da Lei Maria da Penha

O presente caso foi analisado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424/DF, em que se discutiu a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal contra a mulher, prevista na Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Pena. Isso porque os artigos 12 e 16 da referida Lei previam a necessidade de representação da vítima para o processamento da ação penal, enquanto o seu artigo 41, contrariamente, estabeleceu que não se aplicava, aos crimes de violência doméstica praticados contra mulher, a Lei n. 9.099/95, o que inclui o artigo 88 da Lei dos Juizados Especiais, que prevê a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal culposa e leve.

Afora esse conflito de disposições legais, destaque-se que, em decisões judiciais anteriores proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça<sup>28</sup>, restou firmado o entendimento pela necessidade da representação da vítima para persecução penal da crime lesão corporal contra a mulher.

Portanto, o ponto central na discussão era definir se ação penal, que tem por objeto crimes de lesão corporal contra a mulher, deve ser objeto de representação da vítima (conforme artigos 12 e 14 da Lei 11.340/2006) ou não era necessário (conforme artigo 41 Lei 11.340/2006).

Na decisão, o Supremo Tribunal utiliza o princípio da dignidade como fundamento constitucional para reconhecer a natureza incondicionada da ação penal, conforme consta dos votos de diversos Ministros<sup>29</sup>. O Ministro Relator Marco Aurélio, cita, inicialmente no voto, dados estatísticos<sup>30</sup>, para concluir que essa situação impõe a atuação estatal, retirando da mulher a decisão para representação penal, em razão da situação de sua vulnerabilidade física e moral:

---

<sup>28</sup> Nesse sentido: STJ, Resp. 1.097.042/DF, julgado sob a sistemática de recursos repetitivo. (BRASIL, STJ, 2011).

<sup>29</sup> Disponível no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

<sup>30</sup> Conforme página 8 do acórdão: “os dados estatísticos são alarmantes, cujo índice de renúncia à representação chega a alcançar 90%”. (BRASIL, STF, 2012b).

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. [...] Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino. (BRASIL, STF, 2012b).

A Ministra Rosa Weber também fundamentou a sua aplicação nas mesmas linhas argumentativas do Relator, aduzindo, a partir de dados publicados em revistas especializadas de direitos humanos, que a vulnerabilidade física e moral da mulher para oferecimento da representação implicaria na violação de sua dignidade humana:

Esses dados ilustram bem um contexto no qual exigir da mulher agredida que, a fim de se dar início à ação penal, represente contra aquele que sobre ela exerce forte coação moral e domínio psicológico, a colocando em situação de vulnerabilidade física e emocional, atenta contra a própria dignidade da pessoa humana – valor fundante da nossa República (art. 1º, III, da Carta Política) (BRASIL, STF, 2012b).

O Ministro Luiz Fux também seguiu a mesma linha argumentativa, afirmando que “o condicionamento da ação penal à representação da mulher constitui um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade humana feminina.” (BRASIL, STF, 2012b).

Ressalte-se, todavia, que o Ministro Gilmar Mendes, no presente caso, critica o uso do princípio da dignidade humana como fundamento para solução do caso, em razão da falta de consistência da argumentação dos outros votos no emprego do princípio, não podendo o Judiciário, para o referido Ministro, substituir a vontade do legislador sem uma base constitucional sólida:

E aí eu tenho pelo menos uma dificuldade, isto é, acho que temos de explicitar, de forma muito clara, que é a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, neste caso de processo penal, quer dizer: qual é o parâmetro de controle? Claro, **o parâmetro de controle é genérico, dignidade da pessoa humana, mas isso carece de alguma concretização**, vimos na fundamentação trazida na ADI, muito bem elaborada pelo eminente Procurador-Geral. [...] Mas quero realmente compartilhar as angústias que vão na minha alma porque, primeiro, a própria fundamentação, e é fundamental que Corte Constitucional - diferentemente do legislador -, nós temos que dizer qual é o fundamento da inconstitucionalidade. **Não pode ser um fundamento espiritual**. [...] E o texto constitucional quer um mínimo de integração, daí eu não estar, realmente, seguro de que essa fórmula que nós estamos a eleger como aquela que de fato condiz com o princípio da proteção insuficiente, como em

relação à alternativa, é de fato a adequada, para dizer então que há uma inconstitucionalidade. (BRASIL, 2012b, grifo nosso).

Desse modo, verifica-se, em diversos votos, uma argumentação consequencialista do direito (melhores resultados para a política criminal), utilizando a dignidade da pessoa humana na sua dimensão negativa (violação), a qual decorre, na concepção dos citados Ministros, pelo desrespeito à integridade física e moral da mulher, a qual, ainda, conforme fundamenta o Ministro Luiz Fux, está em conformidade com a visão kantiana de dignidade.

Entretanto, cabe observar que não foi considerado outras linhas interpretativas do princípio, tais como a perspectiva de autonomia ou autodeterminação do indivíduo. Melhor explicando: quando se entende que a ação penal deve ser pública incondicionada, retira-se da mulher a liberdade de se manifestar quanto à persecução penal, o que pode indicar um caráter paternalista do Estado, desconsiderando a dignidade como um agir com autonomia e liberdade, segundo a lei que outorgo a mim mesmo – o imperativo categórico kantiano<sup>31</sup>. Assim, ainda que se concorde com o mérito da decisão, não houve construção interpretativa do significado do princípio, diante de outras possíveis interpretações que o princípio da dignidade da pessoa humana poderia fornecer no caso concreto.

Por fim, denota-se certa confusão entre a necessidade de sanção mais rigorosa para o tipo penal em questão, com o rito procedimental da ação penal. Diversos Ministros recorreram à dignidade da pessoa humana referindo-se à gravidade do crime e não ao tipo de procedimento, que era o ponto central em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

### *2. 3.4 Caso da Lei de Imprensa*

Este caso, relatado na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF, envolveu o exame quanto à não-recepção, na ordem constitucional vigente, da Lei n. 5.250/67, chamada Lei de Imprensa.

O Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, cita o princípio da dignidade da pessoa humana para corroborar sua fundamentação a respeito da não-recepção da Lei de Imprensa, aduzindo que a liberdade de imprensa constitui direito “mais fortemente entroncado com a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, STF, 2009), a qual, por relacionar-se com o direito

---

<sup>31</sup> V. Michael Sandel (2011. p. 141): “para agir livremente, de acordo com Kant, deve-se agir com autonomia. E agir com autonomia é agir de acordo com a lei que imponho a mim mesmo”.



de liberdade de expressão, possuía hierarquia axiológica sobre outros princípios em contraste (direito de personalidade, tais como a privacidade).

Essa também foi a linha argumentativa da Ministra Carmen Lúcia, que enfatizou a aplicação da dignidade, por ser este princípio corolário do princípio da liberdade de imprensa:

É que a liberdade de imprensa - como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes. (BRASIL, STF, 2009).

No entanto, o Ministro Gilmar Mendes prioriza o sentido diverso para dignidade, por considerar que o direito à privacidade do cidadão prevalece sobre a liberdade de imprensa. Afirma o referido Ministro que: “porque o mundo não se faz apenas de liberdade de imprensa, mas de dignidade da pessoa humana, de respeito à imagem das pessoas. É fundamental, portanto, que levemos em conta essas observações”. (BRASIL, STF, 2009).

Igualmente, o Ministro Menezes de Direito pondera que a dignidade da pessoa humana é contraponto à liberdade de imprensa: “por outro lado, a preservação da dignidade da pessoa humana deve ser assegurada como limite possível para o exercício dessa liberdade de imprensa” (BRASIL, STF, 2009), concluindo, todavia, que a Lei de Imprensa deve ser declarada como não-recepcionada em sua integralidade, pelo fato de ter nascido com “espírito incompatível com o princípio constitucional da liberdade de imprensa”. (BRASIL, STF, 2009).

Assim sendo, temos um evidente dissenso entre os referidos Ministros sobre o uso do princípio da dignidade da pessoa humana para solução do caso. Para uns, tal princípio é fundamento para a não-recepção da lei, por violar a liberdade de imprensa. Para outros, a dignidade humana é um limitador à liberdade de imprensa, atrelada aos direitos de personalidade, não podendo, desse modo, ser utilizada como fundamento para a não-recepção da Lei impugnada.

Ao final do julgamento, acabou prevalecendo o entendimento, por maioria, de que a liberdade de imprensa é derivada diretamente do princípio da dignidade humana, conforme consta da própria ementa do acórdão: “[...] liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.” (BRASIL, STF, 2009).

Dessa forma, observa-se que os votos não conseguem dialogar entre si, não havendo um efetivo debate e enfrentamento das posições antagônicas, que apontaram diferentes perspectivas interpretativas para o princípio. O princípio constitucional da dignidade torna-se, mais uma vez, um conceito abstrato e maleável, sem preocupação em construir de forma coerente o seu significado em relação aos outros princípios constitucionais incidentes no caso.

Além do mais, chama atenção a descon sideração de decisões anteriores proferida pela Corte, que firmaram entendimento diverso em relação ao presente caso. Com efeito, no caso *Elwanger*, objeto da ação de Habeas Corpus n. 82424/RS<sup>32</sup>, o Supremo Tribunal Federal empregou o princípio da dignidade da pessoa humana em favor dos direitos de personalidade, em detrimento da liberdade de expressão. Já, nesta ADPF, restou fundamentado que a liberdade de imprensa é uma norma que possui “precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta” (BRASIL, STF, 2009).

### *2. 3.5 Caso: cotas raciais em instituições públicas de ensino superior*

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF, proposta pelo Partido Democratas – DEM, pleiteava a declaração de inconstitucionalidade de atos administrativos da Universidade de Brasília-UNB, que instituíram cotas étnicas-raciais para ingresso de estudantes na Instituição, embasando tal pedido no princípio da dignidade da pessoa humana. No julgamento, o Tribunal recorreu também à dignidade humana, embora em sentido diametralmente oposto ao empregado pelos autores da ação, para afirmar a constitucionalidade da ação afirmativa.

Entretanto, o que desperta a crítica, nesse caso, é o uso retórico do princípio, pois não se tem o cuidado de definir o seu sentido normativo empregado, sendo, na maior parte das vezes, associado como sinônimos de outros princípios. Por exemplo, no voto do Ministro

---

<sup>32</sup> HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. [...]13. **Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos.** O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. **Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.** (BRASIL, STF, 2003, grifo nosso).

Ayres Britto, a dignidade humana é citada como seu sentido fosse evidente: “o princípio da unidade da Constituição chancela as políticas públicas de promoção racial, são ações afirmativas da intrínseca, da inata dignidade de todo ser humano, independentemente da cor de sua pele.” (BRASIL, STF, 2012c).

Já a Ministra Carmen Lúcia recorre ao princípio da dignidade humana (sem também explicitar seu conteúdo) associando como sinônimo de outros princípios:

O estabelecimento do sistema de reserva de cotas, tal como se deu no caso vertente, assegurou a aplicação dos princípios constitucionais da autonomia universitária, da igualdade, da publicidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, STF, 2012c).

Inclusive, o Relator da ação, Ministro Ricardo Lewandowski, cita na sua conclusão (parte dispositiva do voto) que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília são “compatíveis com o princípio da dignidade humana.” (BRASIL, STF, 2012c). Contudo, não há na parte da fundamentação do voto qualquer explicação do conteúdo do princípio.

De fato, não obstante a amplitude semântica do princípio da dignidade da pessoa humana, não há por parte dos julgadores preocupação em definir o seu conteúdo. Em diversos votos, percebe-se que o princípio é utilizado de forma retórica ou como equivalente a outros princípios constitucionais. Ainda que a dignidade possa ser relacionada a outros princípios, o que desponta a crítica é o uso também vago e abstrato desses princípios tidos como sinônimos.

### *2.3.6 Caso da Lei da ficha limpa*

Trata-se de discussão sobre a possibilidade de aplicação da Lei Complementar n. 135/2010, chamada de Lei da Ficha Limpa, às eleições de 2010, notadamente para os casos de condenação criminal em segunda instância ocorridos antes da edição da Lei.

Como tal discussão era objeto de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidades (ADC n. 29/DF e 30/DF) e também da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578/AC, o julgamento foi realizado de forma conjunta pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela constitucionalidade das disposições da referida Lei Complementar, inclusive quanto à possibilidade de considerar válidas as situações de inelegibilidade ocorridas antes da vigência da Lei, ressalvando, contudo, sua inaplicabilidade ao pleito eleitoral de 2010, em razão da

aplicação princípio da anterioridade eleitoral.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, foi invocado pelo Ministro Cezar Peluso, para afastar a aplicação retroativa da nova hipótese de inelegibilidade da Lei (condenação criminal por órgão judicial colegiado). Após incurso histórico do princípio da presunção de inocência, associou-o ao princípio da dignidade humana, alegando que violaria a dignidade do réu a imposição da sanção de inelegibilidade sem que tenha ocorrido um juízo definitivo de culpabilidade:

Há alguma dúvida de que a previsão de inelegibilidade do réu, como consequência direta da mera pendência do processo criminal, representa ofensa à garantia constitucional destinada a resguardar a dignidade de quem não foi ainda condenado em definitivo, nem se sabe se o será? (BRASIL, 2012d).

Na análise da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se que foi adotada, pelo Ministro Cezar Peluso, o viés de sua absolutização, não atentando para a possibilidade de ocorrer sua mitigação no caso, haja vista que se trata de seara de exercício de cargos públicos, com restrições constitucionais diferentes daquelas previstas no âmbito do direito penal. Cite-se, como exemplo, o princípio da moralidade administrativa, previsto nos artigos 14, parágrafo 9º; e 37, da Constituição Federal; e ainda a regra constitucional que permite ao legislador ordinário estabelecer novas hipóteses de inelegibilidades, considerando a vida progressiva do candidato (art. 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal).

Ademais, também não há preocupação de explicitar argumentativamente o sentido normativo do princípio, adotando o pressuposto de que todos compartilham o mesmo significado que foi atribuído pelo julgador.

### 2.3.7 Caso: *pesquisa em células embrionárias*

Este caso restou analisado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, que questionou a compatibilidade constitucional do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005<sup>33</sup>, chamada de

---

<sup>33</sup> Cf artigo 5º: “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por in vitro e não utilizados no respectivo atendidas as seguintes condições: I - sejam embriões inviáveis; ou II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos

Lei de Biossegurança. A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo ante "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana." (BRASIL, STF, 2008). Porém, a decisão do Supremo Tribunal foi pela constitucionalidade do diploma legal, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana largamente citado nos votos dos Ministros<sup>34</sup>.

O argumento central, invocado na maioria dos votos, foi de que o princípio da dignidade da pessoa humana não se aplica ao nascituro, tendo em vista que o embrião é fertilizado *in vitro* - fora do útero feminino – não sendo, nessas circunstâncias, considerado um sujeito de direitos. Nesse sentido, convém citar excerto do voto do Relator, Ministro Carlos Britto:

É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "**dignidade da pessoa humana**" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição) . E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" [...] **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido** e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). (BRASIL, STF, 2008, grifo nosso).

Ademais, além deste fundamento, acompanhando em diversos outros votos, a exemplo da Ministra Carmen Lúcia e Ellen Gracie, restou fundamentado que a dignidade da pessoa humana é efetivada, ao contrário do argumento do Autor da ação, pelas pesquisas em células embrionárias, já que promovem o direito à saúde de outras pessoas e ainda haveria conformidade com o planejamento familiar dos pais para disporem dos embriões inutilizados. (BRASIL, STF, 2008).

Registre-se que os Ministros Menezes de Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, propuseram medidas adicionais para aplicação da Lei de Biossegurança (utilizando a técnica de interpretação conforme), tais como criação de comitê específico, não destruição do embrião utilizado na pesquisa, entre outras. Porém, essas propostas de decisão

---

comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997." (BRASIL, 2005)

<sup>34</sup> A expressão "dignidade da pessoa humana" foi citada 66 vezes no acórdão.

aditiva não obtiveram êxito na decisão colegiada.

Na análise do acórdão percebe-se que a expressão dignidade da pessoa humana foi utilizada em todos os votos dos Ministros. Contudo, não se observa clareza na explicitação de seu conteúdo. A linha de argumentação exposta pelo Relator, seguida por diversos outros Ministros, foi de que a dignidade da pessoa humana se aplica aos nascidos e não aos embriões fertilizados *in vitro*, mas sem analisar outras possíveis interpretações atinentes à dignidade enquanto valor intrínseco do ser humano. Inclusive, a associação da dignidade humana ao direito à saúde, não obstante sua inegável força persuasiva, possui nítido viés utilitarista, o que gera um paradoxo quando se adota a dignidade humana na dimensão ontológica (valor intrínseco), tendo em vista que foi citada a filosofia kantiana para justificar sua aplicação<sup>35</sup>.

Destarte, em que pese as reiteradas citações do princípio, não houve preocupação em buscar um significado coerente na sua aplicação, perdendo o Supremo uma excelente oportunidade para fixar importante precedente na matéria, lançando ao menos um norte para as futuras decisões sobre a matéria, como, por exemplo, a questão do aborto.

### 2. 3.8 Caso: união homoafetiva

O caso envolveu o julgamento conjunto das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, que tinham por objeto afastar interpretações que negavam à união homoafetiva os direitos reconhecidos à união heterossexual. Em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente as ações.

No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, foi invocado como fundamento constitucional para a procedência das ações. Conforme consta da ementa do acórdão, o “reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’ [...]” (BRASIL, STF, 2011b).

O Ministro Relator Ayres Britto fez uso do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto forma de manifestação do direito à liberdade, na sua perspectiva de autodeterminação: “essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta

---

<sup>35</sup> A invocação à autoridade de Kant foi citada nos votos da Ministra Carmen Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski.

emanação do princípio da dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, STF, 2011b).

O Ministro Luiz Fux também invoca a aplicação da dignidade e, mais uma vez, a recorre ao argumento de autoridade citando Kant:

Essa ordem de ideias remete à questão da autonomia privada dos indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana.

[...]

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. (BRASIL, STF, 2011b).

Os demais Ministros também fundamentam seus votos com base no princípio da dignidade humana, como concretização do direito à autodeterminação do indivíduo, ressaltando que as uniões homoafetivas não violam direitos de terceiro e que não são vedadas por qualquer norma do direito brasileiro. (BRASIL, STF, 2011b).

Desse modo, diferentes dos demais casos analisados, trata-se de um feliz exemplar em que o significado do princípio é construído argumentativamente, afastando do peculiar método retórico de outros casos analisados. De fato, a maioria dos julgadores, argumentaram a aplicação da dignidade como à autodeterminação do indivíduo em relação a sua sexualidade, haja vista que não cabe ao Estado e as majorias políticas impor suas preferências em um campo de ordem estritamente individual.

Contudo, merece um pequeno registro o argumento do Ministro Celso de Melo, que relaciona a dignidade ao direito à busca da felicidade:

Reconheço que o **direito à busca da felicidade** [...] **representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana**, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. (BRASIL, STF, 2011b, grifo nosso).

Aqui a relação feita entre o direito à busca da felicidade e a dignidade da pessoa humana, ao invés de buscar clarificar o conceito empregado, torna ainda mais obscuro, já que busca concretizar um princípio de textura aberta com outro igualmente carecedor de concretização (direito à busca da felicidade), numa ótica utilitarista do direito.

### 2. 3.9 Caso: aborto de feto anencéfalo

O caso foi objeto da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 54/DF, proposta pela Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde – CNTS, a qual pleiteava que o Supremo Tribunal Federal conferisse interpretação conforme aos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, declarando inconstitucional a interpretação desses dispositivos que conduziisse ao impedimento do aborto em casos de gravidez de feto anencéfalo.

A ação foi julgada procedente, por maioria, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo o princípio da dignidade da pessoa ocupado lugar central nas discussões (foi citado nada menos que 299 vezes no acórdão). Tanto é que o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que “interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana.” (BRASIL, STF, 2012e). Desse modo, resta compreender como foi construído o significado do princípio pelos julgadores.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, iniciou seu voto afirmando que, no caso, não haveria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, e nem possibilidade de conflito com outros princípios constitucionais, em razão da ausência de vida do feto:

Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. (BRASIL, STF, 2012e).

Observa-se que não há uma conceituação no voto do que vem a ser a dignidade da pessoa humana, a qual é definida como sinônimo do direito à vida, para concluir, então, que a o princípio da dignidade da pessoa humana não se aplica ao aborto de feto anencefálico, por este não ter essa viabilidade de vida extrauterina. Assim, a argumentação foca no entendimento de que a dignidade está restrita às pessoas humanas e que os nascituros não detêm essa condição: “o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, seria juridicamente morto”. (BRASIL, STF, 2012e).

Além disso, aduz o citado Ministro que o princípio da dignidade da pessoa humana seria aplicado à mulher, em razão do seu direito à saúde, à liberdade, à autodeterminação, ao



direito de privacidade e ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (BRASIL, STF, 2012e).

Já a Ministra Rosa Weber, votando também pela procedência da ação, entende haver atipicidade da conduta (não viola o bem jurídico vida tutelado pela legislação penal que trata do aborto), recorrendo ao método da ponderação, para sustentar a prevalência da liberdade da mulher em detrimento da proteção do feto:

Portanto, a interrupção da gravidez, ou a antecipação do parto em caso de anencefalia, é fato atípico, motivo pelo qual é de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para excluí-la do âmbito de abrangência do conceito de aborto [...] Para concluir, ao enfoque da teoria da proporcionalidade, o quociente da divisão das razões em favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto anencefálico por meio da omissão do Estado e da declaração de inconstitucionalidade da leitura que inclui a interrupção, ou a antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, presentes as certezas empíricas sobre a afetação da esfera de atuação de cada um dos princípios em jogo, é maior que um. Há, portanto, de ser preservada a liberdade da grávida, quando se vê diante de tão doloroso dilema, de optar sobre o futuro da sua gestação de feto anencefalo. (BRASIL, STF, 2012e).

Os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Ayres Britto elaboram extensos votos também, adotando a mesma linha de argumentação do Relator, no sentido de que a dignidade não se aplica ao feto e sim a mulher, em razão dos seus direitos à liberdade, autonomia, saúde, entre outros. Cite-se, nesse sentido, excerto do voto da Ministra Carmem Lúcia:

A interrupção da gravidez de feto anencefalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida. Note-se que a interrupção da gestação é escolha, havendo de se respeitar, como é óbvio, também a opção daquela que prefere levar adiante e viver a experiência até o final. Mas o respeito a esta escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana. (BRASIL, STF, 2012e).

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski julgou improcedente a ação. Em que

pese citar no relatório do voto que o caso tinha como cerne o princípio da dignidade da pessoa humana, não fez considerações sobre seu alcance no caso, restringindo-se a afirmar que a legislação vigente não comportava interpretação conforme à constituição, não cabendo ao Supremo atuar como legislador positivo na espécie.

Na sequência, o Ministro Gilmar Mendes aduz que não é o caso de conferir como fato atípico (como sustentado pela Rosa Weber), já que a legislação penal protege o nascituro quando tipifica como crime o aborto, nem como analisar o caso sob o prisma do juízo da dignidade da pessoa humana (refutando os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Ayres Britto), uma vez que o feto também merece proteção sob essa cláusula constitucional:

De fato, a ausência concreta de violação ao bem jurídico é causa de atipicidade da conduta. Ocorre que a tese pressupõe a aceitação – não consensual – de que o feto anencéfalo não merece proteção jurídica, mormente em face de sua “inviabilidade fisiológica”. É de se registrar que, não fosse a falta de consenso acerca da necessidade de se conferir proteção jurídica ao feto anencéfalo, não estaria o Supremo Tribunal perante julgamento tão delicado. Parece-me, portanto, que afirmar a atipicidade do aborto nesta hipótese é incorreto, ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro (e está documentado à exaustão que o feto anencéfalo pode nascer com vida, a qual terá maior ou menor duração, a depender de diversos fatores). [...]. Disso também decorre que não se pode simplesmente tutelar o direito de praticar o aborto dos fetos anencéfalos com base no princípio da dignidade humana (outro fundamento da inicial), visto que, conforme asseverou o Tribunal Constitucional alemão, também o nascituro deve ser protegido por essa cláusula constitucional. Até mesmo porque o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal. (BRASIL, STF, 2012e).

Outrossim, refuta também a possibilidade de ponderação de princípios (realizado pela Ministra Rosa Weber), uma vez que se trata de questão sensível, que torna difícil sua realização, diante do risco de embates entre valores da comunidade. Assim, propõe que o caso deve ser solucionado a partir da própria normatividade existente na legislação penal, a qual possibilita tratar o aborto do feto anencéfalo, diante de uma interpretação teleológica e evolutiva, como causa excludente de tipicidade:

Essas constatações permitem concluir, conforme afirmo acima, que o aborto de fetos anencéfalos está certamente compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal, todavia, era inimaginável para o legislador de 1940. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição. A interpretação que se pretende atribuir ao Código Penal, no ponto, é consentânea com a proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem como com a tutela de seu direito à privacidade e à intimidade, aliados à autonomia da vontade. Isso porque se trata apenas de uma autorização condicionada

para a prática do aborto, de modo que competirá, como na hipótese do aborto de feto resultante de estupro, a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir. (BRASIL, STF, 2012e).

Ressalte-se que essa proposta interpretativa revela uma maior coerência do que as justificativas que abordam a dignidade humana atrelada ao nascimento com vida do feto, já que não nega à dignidade humana ao feto, mas também não a torna um valor absoluto, e tem o mérito de acolher uma integridade interpretativa com as decisões políticas adotadas pelo Estado, tendo em vista que admite a possibilidade de aborto em outras hipóteses.

Já o Ministro Celso de Mello também argumenta pela ausência de tipicidade em razão de ser um “organismo destituído de viabilidade e de autonomia existencial em ambiente extrauterino” (BRASIL, STF, 2012e), sem adentrar no exame da violação ou não da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o Ministro Cezar Peluso, que, tal qual o Ministro Ricardo Lewandowski, sustenta que o feto anencéfalo está protegido pela cláusula da dignidade humana, contrariando, portanto, os votos firmados pela maioria:

Mas o simples e decisivo fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à imprevisível espécie humana garante-lhe, em nossa ordem jurídica, apesar da deficiência ou mutilação - apresentada, para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstruosidade -, que lhe não rouba a inata dignidade humana, nem o transforma em coisa ou objeto material desvalioso ao juízo do Direito e da Constituição da República. [...] Que estranha e repulsiva lógica tornaria, então, admissível o mesmíssimo procedimento agressivo, agora direcionado contra a vida intrauterina? Ambas as formas de vida guardam idêntico nível de dignidade sob o prisma tuitivo da Constituição, verificando-se, entre elas, mera diferença temporal ou, em termos menos precisos, de “idade”<sup>23</sup>. Não posso, pois, concordar com a assertiva de que “a não-previsão de uma excludente de ilicitude pela lei ofenderia princípios constitucionais, [como] o princípio da dignidade da pessoa humana. E [a arguente] disse mais: essa dignidade seria medida pela integridade física da mãe. Não concordo. A integridade física e biológica da vida intrauterina também está em jogo. [...] E, nascendo com vida, ainda quando de brevíssima duração, pode receber e transmitir herança! Tudo isto significa, à margem de qualquer dúvida, que é sujeito de direito, não coisa ou objeto de direito alheio. E, que é, pois, supinamente falsa a ideia de que todo anencéfalo não seria nunca sujeito de direito. (BRASIL, STF, 2012e).

Para o referido Ministro, a dignidade humana não depende de sua qualidade ou de sua duração, de modo que “ a dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta”. (BRASIL, STF, 2012e). Defende, portanto, que o feto possui dignidade e por isso não pode ser tratado como um objeto ou coisa, imprimindo um caráter absoluto ao princípio no caso.

Nesse contexto, não obstante os argumentos de Cezar Peluso, configurou-se um claro

dissenso no Tribunal sobre o significado da dignidade humana. O embate argumentativo pelos Ministros que compuseram a tese vencedora foi olvidado, prejudicando, assim, um aprofundamento discursivo sobre essas interpretações distintas dadas ao princípio, extremamente úteis para construção de uma decisão tão relevante e complexa em nossa sociedade.

## 2.4 Conclusões preliminares sobre os casos judiciais analisados

Em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana possuir estrutura textual polissêmica, a qual, aliás, não é uma característica exclusiva desse princípio, mas também de diversos outros, como igualdade, moralidade, devido processo legal, etc., essa dificuldade interpretativa não pode ser justificativa para abdicar de uma justificativa do conteúdo empregado no caso concreto. Em outros termos: a dificuldade em estabelecer um conteúdo geral e abstrato não pode constituir evasiva para a decisão judicial, sob pena de ocorrer uma aplicação desconectada da situação concreta, que favorecerá o seu uso arbitrário e voluntarista.

A dignidade humana é, por definição constitucional, e conforme amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência, princípio fundante, no qual se assenta os direitos fundamentais. Por isso, dada a sua relevância na ordem jurídica, exige-se do intérprete uma atuação responsável na construção do seu significado normativo, a fim de que não se contamine sua própria efetividade em razão do seu uso displicente e banalizado.

Contudo, conforme aponta o estudo dos casos judiciais, em sua grande parte, essa tarefa não vem sendo cumprida satisfatoriamente. Com efeito, pode-se elencar os seguintes pontos críticos da aplicação judicial do princípio da dignidade da pessoa humana: uma baixa contextualização dos elementos fáticos e jurídicos para embasar a incidência do princípio; uso retórico, na forma de argumento *knock-down*<sup>36</sup>, para fundamentar decisões sobre os mais variados casos, sem preocupação de construir argumentativamente o sentido normativo do princípio; utilização como sinônimo de outros princípios, que, na maior parte, são igualmente de natureza abstrata e polissêmica; invocação do princípio mesmo diante de situações em que há regras constitucionais e infraconstitucionais específicas para solução do caso; ausência de

---

<sup>36</sup> Termo utilizado pelo Professor português Jorge Reis Novais, conforme citação do Autor transcrito na p. 28.

coerência do conceito do princípio, que pode ser verificada tanto internamente (no mesmo julgado, entre as fundamentações dos votos de cada julgador), quanto externamente (em face de outros julgados proferidos anteriormente pelo Tribunal).

Destarte, não obstante uma inflação de julgados que fazem referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, não há qualquer preocupação em justificar o conteúdo empregado ao princípio, o que acaba por fragilizar sua própria normatividade, conforme explica João Villela:

Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir de tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta. Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente: A dignidade da pessoa humana não pode esperar. (VILLELA, 2009, p. 562).

Conclui-se, portanto, com base na análise coletiva dos citados precedentes jurisprudenciais, que o intérprete-julgador não tem se desincumbido do ônus argumentativo na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, assumindo uma postura verdadeiramente discricionária em sua aplicação, segundo as convicções pessoais de cada juiz, o que tem contribuído para o chamado decisionismo judicial.

Diante desse cenário, comprovado pelo estudo empírico-jurisprudencial, revela-se oportuno, no próximo capítulo, analisar como algumas das principais teorias do direito lidam com discricionariedade judicial, apontando aquela que melhor compreende essa problemática e procura superá-la, especialmente quando a decisão envolve a aplicação de normas principiológicas.

### **3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A PROPOSTA TEÓRICA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**

Conforme visto no capítulo anterior, a interpretação judicial conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana demonstra grande divergência na Suprema Corte brasileira, tendo em vista, especialmente, a ocorrência de um juízo discricionário na definição do seu conteúdo e na sua conseqüente aplicação judicial. Desse modo, necessário debater algumas das teorias presentes na agenda contemporânea do direito, identificando a que melhor contribui para superar a problemática da discricionariedade judicial e que garanta maior objetividade ao conhecimento jurídico.

Nessa tarefa, assume lugar de destaque, conforme será analisado no decorrer deste capítulo, a teoria do direito desenvolvida por Dworkin<sup>37</sup>, que, segundo Mangabeira Unger constitui a mais elaborada expressão da “análise jurídica racionalizadora”. (1983, p. 561-567, apud MACEDO JUNIOR, 2013, p. 12).

No mesmo sentido, manifestando sobre essa centralidade e importância da teoria desenvolvida por Dworkin para o direito contemporâneo, Macedo Júnior assevera que:

“A centralidade de sua obra se deve não apenas ao pioneirismo e à força de suas críticas, como também pelo fato de que ela pode ser vista como uma resposta a quase todas as novas perspectivas e a muitos temas metodológicos que ganharam proeminência, ainda que não se limite a isto. Desse modo, a obra de Dworkin não apenas contribui para fortemente para a construção da agenda técnico-jurídica contemporânea e o afirma como um dos mais originais pensadores que dela participa, como também é paradigmática e exemplar dos problemas filosóficos que passaram a ocupar lugar de destaque na área nos últimos anos. (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 12)

De fato, não obstante as objeções (muitas vezes pertinentes) que se possam lançar, sua teoria se notabiliza pela rediscussão da própria definição de direito, formulando uma consistente tese sobre a controvérsia judicial, que tem como fonte impulsionadora a crítica à discricionariedade judicial positivista na aplicação do direito, que tem gerado profícuos debates, ainda que discordantes, na academia jurídica.

Dessa forma, torna-se imperioso, para os fins da presente pesquisa, investigar como a proposta de compreensão do direito formulado por Dworkin – que o entende como um conceito interpretativo que é melhor realizado pela virtude da integridade - permite superar a

---

<sup>37</sup> Conforme aponta Macedo Júnior (2014, p. 28-29), Dworkin é um dos teóricos do direito contemporâneo mais citados no Brasil, seja em trabalhos acadêmicos de teoria do direito, seja pelos tribunais brasileiros.

discricionariiedade judicial na aplicação de princípios e, em especial, no tema aqui estudado: o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.1 O direito como um sistema de regras validado por um teste fundamental

A compreensão da teoria do direito de Dworkin requer, como ponto de partida, examinar suas duras críticas ao positivismo jurídico, que abalaram os principais dogmas dessa teoria dominante do direito, permitindo, assim, que o referido Autor erguesse sua original concepção do direito. Nesse sentido, aponta Stephen Guest<sup>38</sup>:

Uma descrição cronológica do seu trabalho tomaria como ponto de partida suas famosas críticas ao positivismo jurídico, já que, como Hart, cuja teoria evoluiu da crítica a teoria do direito baseado no comando, a teoria de Dworkin evoluiu a partir da crítica ao positivismo. (GUEST, 2010, p. 107).

Dessa forma, necessário apontar as principais características epistemológicas do positivismo jurídico e como elas foram rejeitadas por Dworkin. Para isso, é fundamental a referência à obra seminal do referido jusfilósofo norte-americano, publicada em 1967, sob o título “*The Model of Rules*”<sup>39</sup>, a qual, dez anos depois, tornou-se o segundo capítulo da sua obra “*Taking Rights Seriously*”, traduzido para o português como “Levando os Direitos a Sério”.

Na referida obra, o referido Jusfilósofo indaga sobre a razão que leva uma determinada pessoa possuir um direito ou uma obrigação jurídica e, por isso, realizar reivindicações ou exigências. Em outras palavras, o que significa esse “direito” e qual a razão que autoriza o Estado a exercer a coerção para quem infringir tal “direito”? (DWORKIN, 2002, p. 23).

O positivismo jurídico responde a esse questionamento afirmando que o direito é um conjunto de normas previamente postas ou admitidas pela autoridade competente, cujo

---

<sup>38</sup> Stephen Guest foi aluno e colega de Dworkin na University College of London, sendo um dos maiores estudiosos de suas obras, tendo como destaque a obra sob o título “Ronald Dworkin”, no qual faz análise dos mais importantes pontos da teoria do direito do jusfilósofo norte-americano.

<sup>39</sup> Conforme destaca Guest (2010, p. 30): “Ele é muito bem escrito, com energia e clareza jornalística, contém um brilhantemente claro resumo das principais doutrinas de *The Concept of Law* de H. L. A. Herbert, e, acima de tudo, apresenta um ataque sustentado, original e construtivo sobre a tese contida nesse livro. O artigo que, hoje aparece como o capítulo 2 de *Taking Rights Seriously*, não perdeu sua força inicial e, embora existam mudanças de ênfase em sua teoria mais madura, a tese emergente é clara e, creio eu, substancialmente inalterada”.

descumprimento implicará na consequência prevista na norma, de modo que a veracidade de uma proposição jurídica é aferida com base em critérios formais explícitos do direito, adotados pelas instituições sociais competentes, independentemente do exame de seu conteúdo. (DWORKIN, 2002, p. 25)

Kelsen, precursor teórico do positivismo jurídico exclusivista<sup>40</sup>, buscou conferir autonomia científica ao direito (objeto próprio), excluindo do seu campo de estudo quaisquer interferências de outros ramos ou campos, tais como a sociologia, a moral, a psicologia, etc. Na obra “Teoria Pura do Direito” deixa evidente sua proposta teórica:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (Kelsen, 2006, p. 1).

Essa pureza do direito é alcançada a partir da separação entre o *ser* e o *dever ser* jurídico, de modo que a veracidade da norma jurídica é indiferente de um conteúdo próprio dado pelo *ser*, pois a ciência jurídica, diferente das ciências naturais, não exige uma relação baseada na causa e seu respectivo efeito (princípio da causalidade ou da conexão causal), mas, sim, numa conexão de imputação, produzida por uma norma estabelecida pela autoridade jurídica mediante um ato de vontade. Nas suas próprias palavras: “a ciência jurídica, com efeito, não pretende, com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas a conexão de imputação, entre os elementos do seu objeto”. (KELSEN, 2006, p. 100)

Com vistas a sustentar essa independência do direito, Kelsen desenvolve a tese da norma fundamental pressuposta (conduzir-nos como a Constituição prescreve), que constitui o fundamento de validade da Constituição e, por conseguinte, das demais normas do sistema jurídico. O excerto a seguir esclarece o que vem a ser a tal norma hipotética fundamental:

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição

---

<sup>40</sup> O juspositivismo exclusivo (exclusive legal positivism, hard positivism ou nonincorporationism) advoga a tese da exclusão absoluta das questões morais do objeto da ciência jurídica. (ZANON JUNIOR, 2013, p. 132)



de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo desses atos como seu sentido objetivo. (KELSEN, 2006, p. 225).

Desse modo, Kelsen desenvolve uma teoria do ordenamento jurídico escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras, cuja validade de uma norma individualizada é analisada a partir da sua conformidade formal com a norma superior que lhe é fundamento de validade, inaugurando a noção de “autoprodução do direito” (GERVASONI, 2013, p. 478). Nas palavras do referido Autor: “num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito” (KELSEN, 2006, p. 259).

Outro importante teórico do positivismo jurídico é Herbert Hart<sup>41</sup>, o qual, conforme pontua Streck (2014, p. 40), é considerado, assim como Kelsen, um dos jusfilósofos mais originais do positivismo jurídico conceitual/metodológico.

Na obra “O Conceito de Direito”, Hart buscou aprimorar o positivismo jurídico, especialmente em razão da abstratividade do critério de identificação da ordem jurídica formulada por Kelsen (teste fundamental de validade das normas jurídicas), baseada em uma norma pressuposta, ou em razão da fragilidade do critério desenvolvido por Austin, que fundamentou a validade da norma com base na sua fonte de autoridade (ordem de um soberano).<sup>42</sup>

Destarte, é questão central entre os teóricos positivistas, que geram diferenças metodológicas entre os autores, definir um fundamento de validade para as normas jurídicas que seja independente de julgamentos baseados em critérios externos ao da própria norma, tais como a moral ou a religião.

Nesse contexto, solucionando as deficiências teóricas de Austin, Hart (2001, p. 99) diferencia “obrigatoriedade” de “ter uma obrigação”, de modo que a razão principal para cumprir ou não uma regra jurídica refere-se ao fato de que ela corresponde a uma “razão para

---

<sup>41</sup> A originalidade do seu pensamento sobre a teoria positivista do direito é encontrada, especialmente, na obra “O Conceito do Direito” (HART, 2001).

<sup>42</sup> Na obra de Austin o comando do Estado ganha contornos de ordem definitiva (ordem soberana), na qual a obrigatoriedade de uma conduta baseia em ordens de um superior, sob a ameaça coercitiva em caso de descumprimento (AUSTIN, 1998). Esse critério de identificação da Austin lhe rendeu severas críticas, tendo em vista as dificuldades que gera ao não permitir diferenciar claramente, por exemplo, uma ordem de um impostor (ou até mesmo de um assaltante) de um governante eleito democraticamente, além de permitir que o soberano seja excluído do âmbito de aplicação das regras por ele mesmo criado.

a nossa ação”, o que diferencia, portanto, de uma obrigação movida apenas pelo medo de sanções ou consequências.

Além disso, para solucionar os problemas relacionados à incerteza de quais regras são efetivamente jurídicas e, nisso, distingui-las de uma ordem ilegal de um soberano ou de outras regras sociais (religiosas, morais, etc.), vale-se da distinção entre regras primárias e secundárias. As regras primárias são aquelas que estabelecem direitos ou obrigações (dizem respeito às ações que o indivíduo deve ou não fazer). Já as regras secundárias são as responsáveis por dizer como e por quem devem ser obedecidas e elaboradas as regras primárias, dividindo-as em três espécies: reconhecimento, alteração e julgamento. Nesse sentido, esclarece Iuri Bolesina e Felipe Dias:

As normas secundárias são de reconhecimento, quando especificam as condições para que uma norma primária possa ser assim considerada e se torne obrigatória, o que, em um sistema jurídico evoluído, pode ocorrer pelo fato de as normas primárias terem sido aprovadas pelo órgão competente ou por terem sido o resultado de uma longa prática consuetudinária ou, ainda, por sua relação com uma decisão judicial. As normas secundárias são, por outro lado, de modificação, nos casos em que disciplinam os mecanismos para a modificação ou a revogação de uma norma primária ou para a introdução de uma nova norma primária. Por fim, há ainda as normas secundárias de julgamento que outorgam a determinadas pessoas o poder de julgar as violações às normas primárias. Hart observa que há uma estreita ligação entre as normas secundárias de modificação e de julgamento com as normas secundárias de reconhecimento, pois, invariavelmente, a presença das primeiras implica a da última, a de reconhecimento. (BOLESINA; DIAS, 2014, p. 56-57).

Dentre as regras secundárias, ganha importância, para os propósitos deste estudo, a chamada regra de reconhecimento, que é, nas palavras de Hart, o remédio para aferir a validade das regras primárias, ou seja, o critério último de identificação das regras jurídicas:

A forma mais simples de remédio para a incerteza do regime das regras primárias é a introdução daquilo a que chamaremos uma regra de reconhecimento. **Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência de uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce.** [...] Num sistema jurídico desenvolvido, as regras de reconhecimento são, claro, mais complexas; em vez de regras de identificação por referência exclusivamente a um texto ou lista, fazem-no por referência a alguma característica geral possuída pelas regras primárias. **Tal pode consistir no facto de terem sido legisladas por um certo órgão ou pela sua longa prática consuetudinária ou pela sua relação com decisões judiciais.** (HART, 2001, p. 105, grifo nosso).

Desse modo, uma pessoa possui determinado direito em razão de que há uma regra primária validada pela regra de reconhecimento, consistente num critério de identificação que é compartilhado pela comunidade, tais como a legislação ou o precedente judicial. Nas suas próprias palavras: “Dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado

todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema.” (HART, 2001, p. 114)

Contudo, essa “regra de conhecimento”, por ser a última instância, não tem como passar pelo teste de validade, sendo, assim, a única regra do sistema jurídico que não passa pelo teste de validade, dependendo da aceitação. Essa regra de reconhecimento é fruto da aceitação pelos cidadãos dos padrões constitucionais pelos quais são governados. Ela consiste numa prática complexa de identificar o direito a partir de certos critérios convencionados pela comunidade. (HART, 2001, p. 126-128).

À primeira vista, poderá a regra de reconhecimento parecer semelhante a norma fundamental de Kelsen. Todavia, pode-se diferenciar em razão de que, enquanto a norma fundamental de Kelsen é um pressuposto lógico e abstrato, a regra de reconhecimento é uma questão de fato, sendo legitimada por sua própria existência. Ao trazer para a esfera da regra de reconhecimento os fatos sociais, a “pureza” almejada por Kelsen é substituída em razão de uma realidade empírica exterior a ela, razão pela qual Hart reformula o positivismo jurídico ao “introduzir na descrição de um sistema normativo a noção de que o mesmo se fundamenta numa prática social, institucionalizada de aceitação das regras” (BITTENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 78).

Portanto, é central no pensamento positivista a ideia de que o direito é um conjunto de regras que são distinguidas de outras regras sociais (caráter independente do direito) em razão de algum critério de sua formulação, o qual, conforme visto, passou pela norma hipotética fundamental kelseniana até a regra de reconhecimento hartiana. Dworkin denomina de teste de *pedigree* tais critérios utilizados pelos positivistas para fundamentação do direito:

O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. **Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas.** Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como 'regras morais') que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público” (DWORKIN, 2002. p. 27-28, grifo nosso).

Conclui-se, desse modo, que o positivismo jurídico tem por pretensão a separação do direito de influências externas relacionadas à moralidade, à política, à justiça, etc. Compreende o direito como um conjunto de normas postas, que são fundamentadas pelas próprias normas existentes no sistema jurídico.

Dworkin, contudo, busca enfrentar essa centralidade do pensamento positivista, especialmente na forma sofisticada por Hart, na qual o direito (as obrigações jurídicas) é fruto de regras (critério da legalidade), estabelecidas pelas instituições competentes, as quais são validadas a partir de uma outra regra, considerada superior, a qual decorre da aceitação ou do reconhecimento pela comunidade. Para tal, aponta que a teoria positivista não consegue explicar racionalmente nossa prática jurídica, pois em diversas situações concretas, especialmente nos chamados casos difíceis (*hard cases*)<sup>43</sup>, os quais são frutos de questões morais controvertidas, os juristas recorrem a padrões normativos que não operam como regras para solução dos casos e nem podem sustentadas a partir de um teste de reconhecimento positivista, conforme se observa nos casos judiciais *Riggs contra Palmer* e *Henningsen contra Bloomfield Motors* (DWORKIN, 2002, p. 37-38).

O primeiro caso envolvia a discussão do direito ao recebimento de uma herança testamentária por um herdeiro que assassinou seu avô. No julgamento, o Tribunal de Nova York declarou a nulidade do testamento, impedindo o recebimento da herança pelo neto Elmer, suscitando o princípio de ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza. Assim, em que pese o testamento ter observado todas as formalidades legais sobre os contratos, além de não haver impedimento legal para o não recebimento da herança nessa situação, o Tribunal negou o direito ao recebimento da herança ao herdeiro testamentário.

O segundo caso envolveu a discussão sobre a extensão da responsabilidade do fabricante de automóvel por despesas médicas dos passageiros, advindas de um acidente do veículo com defeito de fabricação. A fabricante do veículo negava sua responsabilidade com base em um contrato, assinado pelo comprador do carro, contendo excludente de responsabilidade da empresa em tal situação, de modo que sua responsabilização contratual abrangia apenas o conserto das partes defeituosas do veículo e não aquela modalidade de responsabilidade (de caráter médico) pleiteada por *Henningsen*. Em que pese a conformidade do contrato às disposições legais, o Tribunal de Nova Jersey julgou procedente o pleito de *Henningsen*, para afastar a aludida cláusula contratual, tendo como argumento base o princípio da equidade contratual.

Dessa forma, em ambos os casos haviam regras jurídicas aplicáveis, que ensejariam decisões em sentido totalmente diferentes àquelas proferidas pelos referidos Tribunais, já que

---

<sup>43</sup> Conforme descreve Fernandez Neto (2003, p. 352-353), casos difíceis são as hipóteses em que, “ao menos em princípio, não existe uma disposição normativa concreta ou, em havendo, quando o seu significado é tão duvidoso que cabe propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo”.

tanto o testamento quanto o contrato foram realizados em conformidade com a regras jurídicas existentes e não havia disposição legal expressa que negasse o direito à herança a Elmer ou que assegurasse o direito à indenização requerido por Henningsen.

No entanto, as decisões judiciais fundamentaram as soluções para os casos com base em padrões normativos diversos das regras jurídicas previstas, como o que ninguém pode beneficiar com seus próprios atos ilícitos, no caso *Riggs contra Palmer*, ou então, do direito à equidade nos contratos, como no caso *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.* Isso demonstra que há outros padrões normativos verificados na prática jurídica, que não se assemelham ao modelo de regras positivista.

Assim sendo, a prática judicial revela que os princípios são também padrões normativos integrantes do direito. Nos casos judiciais anteriormente destacados<sup>44</sup>, havia regras muitas claras que fundamentariam a decisão em sentido oposto ao dado pelo Tribunal. No entanto, essas regras foram afastadas ou desconsideradas no caso, por entender pela incidência de princípios que melhor justificavam os propósitos ou finalidades das regras existentes. De igual modo, quando se sustenta que uma regra é obrigatória é porque está amparada por princípios que as autoridades não podem desconsiderar, em razão do seu peso ou importância no caso ou então pela doutrina da supremacia do parlamento e do precedente (DWORKIN, 2002, p. 61).

Essa constatação permite ao jusfilósofo norte-americano criticar o teste de *pedigree* positivista, que tem por pretensão identificar e diferenciar as regras jurídicas de outras regras sociais. Isso porque o teste fundamental de validade das normas jurídicas não consegue explicar as divergências teóricas ocorridas na prática judicial, sobretudo quando, embora existam regras previamente estabelecidas e aceitas pela comunidade (em conformidade com a regra de reconhecimento), os aplicadores do direito recorrem aos princípios para solução desses casos mais difíceis.

Conforme esclarece Daniela Ykawa (2004, p. 110), os princípios não podem ser testados a partir de um teste de *pedigree* positivista, porquanto a ideia de validade ou invalidade que acompanha a regra social de reconhecimento não é aplicável aos princípios, pois é possível que um princípio não seja aplicado em um caso, sem que isso implique dizer que o princípio deixou de existir. Ou seja, não é mais um princípio aceito na comunidade.

Ademais, ainda que princípios tenham apoio institucional (expressamente positivados), não implica, em razão dessa condição, sua obrigatoriedade, pois sua aplicação

---

<sup>44</sup> Casos *Riggs contra Palmer* e *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.*

judicial encontra-se baseada na compreensão do que é apropriado, conforme uma prática desenvolvida ao longo do tempo por uma comunidade. Por exemplo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não é válido apenas pelo fato de estar previsto textualmente na Constituição brasileira de 1988 e, nem tampouco, essa situação ensejará uma aplicação silogística nas situações concretas em que for suscitado.

Desse modo, a noção de validade de uma norma jurídica, que, para os positivistas, não decorre do conteúdo, mas da conformidade com a regra de reconhecimento, não possui similitude com a validade dos princípios. Com efeito, mesmo os princípios mais significativos, como o princípio da democracia, pode ser objeto de confrontação, de tal modo que sua validade, diferente do teste de *pedigree* positivista, é assentada a partir da argumentação diante de caso concreto.

Ademais, ainda que se argumente que a regra de reconhecimento dos princípios decorre da aceitação da comunidade, isso ruiria o teste de *pedigree* positivista, já que as regras jurídicas retirariam suas forças não mais das instituições competentes aceitas pela comunidade, mas da moralidade política existente na comunidade. Tampouco é possível querer salvar a regra de reconhecimento positivista colocando os princípios como a regra de reconhecimento. Isso porque, além da impossibilidade de listar todos os princípios (são incontáveis), eles são controversos, conforme a situação que se apresenta, e mutáveis com o passar do tempo. (DWORKIN, 2002, p. 70).

Logo, conforme destaca Macedo Junior (2013, p. 191-192), a regra de reconhecimento não é capaz de servir de critério de validação dos princípios (e nem mesmo das regras), pois a controvérsia se assenta no próprio fundamento do direito, o que demonstra que o direito não pode ser entendido exclusivamente como “uma questão de fato”<sup>45</sup>, ou seja, como um conjunto fechado de normas postas pelo Estado segundo um procedimento previsto em outras normas, pois os princípios não foram postos por nenhuma autoridade específica, nem são frutos de uma deliberação procedimental, mas são expressão da moralidade política historicamente construída em determinada comunidade (comunidade de princípios) e que, em razão disso, também fazem parte do direito, conforme demonstram os exemplos judiciais analisados por Dworkin. Nas palavras do próprio Autor:

---

<sup>45</sup> Dworkin (2007, p. 10), conforme será melhor analisado adiante, denomina de direito como simples questão de fato, quando se pensa que o direito pode ser resumido ao que “as instituições jurídicas, como legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais decidiram no passado”. [...] Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser.”

A origem dos princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. [...]. Desse modo, mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples e direta com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados por uma regra de reconhecimento. (DWORKIN, 2012, p. 64-66)

Desse modo, conforme pontua Lucas Carvalho (2007, p. 46-47), Dworkin traz para o âmbito do direito aquilo que os positivistas consideravam como política ou moral. Os princípios compõem o direito e não se afirmam pela forma, mas pelo seu conteúdo, não havendo “fórmula capaz de estabelecer por quais requisitos deve passar um princípio para se tornar um princípio jurídico. É somente na prática, no curso de extensos debates, nos quais os diversos pontos de vista se expressam e se confrontam.”

Em vista disso, cai por terra o preceito chave do positivismo de que o direito é feito por regras jurídicas que são obrigatórias em razão de um teste de validade formal. A prática jurídica depõe em sentido contrário, pois, nos casos acima citados, as regras jurídicas foram desconsideradas. Falhou no teste de obrigatoriedade e, conseqüentemente, no teste de *pedigree*, já que a validade da regra (editada conforme a regra de reconhecimento) foi desconsiderada. Em outras palavras, o teste fundamental de validade da norma jurídica positivista não consegue justificar a existência de um outro padrão normativo (os princípios), que são comumente utilizados na fundamentação de decisões judiciais.

### **3.2 Os padrões normativos: regras, princípios e políticas**

Diante da compreensão, comprovada na prática forense, de que o direito não compreende apenas de regras jurídicas, mas engloba outros padrões normativos (princípios<sup>46</sup>), resta necessário, desde logo, expor como Dworkin diferencia esses padrões normativos. Aponta que a distinção entre regras e princípios decorre dos seguintes critérios: (i) relacionado à natureza lógica de orientação e (ii) quanto ao inter cruzamento entre esses padrões normativos.

O primeiro aspecto, relacionado à diferença de natureza lógica, estabelece que as

---

<sup>46</sup> Cabe salientar que essa diferenciação entre regras e princípios constitui a distinção elementar entre dois diferentes tipos essenciais de padrões normativos. Contudo, conforme será analisado ao final desse tópico, Dworkin diferencia, ainda, “princípios” de “políticas”.

regras prevêm os requisitos que tornam sua aplicação necessária e imediata, gerando as consequências jurídicas nela previstas.<sup>47</sup> Como exemplos, podemos citar a disposição expressa no art. 14, parágrafo 3º, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal<sup>48</sup>, que prevê a idade mínima de 35 anos para o cargo de Presidente da República; ou o art. 40, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Federal<sup>49</sup>, que determina a aposentadoria compulsória de servidores públicos que atingirem certa idade. Assim, em tais casos, preenchidas as condições fáticas que o texto normativo estipula, segue-se, automaticamente, as conclusões nele previstas, o que deixa evidente que tais disposições constitucionais possuem a natureza normativa de regras.

Por outro lado, os princípios não atuam desse modo, pois não apresentam as consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, até porque os princípios não delimitam, como as regras fazem, quais seriam essas condições fáticas aptas a provocar sua incidência. Os princípios “inclinam a decisão em uma determinada direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem”. (DWORKIN, 2002, p. 57).

Por exemplo, no caso *Palmer*, o princípio de que o homem não pode beneficiar de seus próprios atos ilícitos não pretende estabelecer as condições que tornem sua aplicação necessária e imediata. Pode ocorrer em outras situações, alteradas as condições fáticas ou jurídicas, esse mesmo princípio seja relativizado. Nessas hipóteses, é fácil perceber que a norma de caráter principiológico não apresenta ou delimita as condições necessárias para sua aplicação, mas, sim, a narrativa do caso concreto, de tal modo que sua aplicação judicial exigirá uma construção interpretativa a partir de elementos jurídicos e fáticos presentes na situação singular. Desse modo, os princípios, apenas “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas, ainda assim, necessita de uma decisão particular” (DWORKIN, 2002, p. 41-42)..

O segundo aspecto, que distingue as regras dos princípios, relaciona-se ao modo de interpretação no intercruzamento desses padrões normativos. Isto é, em situações em que há

---

<sup>47</sup> Nas palavras de Dworkin (2002, p. 39-40): “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”, atuando, desse modo, na forma do chamado “tudo ou nada”.

<sup>48</sup> Art. 14 [...]. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; (BRASIL, 1988).

<sup>49</sup> Art. 40 [...]. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: [...] II - Compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (BRASIL, 1988).



conflitos entre regras ou entre princípios. Nessa situação, deve ser verificada qual a dimensão do peso ou importância de cada um no sistema jurídico, sendo essa mensuração parte “integrante do conceito de um princípio”, que buscará na força da argumentação sua relevância para decisão no caso concreto. Nas palavras de Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de 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 política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2002, p. 42).

Já as regras, em caso de conflito, não têm essa dimensão, pois a escolha de uma será baseada na validade de uma das regras em detrimento da outra, cuja precedência da regra escolhida observará os critérios de hierarquia, temporariedade, especificidade ou ainda por ser sustentada por princípios mais importantes do direito.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se as considerações de que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (DWORKIN, 2002, p. 42).

Portanto, o cerne da distinção entre regras e princípios, é que neste padrão normativo, por não apresentar apenas uma razão inicial indicativa da sua conclusão, prescinde, necessariamente de um esforço argumentativo do intérprete diante da situação concreta, o que o diferencia, portanto, das regras jurídicas.

Sobre esse ponto, distinguindo regras e princípios com base na natureza interpretativa-justificativa deste último, importante citar as lições de Rafael Oliveira:

[...] a referência dworkiniana a essa característica da regra [tudo-ou-nada] **refere-se muito mais ao modo como se dá a justificativa argumentativa de uma regra, do que propriamente ao seu modelo de aplicação.** Ou seja, quando se argumenta com uma regra ela é ou não é, e sua “aplicação” não depende de um esforço argumentativo que vá além dela própria. Já num argumento de princípio, é necessário que se mostre como sua “aplicação” mantém uma coerência com o contexto global dos princípios que constituem uma comunidade; c) isso implica, diretamente, a dimensão de peso ou importância à que Dworkin faz referência no seu conceito de princípio. É possível dizer que Dworkin combina peso e importância porque, ao contrário das regras, nenhum princípio deixa de ter importância e pode

ser excluído da fundamentação de uma decisão. **Desse modo, a justificação do fundamento da decisão só estará correta, na medida em que respeite o todo coerente dos princípios, num contexto de integridade. Isso implica: os princípios têm, desde sempre, um caráter transcendental, porque, diferentemente das regras, nunca dispensam uma justificação que nos remete à uma totalidade na qual, desde sempre, já estamos inseridos.** (OLIVEIRA, 2007, p. 173, grifo nosso).

Destarte, a dimensão do peso ou importância dos princípios remete a necessidade demonstrar a coerência de sua aplicação, haja vista que, diferentemente das regras, possuem natureza lógica de indicar a decisão, que é construída, caso a caso, de forma argumentativa. Sendo assim, quando se relaciona essa dimensão dos princípios ao objeto da presente pesquisa, verifica-se que a aplicação judicial do princípio da dignidade humana requer do intérprete a compreensão dessa natureza argumentativa dos princípios, não sendo tolerável uma invocação retórica, aplicando-o como se fosse uma regra jurídica, como verificamos em diversos casos colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Cabe ressaltar que tal distinção foi objeto de crítica por Raz (1972, p. 823-854), no artigo publicado na revista da Universidade de Yale sob o título “*Legal Principles and the Limits of Law*”. Para o referido Autor, não apenas os princípios entram em conflito, mas também as regras, o que solaparia a distinção dworkiniana. Para demonstrar, Raz oferece três exemplos: (i) o conflito que pode existir entre regras morais de que nunca se deve mentir e a de que se deve sempre cumprir promessas, ensejando a necessidade, em situações especiais, de verificar qual possui o maior peso ou importância; (ii) conflito entre as regras do direito penal que proíbe a agressão e a que permite em casos de legítima defesa, pois seriam duas regras válidas que estão em conflito entre si; (iii) as regras podem entrar em conflito com os princípios, como no caso de usucapião de bem imóvel com o princípio de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, o que demonstra que as regras também devem ser ponderadas.

No primeiro caso, Dworkin contra-argumenta que os padrões morais citados por Raz são operacionalizados como princípios, porquanto a decisão moral a ser tomada será baseada em razões (argumentos) favoráveis e desfavoráveis sobre a conduta a ser adotada, conforme o caso específico. Logo, o homem que se vê diante desse conflito, decidirá entre princípios e não entre regras concorrentes. Além do mais, ainda que se argumente que o homem possa aceitar um desses padrões morais na forma de regra, por exemplo, um compromisso pessoal de nunca contar uma mentira, ele deverá invalidar o padrão oposto, sem poder afirmar que seguiu os dois padrões após análise do peso ou importância de cada um. Logo, o exemplo de Raz não contraria a distinção de Dworkin.

No segundo exemplo, Dworkin rebate dizendo que se trata de uma “noção bizarra do conflito”, pois trata-se de uma regra que expõe uma “exceção a outra regra”, não estando, desse modo, em conflito. De fato, caso o juiz se depare com uma acusação de agressão na qual o acusado agiu em legítima defesa, não haverá qualquer necessidade de analisar o peso ou importância de cada uma das regras para tomar a decisão, mas apenas verificar qual a situação concreta que ocorreu, aplicando a regra penal prevista para o fato.

No terceiro caso (conflito entre regras e princípios), Dworkin rebate argumentando que, primeiro, o fato de a regra existir é, na verdade, uma prova que o princípio existe (o que é, certamente, um contrassenso à ideia positivista do direito como um modelo de regras), de modo que, no exemplo do caso do usucapião, ela antes reflete a existência do princípio (e não que entra em conflito), uma vez que revela um temperamento ou mitigação feito pelo próprio legislador (análise de razões favoráveis e desfavoráveis), decorrente de uma situação considerada mais importante (longo tempo de posse sobre o imóvel), sobre o princípio de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.

Realmente, ainda que se cite outros exemplos, para sustentar essa possibilidade de conflito entre regras e princípios, a sua análise não será mediante a ponderação das regras envolvidas, mas sim dos princípios que lhe são subjacentes. Assim, se o tribunal revoga uma regra, por contrariar determinado princípio, é porque considera que o princípio que justifica a revogação da regra é superior ao princípio que sustenta a manutenção da regra. Ou seja, para manter ou revogar a regra, o tribunal compara dois conjuntos de princípios. Logo, é enganoso afirmar que o tribunal compara o peso da própria regra com o peso do princípio.

Registre-se que, na doutrina brasileira, há destacada obra de Humberto Ávila, denominada “Teoria dos Princípios”, na qual repete, nos moldes de Raz, a crítica à distinção dworkiniana sobre regras e princípios, especialmente quanto à possibilidade de ponderação também entre regras:

Isso porque em alguns casos as regras entram em conflito sem que perca sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas. [...]. **Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderações de razões não é privativa da aplicação de princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas.** (ÁVILA, 2010, p. 51, grifo nosso).

Contudo, as respostas de Dworkin à Raz, lançados no artigo sob o título “Model of Rules II”, que se transformou no capítulo III, da obra “Levando os Direitos à Sério”, se aplicam também às objeções de Ávila. Conforme se verifica nos argumentos e exemplos que embasam a crítica de Ávila, a chamada “ponderação de regras” se dá mediante a análise

comparativa entre valores e razões que sustentam ou embasam essas regras. Assim, é equivocado dizer que está se ponderando regras, pois, na realidade, faz-se argumentações sobre o peso ou importância dos princípios que subjazem essas regras.

Desse modo, a crítica de Ávila também não se sustenta e decorre da incompreensão dos argumentos de Dworkin, pois tais críticas analisam as regras como se fossem princípios, buscando razões ou finalidades subjacentes ao enunciado normativo, o que torna a crítica sem sentido e sem qualquer força para afastar a distinção dworkiniana. Nesse sentido:

Na verdade, quando Raz descreve a aferição de peso de uma regra moral ou jurídica, ele está na verdade falando da aferição de pesos de princípios e políticas servidos pela regra, pois deve ser isto que ele quer dizer quando fala em “objetivos” de uma regra. (DWORKIN, 2002, p. 113-122).

Esclarecida a distinção entre regras e princípios, cabe apontar, ainda, que Dworkin também estabeleceu uma distinção entre princípios e as diretrizes políticas (*policies*):

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão 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 que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. ” (DWORKIN, 2002, p. 36)

As *policies* (políticas) se assentam em objetivos coletivos da comunidade como um todo. Já os princípios revelam argumentos que mostram que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Em outras palavras, conforme esclarece Marcelo Galuppo (2002, p. 186), princípios estabelecem direitos individuais e ligam-se a uma exigência universalizável, ao passo que diretrizes políticas fixam metas coletivas, relacionadas sempre com o bem-estar de uma parcela da sociedade, mas nunca com sua totalidade, haja vista a existência de diversas compreensões concorrentes de vida boa em uma sociedade pluralista. Por exemplo, o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, constitui argumento de princípio, enquanto o argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política.

Conforme resume Stephen Guest (2010, p. 65), “os princípios descrevem direitos que visam estabelecer um estado de coisas individualizado. As políticas, ao contrário, descrevem metas que visam estabelecer um estado de coisas não individualizado.” Dworkin (2002, p.

298) atribui aos argumentos de princípios como trunfos, que devem se sobrepor, em uma discussão, aos argumentos baseados em diretrizes políticas.

Registre-se, ainda, uma importante consequência desta distinção entre princípios e políticas no âmbito da argumentação jurídica. Dworkin reconhece que muitas decisões estatais adotadas como “políticas” podem gerar direitos, como no caso de um subsídio financeiro para agricultores de determinada região, ou mesmo o inverso, pois decisões estatais adotadas como direitos podem converter em “políticas”, como no caso de um programa estatal de redução da pobreza. No entanto, o que deve ser considerado em tal distinção é a forma como assume essa argumentação no âmbito judicial (distinção formal), de modo que o poder judiciário não deve pautar sua decisão, mesmo nos casos difíceis, em argumentos de política para invalidar uma política definida pelos outros poderes estatais, conforme explicita Stephen Guest:

**Um fato de complicação é que as discórdias com a ideia de política de Dworkin geralmente recaem sobre o conteúdo da política, mais do que sobre a forma do argumento que as decisões de políticas assumem. Para Dworkin é claro quanto a distinção ser de forma, e não de conteúdo. [...]** Duas pessoas podem discordar quanto a uma decisão política particular, digamos, que permite a polícia deter suspeitos indefinidamente, uma o fazendo baseada em princípio, e a outra, baseada em política. Uma sustenta que, no longo prazo, tal política na funcionará e, de fato, poderá ser contraproducente. A outra pode argumentar que a política está errada porque ela é em princípio errada em não permitir julgamento quanto ao tempo de detenção. [...]. Mas **trata-se de uma distinção de substancia, também, no sentido em que ela requer um sentido forte, distinto, em que princípios não são reduzíveis a políticas. Isso é confirmado pela conhecida afirmação de Dworkin de que direitos são ‘trunfos’ que vencem metas utilitaristas.** (GUEST, 2010, p. 66, grifo nosso).

Essa diferenciação entre princípios e políticas gera efeitos de ordem prática na atuação jurisdicional, voltados aos limites do controle judicial sobre as decisões dos outros poderes (*judicial review*). Em questões de política, diferentemente das questões de princípios, o julgador não deve substituir, pelos seus, os argumentos de política do legislador ou do executivo, exigindo, desse modo, uma autocontenção do poder judiciário nessa situação. Nesse sentido, expõe Dworkin:

Ele também não é um “ativista” [Juiz que segue modelo do direito como integridade]. **Vai recorrer-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política**, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação. (DWORKIN, 2002, p. 474-475, grifo nosso).

Compreender essa distinção entre princípios e políticas torna-se importante para um

melhor entendimento do papel do Poder Judiciário e suas limitações no exercício da jurisdição constitucional, especialmente quando em debate questões referentes às políticas públicas que não discriminam ou violam direitos individuais dos cidadãos (argumento de princípio). Nessa situação, a substituição da vontade do legislador pela do juiz sofre forte objeção em razão do apelo democrático presente nas decisões políticas, que não é exigido na argumentação de princípio afeta ao judiciário (DWORKIN, 2010, p. 133-135).

Portanto, compreendidas as distinções entre os referidos padrões normativos (regras, princípios e políticas), e, especialmente, as consequências práticas dessa distinção na atuação jurisdicional, cabe analisar a questão da discricionariedade judicial e suas implicações relacionadas à aplicação de normas principiológicas.

### 3.3 A tese da discricionariedade judicial no positivismo jurídico

Os juspositivistas admitem que há um limite à conformação da atividade decisória do julgador, tendo em vista a indeterminabilidade semântica de alguns textos normativos ou em razão da incompletude (lacunas) e incoerência (antinomias) das normas. Nessa situação, cabe ao juiz, de forma discricionária, criar a solução que reputar mais adequada ao caso concreto.

Representando essa atuação discricionária do intérprete, Kelsen utiliza a metáfora da moldura de um quadro, dentro do qual o jurista poderá retirar a interpretação que reputar mais adequada dentre as várias significações possíveis que se mantenha em conformidade com a moldura:

“Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, **a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções** que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. [...] Relativamente a este [direito positivo], a **produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato**” (KELSEN, 2006, p. 393).

Entretanto, ainda que Kelsen tenha a utilizado para definir “limites” para a atividade interpretativa do julgador, a criação da própria moldura não é isenta do subjetivismo do intérprete, tendo em vista que ele próprio é quem definirá até onde vai essa moldura. Nesse

sentido, adverte Fernando Luiz:

[...] nem mesmo a criação da moldura afasta o completo arbítrio do intérprete. Primeiro, porque é ele mesmo quem cria a o quadro, ou seja, remontando a própria filosofia da consciência, na subjetividade do próprio intérprete é que haverá distinção de qual das interpretações estarão dentro da moldura e quais permanecerão fora dela, demonstrando, claramente, como o método, dentro do conhecimento apresenta-se como momento máximo da subjetividade do intérprete. (LUIZ, 2013, p. 50).

Outra conhecida manifestação da discricionariedade judicial se dá em Hart, que trata o tema com base na ideia de uma textura aberta (*open texture*) nas situações de incompletude do direito. Nessa situação, cabe ao aplicador do direito escolher a solução que reputar adequada para dirimir o caso:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2001, p.148)

Nessas situações de zonas cinzentas de indeterminação do direito, Hart admite, assim como Kelsen, a função criadora do direito pelos intérpretes, que recorrerá ao seu poder discricionário: “haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito.” (HART, 2001, p. 336)

Sobre esse aspecto do pensamento hartiano, aponta Luiza Cadermatori:

No entanto, ressalta-se que para Hart, quando o juiz decide os casos difíceis, utilizando elementos da moral ou da política, não está aplicando e sim criando um direito novo, o que o leva a considerar que não existe uma única decisão correta para os casos difíceis. (CADERMATORI, 2005, p. 219)

De fato, para o juspositivismo, nas situações em que não há regra específica para decisão do caso submetido à apreciação judicial, cabe ao juiz criar o direito, “exercendo seu discernimento pessoal, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção da nova regra jurídica ou na complementação da regra já existente.” (DWORKIN, 2002, p. 28).

Registre-se que essa discricionariedade admitida pelo positivismo está arraigada na cultura jurídica brasileira. Confira-se, por exemplo, voto do Ministro Humberto de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, quando afirma textualmente que o Direito é aquilo que ele pensa, pouco importando o que dizem os doutrinadores, num verdadeiro voluntarismo decisionista:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (BRASIL, STJ, 2002).

De igual modo, no julgamento da Ação Penal 470, conhecido como julgamento do mensalão, quando se analisava o cabimento ou não dos embargos infringentes, tendo com o fundamento o princípio do duplo grau de jurisdição, o Ministro Luis Roberto Barroso expressou em seu voto que “a verdade não tem dono. A única coisa que um juiz pode fazer, em meio ao vendaval, é ser leal a si mesmo e ao Direito tal como ele o compreende. À sua consciência.” (BRASIL, STF, 2014).

Lênio Streck afirma que, no Brasil, há uma verdadeira cultura jurídica do voluntarismo decisionista, fruto dessa aceitação do poder discricionário do julgador:

Com efeito, lemos, nas últimas décadas, que a interpretação do direito é nitidamente dependente de um sujeito cognoscente: o julgador. E essa questão vem de longe; na verdade, da virada do século XIX para o século XX. Desde então, há um problema filosófico-paradigmático que continua presente nos diversos ramos do direito, passados dois séculos, mormente na problemática relacionada à jurisdição e ao papel destinado ao juiz – especialmente no processo civil. Desde Oskar Von Bülow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz como um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na seqüência, a Escola do Direito Livre. (STRECK, 2015, p. 36).

Dworkin, contudo, contrapõe-se diretamente contra a discricionariedade positivista, uma vez que isso depõe contra os elementos teóricos pregados por essa corrente, baseada na atratividade do valor segurança jurídica (certeza do direito). Isso porque, quando se admite que os juristas têm o poder discricionário para decidir os casos em que a solução não é dada pela leitura dos textos normativos, estar-se-á permitindo que se crie novos direitos e os aplique de forma retroativa, o que contraria a previsibilidade jurídica tão cara ao positivismo.



Para o referido Autor, mesmo nos casos difíceis, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não criar novos direitos:

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. Este capítulo descreve as questões que juízes e juristas têm que enfrentar, sem garantir que todos eles dêem a mesma resposta a essas questões. (DWORKIN, 2002, p. 127-128).

Essa crítica dworkiniana, conforme aponta Scott Shapiro, é consequência das diferentes visões sobre o fundamento de validade das regras jurídicas, conforme abordado no tópico anterior:

[...] o ponto principal do debate relaciona-se à questão da discricionariedade judicial. Certamente, Hart e Dworkin divergiam sobre quando juízes têm discricionariedade forte em casos difíceis. Essa disputa é derivada de uma: cada um deles tem uma posição diferente sobre a discricionariedade judicial, porque ambos têm diferentes teorias sobre a origem da lei.<sup>50</sup> (SHAPIRO, 2007, p. 17, tradução nossa).

Para discutir a discricionariedade judicial, admitida pelo positivismo, Dworkin (2002, p. 50-52) esclarece a existência de dois tipos de discricionariedade: uma em sentido forte e a outra em sentido fraco.

A discricionariedade em sentido fraco é desmembrada em dois subtipos. O primeiro decorre de uma capacidade de julgar controlada por padrões normativos. Significa “dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar” (DWORKIN, 2002, p. 51). É comparado ao espaço vazio de um “*donut*”, no qual o poder discricionário seria apenas um pequeníssimo espaço, circundado por uma faixa espessa de restrições. Ou seja, a autoridade tem poucas possibilidades para tomar sua decisão, uma vez que os padrões já foram estabelecidos por outra autoridade. Cita, como exemplo, uma ordem de um tenente para que o sargento escolhesse seus cinco homens mais experientes para patrulha. Nessa hipótese, já há um prévio padrão determinado pela autoridade para escolha “cinco homens mais

---

<sup>50</sup> No texto original: “[...] the core issue of the debate revolves around the question of judicial discretion. To be sure, Hart and Dworkin did disagree about whether judges have strong discretion in hard cases. Yet this dispute is a derivative one: both sides take their positions on judicial discretion because of their very different theories about the nature of law.” (SHAPIRO, 2007, p. 17).

experientes”, o que seria diferente se o sargento pudesse escolher livremente quaisquer homens para a patrulha. O segundo subtipo de discricionariedade em sentido fraco decorre da regra que confere alguém o poder decisório em última instância, sem possibilidade de revisão por outra autoridade. Assim, não se deve confundir esse tipo de discricionariedade (decidir por último), se é que pode ser chamado de discricionariedade, com a discricionariedade ilimitada ou em sentido forte, pois essa circunstância (poder decisório final) não implica em agir sem controle de padrões previamente estabelecidos, mas, apenas, que decidirá por último. Como exemplo, Dworkin cita o jogo basebol, no qual há um árbitro da segunda base, que pode decidir se a bola foi fora ou não, cuja decisão não pode ser revisada pelo árbitro principal do jogo. Desse modo, o fato de decidir por último, não implica em dizer que deve desconsiderar as regras do jogo, razão pela qual a discricionariedade, aqui, também é no sentido fraco.

No que concerne ao sentido forte, a discricionariedade que é, de fato, combatida pelo referido Autor, baseia-se na possibilidade de decidir sem quaisquer limitações pelos padrões previamente determinados. Como exemplo, Dworkin cita a hipótese na qual o sargento pode escolher quaisquer homens para a patrulha. Aqui a discricionariedade não decorre do caráter vago dos padrões ou quem tem a palavra final, mas da ampla liberdade de decisão sem estar coagido por padrões previamente estabelecidos.

As duas primeiras acepções de discricionariedade – sentido fraco – não representa para Dworkin o ponto central de discordância à tese positivista, mas sim a terceira acepção – em sentido forte, conforme destaca Daniela Ikawa:

Essas duas primeiras acepções perfazem, para Dworkin, uma discricionariedade em sentido fraco, sendo amparadas também por Hart. Apenas a terceira acepção indica, de acordo com Dworkin, o ponto de discordância. [...]. Essa **terceira acepção estaria por fim ligada às questões da completude ou incompletude do direito, da natureza legal ou meramente moral dos princípios, da competência ou incompetência do juiz de elaborar leis.** (IKAWA, 2004, p. 98, grifo nosso).

Desse modo, Dworkin (2002, p. 55) conclui que a discricionariedade citada pelos positivistas tem razão de existir quando adotada em seu sentido forte, tendo em vista que, conforme defendeu Hart (2001, p. 336), nos casos de “abertura textual”, é prerrogativa do julgador a liberdade para escolher a solução que melhor lhe convier para decidir o caso concreto, sem qualquer vinculação ao direito pré-existente.

Essa diferenciação torna-se relevante para contrapor o argumento de que essa discricionariedade positivista é apenas no sentido fraco. Contrariamente, segundo já exposto, o positivismo admite que se não há regra previamente estabelecida para solução do caso, cabe

atuação discricionária do julgador, que decidirá livremente. Por isso, a discricionariedade positivista é em sentido forte.

Dworkin condena essa discricionariedade em sentido forte, pois a incompletude ou as chamadas lacunas do direito decorrem de uma limitação do modelo de regras positivista. Defende que é um erro considerar que os princípios não são vinculantes ou obrigatórios, pois, conforme casos judiciais analisados (por exemplo, o caso *Riggs contra Palmer*), caso fossem omitidos os princípios citados, a decisão seria objeto de críticas justamente por não considerar esses princípios. Imagine, com base no referido caso judicial, as críticas que poderiam ser lançadas contra a decisão, caso fosse concedida ao herdeiro assassino a herança de seu avô (DWORKIN, 2002, p. 56-57)

Por conseguinte, contrapõe-se ao argumento de que os princípios não podem prescrever um resultado particular, pois isso decorre da visão que compreende os princípios como regras, que geram consequências imediatas com sua aplicação. Os princípios são padrões normativos diferentes, que devem ser construídos argumentativamente na situação concreta, numa interpretação que seja coerente com o sistema jurídico como um todo. Isto é, o caso torna-se o ponto chave na sua interpretação, de tal modo que a maneira como ele deve ser descrito (a narrativa) pelo juiz (o escritor do romance em cadeia) em consonância com os precedentes, a legislação pertinente e argumentos das partes, serão essenciais para sua interpretação-concretização.

Além disso, rebate o argumento positivista de que os princípios possuem pesos controversos. Isso só faria sentido se analisarmos os princípios sob a ótica das regras, como padrão normativo emanado do Legislativo ou do Judiciário. Mas, os princípios possuem outro prisma de exame, o qual decorre de “amalgamas de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciárias aparecem conjuntamente com apelos às práticas e formas de compreensão na comunidade.” (DWORKIN, 2002, p. 58).

Desse modo, a discricionariedade positivista é fruto da visão do modelo de regras, no qual os princípios não são levados a sério no processo interpretativo. Ainda que se invoque os princípios no exercício da atividade jurisdicional, haja vista sua positivação no ordenamento jurídico, são empregados e interpretados conforme as próprias luzes do julgador, numa invocação “conforme sua consciência” ou “conforme o bom senso”, revelando uma atitude arbitrária e decisionista sobre o que é o direito.

A crítica de Dworkin reflete na realidade jurídica brasileira, especialmente quando se trata de aplicação de princípios, como é caso do princípio da dignidade da pessoa humana, pois são aplicados como se fossem regras (como se já estivesse subtendido o seu significado e

todas as consequências jurídicas decorrentes nele previstas) ou, então, como se fosse norma de livre definição de conteúdo pelo julgador, segundo o seu livre convencimento:

Há uma consequência, mais sutil, desse pressuposto inicial de que o direito é um sistema de regras. **Quando os positivistas realmente se ocupam de princípio e políticas, os trata como regras *manquês*. Presumem que, se eles são padrões do direito, então devem ser regras; desse modo os positivistas os leem como se fossem padrões tentando ser regras.** Quando um positivista houve alguém tentando argumentar que princípios jurídicos são parte do direito, ele compreende isso como argumento em favor do que ele denomina teoria do “direito de nível superior”, segundo a qual esses princípios regras de uma lei acerca do direito. **Ele refuta essa teoria salientando que algumas vezes essas regras são aplicadas, outras não e que, para cada tipo de “regras” do tipo, “nenhum homem pode se beneficiar da própria torpeza” existe uma “regra” contrária, do tipo “a lei favorece a garantia de direitos”. [...] Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos, que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso.** (DWORKIN, 2002, p. 62-63, grifo nosso).

Com efeito, a defesa dos princípios por Dworkin, como padrões normativos obrigatórios, leva ao reconhecimento de que o direito ou obrigação jurídica particular do caso decidido era preexistente e, portanto, o intérprete não é livre para legislar (criar um novo direito conforme sua consciência) após o fato. Assim, a crítica contra a discricionariedade judicial na aplicação de princípios também repercute na aplicação das regras e, especialmente, sobre a questão da completude das regras no ordenamento jurídico, tornando a tese positivista da discricionariedade sem sustentação, quando consideramos no sentido forte, ou como algo trivial, se empregada no sentido fraco.

A resposta aos casos difíceis não deve ser obtida pela atuação discricionária do intérprete, criando diretos após o fato, mas deve ser construída a partir da narrativa do caso em debate, considerando os precedentes, a legislação pertinente, os argumentos das partes e a moralidade compartilhada na comunidade, tornando o direito íntegro e coerente, como uma teia inconsútil, conforme leciona Lucas Carvalho:

Como se observa, a teoria de Dworkin admite como fontes do direito não apenas as convenções e deliberações, que fornecem elementos formais para identificação do direito, mas também uma moralidade não convencional, que se sustenta na substancia das proposições. É a compreensão dessa moralidade, tão comum nas práticas cotidianas dos juristas, e a demonstração de que os direitos não decorrem não apenas do expressamente previstos em regras, mas também de princípios morais substantivos, que possibilita Dworkin reelaborar a ideia de completude do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, o direito é compreendido com uma teia inconsútil, em rede sem fissuras capaz de oferecer resposta a todos os casos [...] construído com base numa interpretação coerente do sistema jurídico como um todo. (CARVALHO, 2007, p. 51).

Nesse contexto, deve ser entendida a tese da resposta correta de Dworkin, pois o direito, como um conjunto de regras e princípios compartilhados na comunidade, impede a possibilidade de um juízo discricionário, pois “teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada”. (STRECK, 2013, p. 359).

Dessa forma, a proposta do filósofo norte-americano supera o grande paradoxo positivista, que, ao admitir a discricionariedade judicial nos casos difíceis, possibilita criar um direito após o fato, colocando em risco a segurança jurídica. Além do mais, a discricionariedade judicial positivista revela-se incoerente com o modelo de Estado Democrático de Direito, uma vez que possibilita a “criação do direito” pelo magistrado, que o aplicam retroativamente ao fato jurídico. Nessa perspectiva, discorre Daniel Sarmento:

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2007, p.14).

Exposta, então, as objeções ao modelo decisório positivista, que admite discricionariedade do intérprete nos casos de incompletude das regras jurídicas previstas no ordenamento jurídico, resta aprofundar, agora, as bases teóricas de Dworkin sobre como romper com o chamado decisionismo judicial, que tem se mostrando tão atuante em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme exposto no primeiro capítulo.

### **3.4 A natureza interpretativa do direito**

A grande dificuldade da teoria positivista do direito decorre da incapacidade de responder sobre as divergências verificadas diante de um caso judicial, especialmente nos chamados casos difíceis, tendo em vista que se admite a atuação discricionária do julgador que, então, passará a criar direitos e obrigações jurídicas *ex post facto* (após o fato).

Conforme visto, Dworkin busca superar tal deficiência metodológica positivista, tendo como pressuposto inicial a constatação de que o direito é composto por regras e princípios, os quais, diferentemente das regras, não atuam na forma do “tudo ou nada”, mas

apenas inclinam uma decisão em determinado sentido, cuja aplicação é dependente da verificação de sua importância ou peso no caso concreto.

Contudo, o fato de admitir (ou compreender) que o direito vai além de um sistema de regras, que não pode ser fundamentado por um teste fundamental de validade baseado em norma hipotética ou em uma aceitação social (regra de reconhecimento), não enseja, como imediata consequência, a superação da discricionariedade judicial na aplicação de princípios. Pelo contrário, os princípios são padrões normativos que não informam a imediata consequência, como ocorre com as regras. Então, deve o intérprete ser plenamente consciente de que a aplicação dos princípios exigirá dele um maior esforço interpretativo, a fim de que sua aplicação não se torne subjetiva e arbitrária.

Razão disso, mostra-se necessário aprofundar a proposta de Dworkin enquanto teoria jurídica, a fim de compreender como deve ocorrer o processo interpretativo de aplicação dos princípios, afastando a perigosa armadilha da discricionariedade judicial.

Para tanto, e como questão preliminar, é preciso distinguir três tipos de conceitos: natural, criterial e interpretativo. O conceito natural é aquele utilizado para designar objetos que possuem determinada estrutura física ou biológica. As pessoas podem reconhecer um tigre com base em sua estrutura biológica ou mesmo, persistindo dúvidas, por exame de DNA (MACEDO JUNIOR, 2014, p. 255). Já os conceitos criteriais recorrem a critérios compartilhados pelas pessoas para sua definição. Por exemplo, as pessoas compreendem o conceito de triângulo equilátero, em razão do critério utilizado para sua definição, qual seja, um triângulo com todos os lados do mesmo tamanho. Já o conceito interpretativo não pode ser definido por análise biológica, física, ou por critérios pré-definidos, em razão de que demandam uma resposta sobre o que ele exige na prática, que é obtida a partir de uma intencionalidade dirigida a um valor ou propósito. Os conceitos interpretativos nos encorajam “a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos bem como a contestar tal construto” (DWORKIN, 2007, p. 17).

Deveras, por mais que as pessoas tenham uma ideia geral e abstrata do que significa o princípio da dignidade da pessoa humana, elas divergem sobre a melhor interpretação desse princípio, em razão da discordância sobre o que efetivamente tal princípio exige ou requer diante de uma situação concreta. No célebre caso de arremesso de anões<sup>51</sup>, é fácil notar como

---

<sup>51</sup> Conforme descreve Luis Barros (2014, p. 30): “O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge, na França, interditou a atividade conhecida como lancer de nain (arremesso de anão), atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio

o princípio da dignidade humana pode ser utilizado para fundamentar tanto a proibição da atividade, com base no argumento do seu caráter degradante, quanto para sustentar o direito do anão de exercer tal atividade, com base na sua autonomia privada. Assim, resta evidente que conceitos sobre dignidade da pessoa humana, igualdade, democracia e liberdade, por exemplo, são típicos conceitos interpretativos.

Enquadrado o tipo de conceito que envolve os princípios, cabe examinar mais detidamente como ocorrem as divergências interpretativas na prática jurisdicional e como devem ser enfrentadas para romper com o malfadado arbítrio judicial.

Na importante obra *Law's Empire*, traduzido para português com o título “O Império do Direito”, Dworkin demonstra a importância de compreender o modo como os juízes decidem as causas jurídicas, e, sobretudo, que divergências ocorrem nesses processos, para, então, propor uma teoria interpretativa do direito que melhor se ajuste e justifique a prática judicial.

Aponta que os processos judiciais suscitam três tipos de divergências: questões de fato; questões de direito; e questões de moralidade política e fidelidade. A primeira, refere-se ao contexto fático (O que aconteceu? Quem foi o responsável?). Por exemplo, saber as circunstâncias fáticas da morte, para definir se houve legítima defesa ou homicídio qualificado. A segunda, diz respeito à divergência quanto ao direito aplicável a um caso (Qual é a lei pertinente? Qual o seu conteúdo?). Cite-se, como exemplo, se a liberdade de expressão permite ou não a publicação de textos discriminatórios contra um grupo social. A terceira, é interligada às questões de moralidade política e fidelidade (É justo?). Por exemplo, discutir se era justo que os juízes nazistas aplicassem leis discriminatórias contra os judeus. (DWORKIN, 2007, P. 5-6).

Na divergência sobre questão de direito, há duas maneiras em que ela se manifesta. A primeira, denominada de divergência empírica ou como simples questão de fato, há um

---

deficiente físico, recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por “excès de pouvoir”. O Conselho de Estado, todavia, na sua qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão, assentando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana). E em seguida, contava que o anão recorrera em todas as instâncias possíveis, chegando até mesmo à Comissão de Direitos Humanos da ONU, procurando reverter a proibição. Sustentava ele que não se sentia – o trocadilho é inevitável – diminuído com aquela prática. Pelo contrário. Pela primeira vez em toda a sua vida ele se sentia realizado. Tinha um emprego, amigos, ganhava salário e gorjetas, e nunca fora tão feliz. A decisão do Conselho o obrigava a voltar para o mundo onde vivia esquecido e invisível”.

acordo sobre os fundamentos de direito<sup>52</sup>, sendo que a divergência é apenas saber se os fatos realmente ocorreram. Por exemplo, duas pessoas podem concordar que o limite de velocidade num determinado estado da federação do Brasil é de 80 km/h se houver lei dispendo nesse sentido, mas podem discordar se tal lei existe. Assim, para o direito como simples questão de fato (que pensam que as divergências no direito são simplesmente empíricas ou fáticas) o direito é aquilo que as instituições decidiram no passado. Assim, o que o direito é não depende do que ele deveria ser. A segunda divergência é a teórica, a qual se verifica quando a divergência é sobre os fundamentos, ou seja, sobre aquilo que realmente o direito é ou exige. Embora possa concordar sobre os fatos que ocorreram ou sobre as leis existentes, discordam sobre o conteúdo da lei, se ela deve ser aplicada ou não ao caso. Aqui a divergência envolve o debate sobre quais as proposições (alegações ou afirmações sobre o quê o direito proíbe, permite ou autoriza) são verdadeiras ou falsas conforme o fundamento de direito adotado pelo intérprete. (DWORKIN, 2007, p. 7-12).

Conforme sustenta Dworkin, essa divergência teórica, que é evidente na prática judicial, não possui uma teoria plausível na filosofia do direito. Muito embora reconheçam sua problemática, buscam resumir o direito ao que as instituições jurídicas, tais como Legislativo e Tribunais, decidiram no passado, tratando a divergência teórica como mera ilusão ou, então, que é decorrente de lacunas no direito, cuja saída é o livre discernimento do juiz para criar uma nova norma (discricionariedade positivista).

Nessa situação, está aberta a possibilidade para o argumento de que não existem respostas corretas para as questões jurídicas difíceis, justificando a subjetividade do julgador na escolha das decisões segundo suas convicções pessoais, conforme, inclusive, já foi expressado em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>53</sup>.

Sobre essa visão do “direito como simples questão de fato”, esclarece Giuliano Fernandes:

Dworkin ainda afirma, segundo Hart, que o positivista aceita de forma errada que os fundamentos do direito estão fixados por regras linguísticas, partilhadas pelos juízes

---

<sup>52</sup> Dworkin (2007, p. 6-7) denomina fundamentos de direitos as preposições jurídicas superiores que servem de parâmetros para verificar a veracidade ou não de uma preposição jurídica, a qual consiste nas “alegações ou afirmações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza. Por exemplo, a veracidade a afirmação de que a velocidade-limite é de 80km/h decorre do fundamento de que assim está expresso na legislação federal.

<sup>53</sup> Julgados citados no capítulo II.



e juristas, as quais regulam o uso e, por isso, o significado da palavra “direito”, não só quando esta surge nas afirmações do que é “o direito” de um sistema específico sobre um ponto específico, mas também em afirmações acerca do que é “direito” (i.e., direito em geral). A partir desta leitura positivista do direito conclui-se que os únicos desacordos que pode haver acerca de questões de direito são os que se referem à existência ou não de tais fatos históricos; acerca dos fundamentos do direito não pode haver desacordos teóricos ou controversias. (FERNANDES, 2009, p. 24).

Essa perspectiva do direito como simples questão de fato, ao defender a existência de critérios linguísticos comuns para avaliação das proposições jurídicas, produzem teorias que Dworkin denomina de teorias semânticas do direito (2007, p. 39-40), tendo como grande representante o positivismo jurídico. Pensam que o direito pode ser compreendido como uma simples questão semântica, pressupondo a existência de acordo quanto aos fundamentos do direito, de modo que a divergência no direito é apenas fruto das possibilidades de significados que o texto ou a palavra pode oferecer.

Sobre a concepção semântica do direito, Macedo Júnior explica:

Uma concepção semântica de um conceito é aquela que procura identificar os fatos e as regras existentes no mundo que nos permitem usar corretamente esse mesmo conceito. Assim, uma concepção semântica do conceito de árvore, por exemplo, é aquela que usualmente encontramos num dicionário e que identifica o uso dessa palavra à existência de uma referência, a coisa árvore, à qual se reportam as pessoas quando utilizam tal termo. Dentro dessa visão, o significado de um conceito é definido em função da extensão do conceito, isto é, do conjunto de coisas, fatos e práticas que estão inseridos no “campo semântico” da palavra. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 180-181).

Todavia, Dworkin (2007, p. 14) se contrapõe a essa visão semântica do direito, uma vez que é excessivamente desestruturada como ciência e é complacente com os mistérios que cultiva, sobretudo nos chamados casos difíceis, para ser considerada uma teoria avançada do argumento jurídico. É preciso, portanto, fornecer uma teoria da interpretação que afaste do subjetivismo existente nas teorias semânticas do direito.

Destaca a existência de três modos de realizar interpretações: a conversação, na qual a pessoa interpreta sons e sinais que a outra pessoa expressa; a científica, tendo por enfoque os dados coletados; e a artística, na qual se interpretam poemas, peças e pinturas, a fim de justificar o ponto de vista do seu significado ou propósito (DWORKIN, 2007, p. 61).

Esse último modo de interpretação (artística) é diverso da interpretação científica em razão de que não é uma interpretação causal, mas preocupada com o propósito. Quando se interpreta, por exemplo, um poema, busca-se compreender o propósito ou finalidade da obra. Tampouco a interpretação artística é exclusivamente intencional - no sentido de buscar

decifrar de forma neutra as intenções do autor - como ocorre na conversação, pois, como os propósitos são do intérprete, a interpretação envolve as opiniões ou intenções do próprio intérprete<sup>54</sup>, sem que isso signifique que o intérprete tenha ampla liberdade para fazer da obra qualquer coisa que desejaria que fosse, pois a história e a forma de um objeto limita as interpretações disponíveis, havendo, assim, uma interação entre propósito e objeto.

Desse modo, Dworkin confirma a semelhança entre a interpretação artística e a jurídica, tendo em vista que ambas requerem que o intérprete busque uma intencionalidade contida no objeto a ser interpretado (*point*). Esse modo de interpretação, adequado às práticas sociais, denomina-se interpretação construtiva, a qual visa impor um propósito ao texto ou a prática social, a fim de obter a melhor luz para aquela prática:

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito num objeto ou prática de modo a torna-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue [...] que o intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra qualquer coisa que desejaria que fosse; [...]. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos. (DWORKIN, 2007, p. 63-64).

Refinando sua teoria, Dworkin propõe três etapas a serem seguidas na interpretação construtiva de uma prática social, ajudando a compreender a estrutura do processo interpretativo. Primeiramente deverá haver uma etapa pré-interpretativa: consiste na identificação dos padrões consensuais (paradigmas) que fornecem o conteúdo da prática social a ser interpretada. No exemplo da cortesia, consistiria em identificar as práticas comuns, paradigmas e exemplos que são reconhecidos no cotidiano, na literatura, no cinema, etc. Após, segue-se a etapa interpretativa, a qual tem por objetivo apresentar uma justificativa geral para os principais elementos identificados na etapa pré-interpretativa. Isto é, definir o propósito ou finalidade que se ajuste àquela prática social. Isso irá exigir argumentos sobre as razões que justifiquem aquela prática, envolvendo, nessa etapa, uma dimensão argumentativa. Em que pese a desnecessidade de se adequar a todas as características da prática estabelecida, deve haver uma adequação na maior medida do possível, de forma que o intérprete se veja como alguém que interpreta essa prática e não como alguém que está inventando uma nova prática. Por fim, ocorre a etapa pós-interpretativa ou reformadora, na qual o intérprete deverá verificar qual prática deve ser adotada, por melhor servir a justificativa aceita na etapa anterior. Nessa etapa, o intérprete “ajusta sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer,

---

<sup>54</sup> Aqui Dworkin recorre ao pensamento Gadameriano, ao compreender que a interpretação reconhece as imposições da história, mas ao mesmo tempo luta contra elas.

para melhor servir a justificativa que a lei aceita na etapa interpretativa”. (DWORKIN, 2007, p 81-82).

Nessas etapas interpretativas, deve o intérprete embasar suas escolhas mediante convicções que as justifiquem. Na primeira etapa, por exemplo, ele precisa de hipóteses e convicções que sejam compartilhadas, ainda que superficialmente, pela comunidade. Na segunda etapa, as convicções sobre a justificativa precisam se ajustar às características habituais da prática, para que tenha valor como uma interpretação da prática social e não como invenção de algo novo. Na última etapa, deve demonstrar as convicções substantivas, que devem ser independentes das convicções sobre os propósitos, sobre os tipos de justificativas que mostrem a prática a sua melhor luz. Tudo isso se faz necessário para que se possa distinguir interpretação de invenção (DWORKIN, 2007, p. 83-84).

Soma-se a isso a necessidade de que o intérprete considere a identidade institucional daquela comunidade, ou seja, a continuidade histórica das práticas sociais, e estabeleça um “conceito”, consistente numa proposição mais genérica e abstrata sobre a prática social que possa ser compartilhada pelos membros da comunidade. Estar-se-ia, assim, diante de um acordo pré-interpretativo, que poderia ser ilustrado pelo um “tronco da árvore”, do qual será possível florescer os refinamentos (ou subinterpretações), que formaram os “galhos das árvores”. Essa imagem metafórica traduziria o que o referido Autor chama de “conceito” e “concepção” (DWORKIN, 2007, p. 86). Expor essa estrutura no processo interpretativo, permite aprimorar o argumento, tendo em vista que será realizado sobre a base de uma ideia que agrupa todas as demais interpretações.

Ademais, outro fator apontado como crucial na busca de solidez interpretativa são os paradigmas, que podem ser definidos como os padrões de uma prática aceita na comunidade em determinado momento de sua história (DWORKIN, 2007, p. 88). Assim, o intérprete deve considerar os paradigmas, que como exemplos concretos de qualquer interpretação plausível. Porém, vale ressaltar que, não obstante essa força convergente dos paradigmas, eles não estão a salvo de contestação por uma nova interpretação, que pode justificar, por meio da interpretação construtiva, que eles estão equivocados.

Dessa forma, não se pode formular um conceito fechado com base em critérios linguísticos uniformes, como exemplo justiça ou o princípio da dignidade da pessoa humana, como pensam os teóricos semânticos. Os princípios são conceitos interpretativos, que dependerão de uma construção pelo intérprete, cujos paradigmas da época constituem importante base de apoio para desenvolvimento das concepções pós-interpretativas de uma prática jurídica.

Evidenciada, portanto, a natureza interpretativa do direito, resta prosseguir na análise sobre as principais concepções interpretativas do direito, buscando identificar àquela que seja capaz de dotar a prática jurídica de maior racionalidade na escolha da resposta correta, especialmente nos casos de normas principiológicas, a fim de que nossos direitos e deveres não sejam decididos de forma aleatória ou arbitrária pelo julgador.

### **3.5 A virtude do direito como integridade**

Considerando a temática de estudo, a teoria do direito escolhida deve ser capaz de atender a difícil questão de superar a discricionariedade judicial, permitindo maior racionalidade e coerência na sua concretização judicial. Além disso, sem descuidar do que já construído no tópico anterior – o direito é conceito interpretativo e não semântico-, deve essa teoria ser adequada a nossa prática jurídica (reflete o modo como uma decisão judicial é ou deve ser construída) e digna de ser perseguida pela comunidade ou pelo Estado (honra ou engrandece aquilo que a sociedade pensa ou requer do direito).

Dworkin defende, por atender suficientemente a esses objetivos, a concepção que denomina de “direito como integridade”. Essa concepção é sustentada em detrimento de outras duas concepções interpretativas do direito, denominadas de “convencionalismo” e “pragmatismo jurídico”. Registre-se que essas duas últimas concepções agrupam diversas correntes do pensamento jurídico contemporâneo, como o positivismo jurídico, na primeira corrente, e o realismo jurídico, na segunda concepção.

Contudo, antes de analisar as concepções do direito e suas adequações aos objetivos expostos e, especialmente, à questão da discricionariedade judicial, objeto de enfrentamento na pesquisa, cabe pontuar a base conceitual do direito, formulada pelo Jusfilósofo norte-americano, pelo qual se desenvolvem as concepções interpretativas acima descritas.<sup>55</sup>

Fiel à sua proposta da interpretação construtiva, no qual requer do intérprete uma melhor justificativa da finalidade ou do propósito da prática jurídica existente, considerando, ainda, os paradigmas jurídicos vigentes, o conceito de direito (descrição geral consensual e abstrata que se mostre mais útil para o debate das concepções) é formulado nos seguintes termos: “o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que

---

<sup>55</sup> Vale lembrar, aqui, a ideia de “conceito” de Dworkin, conforme já exposto anteriormente, no qual torna-se possível florescer as “concepções”.

respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorrem de decisões anteriores do tipo adequado.” (DWORKIN, 2007, p 116).

A concepção do convencionalismo concorda com a definição de que o direito é o conjunto de direitos e responsabilidade decorrentes de decisões do passado, de modo que a prática jurídica é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções. Na identificação de quais seriam esses direitos e responsabilidades, o convencionalista sustenta que somente sejam aquelas que estiverem explícitas ou, então, que possam ser explicitados por meio de métodos convencionalmente aceitos. Contudo, como o direito por convenção nunca é completo, em razão de novas questões não reguladas anteriormente pelas instituições que tem autoridade convencional, cabe ao juiz criar o direito para solução do caso.

O convencionalismo é, portanto, uma concepção de direito típica do positivismo jurídico. Sua justificativa, para explicar a razão pela qual as decisões do passado devem ser respeitadas no presente, baseia-se no argumento da previsibilidade ou no “ideal de expectativas asseguradas”, de modo que as pessoas tenham conhecimento (não-surpresa) das situações jurídicas que poderão ensejar determinadas obrigações.

Contudo, esse ideal de expectativas asseguradas, baseado no conteúdo explícito de uma convenção passada, não se adequa em grande parte dos casos judiciais, sobretudo naqueles casos que Dworkin denomina de “casos difíceis”. Nessas situações, essa previsibilidade é solapada pela admissão da atuação discricionária do intérprete na escolha da solução para o caso.

Desse modo, o convencionalismo não atende à dimensão do ajuste (ou adequação) ao que ocorre na prática jurídica, pois a experiência revela que muitos juízes, mesmo nos casos em que não há convenções expressas no passado, buscam justificar (e defender como correta) a solução dada para o caso judicial analisado. Além disso, ainda que as convenções passadas não sejam objeto de alteração pela instituição convencional, é comum observar que, na prática, seu conteúdo é modificado por reinterpretações, que transformam a cultura jurídica da comunidade, o que demonstra que a atitude interpretativa floresce independentemente das convenções.

Desse modo, o convencionalismo falha no teste da adequação, seja em um corte transversal de análise, pois não consegue explicar a deliberação judicial em casos difíceis, seja ao longo do tempo, já que não consegue descrever porque as práticas jurídicas são modificadas, a despeito da inexistência de alteração formal da convenção.

Na dimensão valor ou substância, o convencionalismo também fracassa, pois não é capaz de manter a justificativa dada para a coerção estatal (o ideal das expectativas

asseguradas). De fato, por mais abundantes que sejam tais convenções, haverá situações, e não raras, nas quais elas serão vistas como obscuras ou incompletas. Nessa situação, a justificativa dada pelo convencionalismo desaparece, pois não poderá mais sustentar o ideal das expectativas asseguradas, já que defende que, nessas situações, entrará o poder criador do intérprete.

Já o pragmatismo jurídico é uma concepção cética do conceito de direito acima descrito, pois não reconhece direitos ou obrigações jurídicas em razão de decisões passadas. Para essa corrente, “as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a decisão judicial que, ao final, se revelar melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política do passado” (DWORKIN, 2007, p. 180). Assim, se no convencionalismo não há liberdade para alterar as convenções existentes (o direito é o direito convencionado - posto - pelas instituições jurídicas), no pragmatismo, isso não ocorre, podendo modificar as regras do passado por acreditar que isso trará maiores benefícios para a comunidade.

Não obstante a indiferença pelas decisões do passado, cabe registrar que o pragmatismo reconhece, por questão de estratégia, a possibilidade de leis do passado serem respeitadas nos casos atuais, para que não haja perda de controle do Estado sobre as pessoas, o que tornaria impossível a civilização: “os juízes devem às vezes agir como se as pessoas tivessem direitos, porque alongo prazo esse modo de agir servirá melhor à sociedade” (DWORKIN, 2007, p. 187).

Analisando o pragmatismo nas referidas dimensões, tem-se que, na dimensão do ajuste, revela-se promissor quando analisamos ao longo tempo, pois, diferentemente do convencionalismo, é capaz de ajustar a nossa prática judicial, tendo em vista a adequação à evolução da cultura jurídica. Contudo, em um corte transversal (análise do presente), a prática forense revela que, ante a corriqueira deferência à legislação e aos precedentes, que somente seria possível seu ajuste caso fosse adotado o pressuposto de que as razões ou fundamentos apresentados nas decisões judiciais relativos às decisões passadas são falaciosos, que não devem ser levados à sério, sendo meramente uma questão de estratégia. Todavia, isso revela-se inadequado do ponto de vista geral, considerando que não há nada que comprove que essa deferência às decisões passadas seja apenas uma questão de estratégia.

Na dimensão do valor ou substancia, o pragmatismo também não constitui a melhor teoria do direito para justificar a coerção estatal. Isso porque sua postura cética em relação ao direito existente possibilita que casos semelhantes sejam tratados distintamente, o que não parece ser uma virtude prezada pela comunidade jurídica, que busca que os “casos semelhantes sejam tratados de forma igual. Exige que o governo tenha uma só voz e aja de

modo coerente e fundamentado em princípios com todos os cidadãos” (DWORKIN, 2007, p. 201).

No trato da vida cotidiana, as pessoas querem que as demais pessoas, ainda que não compartilhem os mesmos princípios corretos de comportamento, não ajam de modo excêntrico ou caprichoso, mas conforme as convicções que permeiam e configuram suas vidas como um todo. Isso se estende também em relação ao Estado, quando a integridade/coerência atinge um ideal político, pois a sociedade requer que o estado proceda com um agente moral (comunidade personificada<sup>56</sup>) segundo um conjunto único e coerente de princípios, ainda que os cidadãos divirjam sobre o conteúdo exato dos princípios de justiça que devem reger aquela comunidade (DWORKIN, 2007, p. 202). Nesse sentido:

A integridade exige que as instituições estatais atuem sempre de modo coerente com os princípios de moralidade política que justificam suas ações, o que significa que o Estado deve fundamentar suas decisões em uma interpretação desses princípios que reconheça seu devido peso e importância em cada caso. Dessa maneira (...) a integridade pode oferecer uma concepção do direito que legitima o uso do poder coercitivo e o reconhecimento de obrigações políticas de parte dos cidadãos”. (MAUÉS, 2012, p. 605)

A reduzida adesão à virtude da integridade ajuda a compreender a prática forense brasileira, pois a discricionariedade judicial na aplicação de princípios tem gerado imprevisibilidade ao direito e a clara sensação de que os jurisdicionados são tratados de forma distinta, ainda que se enquadrem na mesma situação fático-jurídica.

Dessa forma, a integridade constitui uma virtude da política corrente, que se acopla aos outros ideais já aceitos na política, denominados por Dworkin (2007, p. 200) como equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. A equidade consiste na distribuição do poder político de maneira adequada, possibilitando a influência dos cidadãos nas decisões que os governam. Nas palavras do citado Autor, “é uma questão de estrutura correta para o sistema, a estrutura que que distribui a influência sobre as decisões políticas de maneira adequada” (DWORKIN, 2007, p. 483). A virtude da justiça diz respeito à distribuição de recursos e proteção de liberdade civis que gerem um resultado moralmente adequado. Refere-

---

<sup>56</sup> Dworkin (2007, p. 204-212) constata, citando diversos exemplos (o fenômeno da responsabilidade eleitoral na propaganda realizada no escândalo Watergate: “não me culpem, sou de Massachuseters”; o sentimento de culpa coletiva manifestado por Estados cujos cidadão não tiveram qualquer participação nos atos causadores; a ideia de que temos direitos de proteção do Estado contra agressões de terceiros; o pensamento de que as autoridades públicas possuem responsabilidades que não podemos defender, em muitas situações, caso considerássemos as exigências de nossa moralidade individual) que as pessoas consideram seriamente o Estado como um agente moral, que possui princípios próprios diferentes de um a moralidade individual de seus cidadãos.

se à distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. Por fim, o devido processo legal adjetivo é uma questão de procedimentos corretos para aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu no julgamento de um cidadão.

Assim, o julgamento interpretativo, baseado na integridade, deve buscar analisar e considerar todas essas virtudes políticas, sob pena de se tornar simples política disfarçada pelo judiciário. A integridade na equidade requer os princípios políticos que justificam a autoridade da legislatura (por exemplo, a separação dos poderes, a presunção de constitucionalidade das leis, entre outros) sejam levados em consideração ao se analisar o conteúdo da lei. A integridade na justiça exige que os princípios morais, utilizados para justificar a substância das leis, sejam também considerados por todo o direito. A integridade no devido processo legal impõe que os procedimentos legais e regulamentares sejam obedecidos no julgamento.

Dessa feita, a virtude da integridade possibilita superar o desafio pragmático<sup>57</sup>, que torna os juízes livres da exigência de coerência com as decisões políticas anteriores, explicando porque se deve atribuir ao passado um poder especial, pedindo aos responsáveis pela aplicação da lei “que vejam e que a façam cumprir como sendo coerente nesse sentido” (DWORKIN, 2007, p. 203).

E para consecução do ideal da integridade, deve o intérprete, na construção da interpretação, definir propósitos aos textos normativos, considerando as tradições antigas e atuais da comunidade jurídica, na forma de um romance em cadeia<sup>58</sup>, que é figura ficcional de um gênero literário, comparada por Dworkin com o direito como integridade. (DWORKIN, 2007, p. 277-278)

O romance em cadeia consiste em um projeto literário incumbido a um grupo de escritores. Cada um deverá interpretar os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante.

---

<sup>57</sup> O desafio pragmático refere-se à crítica a ideia de pretensões juridicamente tuteladas. Com efeito, o pragmatismo indaga que “se as decisões judiciais e as opiniões polemicas são, de qualquer modo, inevitáveis, por que a controvérsia não deveria votar-se para o que realmente importa, para a decisão que produzirá a prática menos ineficiente ou que reduzirá ao mínimo a ocorrência de injustiça no futuro?” (DWORKIN, 2007, p. 199). A esse ceticismo em relação às convenções do passado e, especialmente, à coerência de princípios, é que a Dworkin busca superar com o ideal da integridade.

<sup>58</sup> Trata-se de uma comparação feita por Dworkin entre o direito e literatura, a partir da criação da figura da literatura que chamou de romance em cadeia. Nessa obra ficcional, um grupo de autores literários é responsável por criar um romance em série, sendo que cada autor fará um capítulo. Assim, a cada novo capítulo, o autor responsável deverá interpretar os capítulos anteriores para escrever seu capítulo, de tal modo que o dever de criar um romance unificado impõe a responsabilidade de continuidade, como se fosse a obra de um único autor. (DWORKIN, 2007, p. 277-278).



Desse modo, assim como se revela a complexidade de cada romancista, que deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, o jurista deve proceder a mesma lógica do exercício literário:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção (DWORKIN, 2001, p. 283).

O que se espera do direito, assim como ocorre no romance em cadeia, é que haja a unidade, seja íntegro, e não como uma série de contos independentes, de tal modo que a atividade decisória do juiz seja produzida num constante e franco diálogo com a história institucional da sociedade. Por conseguinte, a adoção da ideia de continuidade do direito (romance em cadeia) impede a interpretação arbitrária ou discricionária, pois impõe ao intérprete a “responsabilidade de construir e atualizar o empreendimento jurídico, levando em consideração as decisões anteriores, da mesma maneira como um conjunto de escritores escrevem os capítulos do romance” (MORAIS, 2010, p. 198).

O sucesso da integridade na jurisdição requer que a interpretação passe nas duas dimensões vistas anteriormente em relação a outras concepções. A primeira, a dimensão da adequação, requer que a interpretação se ajuste à prática jurídica real, isto é, deve haver uma afinidade (um ponto de apoio ou fundamento) entre o princípio que a interpretação recomenda e a práticas jurídicas passadas da comunidade. Isso limita as preferências pessoais em questão de justiça, diante da necessidade de coerência com a história jurídica da comunidade. A segunda, a dimensão da matéria ou substância, estabelece que, na hipótese de haver mais de uma interpretação em sentidos diferentes, será exigido do intérprete que “julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta a obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão” (DWORKIN, 2007, p. 278). Ou seja, deve justificar a preferência por uma determinada interpretação em razão de ela refletir melhor a moralidade política presente na comunidade (torne o romance substancialmente melhor). Registre-se que nessa etapa, as questões de adequação também farão mais uma vez necessárias, devendo ser constantemente

revisto se a interpretação depurada permanece adequada às instituições e decisões passadas da comunidade.

Para demonstrar essa complexa estrutura da interpretação jurídica, Dworkin cria a figura de um juiz imaginário, a quem dá o nome de Hércules. Esse personagem aceita a concepção teórica do direito como integridade, sendo capaz de resolver os casos difíceis por meio do exame completo da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso. Através da figura de Hércules, Dworkin explora a atividade jurisdicional, por meio de argumentos que poderiam ser desenvolvidos em situações concretas de uma decisão judicial<sup>59</sup>, aprofundando, assim, seus argumentos sobre sua tese da integridade.

Ressalte-se, porém, que o direito como integridade, centrada na figura do juiz Hércules, não está imune às críticas<sup>60</sup>, dentre as quais podem ser destacadas as seguintes: (i) a concepção do direito como integridade ignora o verdadeiro direito (haveria um erro interpretativo), possibilitando que Hércules substitua suas próprias convicções ao verdadeiro conteúdo do direito; (ii) a objeção de que Hércules seria um impostor (um fraude), justificada pelo fato de que, em situações nas quais, mesmo após o teste de adequação, permesse mais de uma interpretação possível, a escolha entre essas seria uma questão de decisão política, pois a moral é subjetiva (ceticismo moral); (iii) a de que Hércules é um juiz solipsista, conforme, por exemplo, a crítica de Habermas (1997, p. 276-280), porquanto Hércules é um juiz dotado de habilidades sobre-humanas, capaz de decidir solitariamente, num processo monológico de busca da resposta correta; (iv) não há respostas certas quando não se tem como provar que essa resposta é melhor do que outras.

Contudo, tanto a primeira quanto a segunda objeção são falhas e desprovidas de sustentação racional, tendo em vista que revelam uma posição interpretativa do que seria o conteúdo do direito, inexistindo tal neutralidade que o argumento tenta pressupor, diante da natureza interpretativa do direito. Ou seja, quando se diz que o intérprete está substituindo o direito por suas próprias convicções, só faz sentido se já pressupor uma outra resposta diferente da que chegaria o intérprete aplicando o ideal da integridade, caso contrário, estar-se-ia diante de uma objeção vazia, sob o fetichismo do ceticismo exterior. De fato, é uma posição cética, que não é engajada com os argumentos que pretende desqualificar.

Ademais, se Hércules leva a sério a virtude da integridade, buscando os melhores

---

<sup>59</sup> Dworkin explora, especialmente, o caso McLoughlin, apontados as diversas hipóteses argumentativas que poderiam ser engendradas em uma decisão judicial sobre o caso. (DWORKIN, 2007, p. 288-299).

<sup>60</sup> Essas objeções foram resumidas por Dworkin na obra Império do Direito. (DWORKIN, 2007, p. 310-312).

princípios comuns que a política seja capaz de encontrar, através de uma interpretação construtiva do direito, que considera as decisões políticas passadas. A decisão tomada por Hércules valoriza e é coerente com o conceito de direito compartilhado na comunidade jurídica. Aliás, se essa crítica for aceita, é preciso lembrar que a atuação livre do julgador é muito mais nefasta nesse aspecto, pois permite que adote suas próprias concepções, conforme lhe convier, sem restrição de coerência com o passado. Nesse sentido, arremata Dworkin:

Como pode ser mais equitativo fazer valer as convicções dos juízes sobre o melhor futuro, sem as restrições de qualquer exigência de coerência com o passado, do que fazer valer os juízos mais complexos, mas não menos polêmicos, que o direito como integridade exige?” (DWORKIN, 2007, p. 315).

Quanto à crítica de ser Hércules um juiz solipsista também não se sustenta quando se compreende adequadamente o romance em cadeia dworkiniano, pois exige a compreensão que a atividade decisória não se produz no vácuo, mas sim em um diálogo constante com a história institucional da sociedade (PEDRON, 2009, p. 133).

Além disso, outro pressuposto fundamental para afastar tal crítica é a compreensão da comunidade de princípios<sup>61</sup>, no qual as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns concebidos como um empreendimento coletivo de todos os cidadãos, e não uma questão de interesses particulares ou um jogo de interesses entre maioria e minoria. Uma característica importante nesse modelo é a ideia de igual respeito e consideração, de modo que ninguém seja excluído. Nas palavras de Dworkin:

“Torna específica as responsabilidades de cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. Faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total. O interesse que expressa não superficial como o falso interesse que encontramos no modelo das regras, mas verdadeiro e constante. Manifesta-se assim que a política se inicia, e é mantido pela legislação que rege a prestação jurisdicional e sua aplicação. Os atos

---

<sup>61</sup> Esse modelo concorda “[...] com o modelo das regras [no sentido de] que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, [equanimidade] e [devido] processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis (DWORKIN, 1999, p. 254).

políticos de todos exprimem sempre, ao se mostrar como devem ser as regras e de que modo se devem aplicá-las, um profundo e constante compromisso que exige sacrifício, não apenas por parte dos perdedores, mas também dos poderosos que teriam a ganhar com o tipo de conluio e soluções conciliatórias que a integridade proíbe. Sua base racional tende para a igualdade no sentido que requer a quarta condição: sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa. (DWORKIN, 2007, p. 257)

Nesse contexto, percebe-se o equívoco de se imputar a Hércules a pecha de um juiz solipsista, conforme objeta Habermas, pois, conforme expõe Dworkin (2007, 307), Hércules é um membro dessa comunidade e, por isso, suas decisões devem refletir comprometimento com ela, demonstrando que compartilha dos mesmos princípios. Ou seja, o julgador deve colocar-se na perspectiva de integrante da comunidade, assumindo como tarefa o fato de que “o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios” (DWORKIN, 2007, p. 258). Assim, o juiz não é um ator solitário na função de interpretar o direito, mas um encarregado (agente da comunidade) de aplicar coerentemente as regras e princípios, que são frutos de debates interpretativos, nos quais o papel do cidadão e a discussão pública são cruciais (CARVALHO, 2007, p. 72-73).

Por fim, quanto à reiterada crítica à tese da “resposta correta”, argumentam os críticos que, para ser possível afirmar que uma preposição jurídica seja verdadeira, ela precisa ser demonstrada. É a chamada tese da demonstrabilidade: “apenas questões que podem ser demonstradas, ou provadas, verdadeiras, são capazes de serem verdadeiras ou falsas ” (GUEST, 2010, p. 152).

Primeiramente, é preciso destacar que integridade, ainda que gere divergências interpretativas sobre os princípios vigentes na comunidade, se sobressai melhor do que as outras concepções interpretativas do direito que permitem ao juiz criar um direito novo, como ocorre no pragmatismo ou no convencionalismo, quando se está diante dos chamados casos difíceis. Sobre esse ponto, Dworkin assevera:

Nossas razões persistem quando os juízes divergem, pelo menos em detalhe, a propósito da melhor interpretação da ordem política da comunidade, pois cada juiz confirma e reforça a natureza de princípios de nossa associação ao se esforçar, a despeito da divergência, por chegar a sua própria opinião em vez de voltar-se para a tarefa geralmente mais fácil de elaborar um direito novo. (DWORKIN, 2007, p. 315).

Por outro lado, a tese da demonstrabilidade é facilmente afastada no campo do direito, em razão de que é enganador querer achar um argumento independente, que esteja a salvo de indagações de veracidade. Se isso fosse verdadeiro, essa objeção se aplicaria ainda

com mais força ao pragmatismo e ao convencionalismo. Veja, por exemplo, o caso do positivismo jurídico, no qual a sustentação de que uma lei é verdadeira em razão de que ela decorre de uma regra de reconhecimento (Hart) ou com uma norma hipotética fundamental (Kelsen). Assim, como demonstrar a veracidade dessa regra suprema? De igual modo, em relação ao pragmatismo, como demonstrar que a decisão baseada em convicções pessoais do julgador sobre o que é melhor para o futuro da sociedade pode ser demonstrada? Desse modo, a tese da demonstrabilidade traduz uma incompreensão ao que Dworkin entende como “resposta correta”, conforme aponta Stephen Guest:

Penso, entretanto, que o caso a ser feito para a adoção da tese da demonstrabilidade no direito vem a ser não mais do que o caso do positivismo. É, presumivelmente, que as leis devem ser vistas como “existentes, isto é, como sendo verdadeiras ou falsas, ou válidas ou inválidas, quando sua existência, verdade ou validade puder ser demonstrada (digamos) por referência a uma prática oficial factual, para que o defeito da incerteza seja curado [...]. Os argumentos contra essa visão [tese da demonstrabilidade], porém, são argumentos que abordam o problema do que é uma concepção sensata do direito e do argumento jurídico, e não de argumentos que dependam de uma ideia fixa e imutável de “verdade” que esteja “aí no mundo”. Em outras palavras, é enganador o apelo à tese da demonstrabilidade como se ela fosse um argumento independente. (GUEST, 2010, p. 153).

De fato, padecem tais críticas de um ceticismo, que não reconhece que quando dizemos que para algo não existe resposta correta, já estamos realizando um julgamento: “o que vale como verdadeiro é julgamento do mesmo tipo em relação àquilo que é verdade” (GUEST, 2010, p. 154). Assim, quando alguém diz que não resposta correta para a questão de os abortos serem moralmente justificados, já está realizando um julgamento moral sobre o aborto.

Na realidade, a “resposta correta” consiste em uma “melhor resposta” para o caso concreto, levando em consideração a integridade do direito, ou seja, a narrativa do caso concreto e todo o processo de compreensão dos princípios jurídicos ao longo da história institucional de uma comunidade. Inclusive, Dworkin já fez tal advertência, alertando que a proposta do direito como integridade não pretende que as respostas dadas em situações difíceis sejam unívocas ou que haja concordância de todos quanto a ela:

Mas a concepção do direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que respostas, e outros juristas ou juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele [Juiz Hércules] às perguntas colocadas por essa concepção de direito. [...] Se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considera-los pobres enquanto interpretações construtiva da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa. (DWORKIN, 2007, p. 287).

Portanto, observa-se que o direito como integridade revela-se como melhor

concepção de direito em relação ao convencionalismo e pragmatismo jurídico. Não busca identificar o direito como apenas um relato factual das convenções do passado ou como um programa do que é melhor para o futuro. Sua base teórica tem como pressuposto o entendimento de que o direito é um conceito interpretativo que deve considerar a prática jurídica como uma política em processo de desenvolvimento, de forma coerente com os princípios consolidados da comunidade ou Estado (DWORKIN, 2007, p. 271).

Outrossim, sua grande atração, diferentemente das outras concepções, decorre do combate à discricionariedade judicial na aplicação do direito. Conforme visto, o convencionalismo, em razão do seu apego às decisões do passado, incorre em contradição com o seu mote da previsibilidade (ideal das expectativas asseguradas), quando admite que nos casos em que há o que denomina “lacunas do direito” o juiz atuará conforme seu livre discernimento. De igual modo, o pragmatismo, por negar as convenções do passado, identificando o direito como as concepções que cada juiz faz sobre o que é melhor para o futuro, enseja um “direito sem direitos”, no qual resta fulminada a coerência com o passado, não havendo qualquer garantia de que a decisão estará de acordo com as consequências que previu como melhores no momento em que proferida, e também a uniformidade do direito, diante da possibilidade de diferentes concepções de cada intérprete sobre o que é melhor para o futuro da comunidade.

Nessa senda, a virtude da integridade mostra-se importante ferramenta para interpretação de princípios constitucionais, como é o da dignidade da pessoa humana, objeto desta pesquisa, tendo em vista que não se coaduna com a subjetividade ou discricionariedade do intérprete, tão familiar ao positivismo jurídico. Pelo contrário, impõe ao intérprete, diante do caso concreto, revelar o direito aplicável sob a sua melhor luz, valendo da interpretação construtiva, que considera a coerência de princípios existente naquela comunidade vista como um ente personificado, que possui uma moral própria e distinta dos indivíduos, os quais se sentem como autores das decisões políticas, fortalecendo a autoridade moral do direito e o dever de respeito às obrigações políticas e jurídicas.

Ademais, a concepção do direito como integridade, ao exigir um ônus argumentativo do intérprete, ao mesmo tempo que rompe com o decisionismo judicial, corrobora para legitimação da decisão judicial no âmbito do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido:

Este ônus argumentativo é o que torna a proposta de Dworkin mais apropriada à legitimação da decisão judicial no contexto do Estado Democrático de Direito, pois é intransigente com o decisionismo à medida em que não deixa margem a escolhas arbitrárias e injustificadas. E é por isso que Dworkin atribui, ironicamente, esta imensa tarefa ao juiz Hércules, um semi-deus capaz de executar coisas

extraordinárias. Em síntese, a ideia de uma única decisão mais adequada a um caso deve ser entendida como condição contra-factual de legitimidade já que exclui a possibilidade de arbítrio, ao invés de entendê-la enquanto afirmação categórica sobre a impossibilidade de existirem dúvidas interpretativas sobre uma questão. (MARTINS; FERRI, 2006, p. 283)

Por fim, registre-se que a atratividade dessa concepção teórica não é afeta pelas ordens jurídicas vigentes nos países anglo-americanos, mas, também, é perfeitamente compatível com outros sistemas jurídicos, como, no caso, o brasileiro. Em que pese a distinta fonte do sistema jurídico brasileiro (*civil law*), a teoria de Dworkin não se restringe aos sistemas jurídicos que seguem o *comon law*. Além do mais, o sistema jurídico brasileiro tem cada vez mais introduzido mecanismos que geram vinculações às decisões já proferidas por outros órgãos, tal como se verifica no direito inglês, conferindo grande força ao chamado sistema dos precedentes<sup>62</sup>.

Portanto, a virtude da integridade no direito, com sua proposta de combate à discricionariedade judicial, revela-se uma teoria do direito atrativa para uma melhor aplicação judicial do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme será melhor desenvolvido, no seu aspecto prático-jurisprudencial, no capítulo seguinte.

---

<sup>62</sup> No caso do direito brasileiro, observa-se uma série de medidas que vem sendo tomadas nos últimos anos nas reformas processuais e constitucionais, tendo por objetivo uma uniformização do entendimento jurisprudencial. Veja, por exemplo, o art. 103-A da Constituição Federal de 1988, ao regulamentar a Súmula Vinculante, que passa a ser vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Igualmente, pode-se citar o art. 489, VI, do CPC, que determina a observância pelos juízes dos precedentes, de modo que se a sentença judicial deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

## **4 LEVANDO A SÉRIO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Após estudo aprofundado no capítulo anterior sobre as diferenças teóricas entre as concepções interpretativas do direito e concluindo que o direito como integridade constitui um modelo mais adequado para aplicação judicial de princípios e a superação da discricionariedade judicial, convém, agora, apontar como essa proposta teórica se insere na interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, será prudente examinar, inicialmente, duas questões que relacionadas à aplicação dos princípios: a primeira, refere-se à efetividade jurídica dos princípios, apontando sua evolução normativa e o problema da não-ruptura, em tempo pós-positivista, das amarras da discricionariedade judicial juspositivista; a segunda questão, diz respeito ao método ou procedimento da ponderação de Alexy, como proposta de racionalização do juízo discricional na aplicação de princípios, que obteve grande aceitação acadêmica e institucional no Brasil, muito embora essa recepção seja mais nominal do que real no âmbito jurisprudencial, em razão de que não se segue todos os pressupostos epistemológicos e etapas da ponderação da teoria alexyana.

Examinadas tais questões, será, então, exposto como o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser interpretado-concretizado quando se considera a proposta teórica do direito como integridade, cotejando, criticamente, os casos judiciais relatados no primeiro capítulo.

### **4.1 A normatividade dos princípios e a problemática da discricionariedade judicial**

A juridicidade dos princípios encontra-se assentada como paradigma vigente no sistema jurídico brasileiro, conforme demonstrado no primeiro capítulo<sup>63</sup>. Deveras, os princípios adquiriram *status* de norma jurídica, capaz de tutelar de forma direta e imediata todas as situações que amparam. Esse fenômeno está diretamente ligado ao constitucionalismo contemporâneo, centrado na valorização da força normativa dos princípios e na irradiação dos efeitos das normas constitucionais sobre toda a legislação

---

<sup>63</sup> Nesse sentido, vide seção do primeiro capítulo sob o título “a expansão juridicizante do princípio da dignidade humana”.



infraconstitucional<sup>64</sup>. Porém, essa efetividade jurídica dos princípios não foi um dado apriorístico, mas é resultado de longo percurso histórico do pensamento jusfilosófico, que pode ser dividido em três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

A primeira fase, a jusnaturalista, enquanto doutrina do direito natural, sustenta a existência de ordem superior universal e abstrata, oriunda da natureza (período clássico) ou da revelação divina (período medieval ou teleológico) ou, por fim, da racionalidade humana (período moderno).

Os princípios, nessa fase, estão situados como pressupostos universais e abstratos, que sustentam e fundamentam a existência da ordem jurídica estabelecida pelo Estado. Assumem, desse modo, um caráter informativo (e não normativo) e são utilizados para avaliar o que era justo ou não na ordem jurídica estatal, ensejando, por conseguinte, a sua baixa ou quase ausente efetividade jurídica dos princípios. Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides:

A primeira - a mais antiga e tradicional - é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda na esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. (BONAVIDES, 2010, p. 259).

Com o advento do estado liberal e, especialmente, a consolidação em textos escritos da ordem jurídica vigentes nessas sociedades (elaboração de constituições escritas e também codificação das leis), ocorre o surgimento da fase positivista, que busca transformar o direito em ciência própria, com características análogas às ciências naturais, bem como superar a dimensão metafísica e anticientífica do direito existente na fase jusnaturalista. Importa para o direito, segundo a ótica positivista, o que está descrito na lei, cuja validade decorre da observância de um processo formal de elaboração, independentemente da realização de juízos valorativos.

Os princípios nessa fase, ante a pretensão de objetividade científica do direito, depurando o direito da moral e também de valores universais e transcendentais do jusnaturalismo, são relegados a um papel secundário, de modo que devem ser aplicados somente quando há ausência de regra específica para solução do caso, atuando, assim, como “válvulas de segurança”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Denominada de constitucionalização do direito, a qual nas palavras de Louis Favoreu, “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação”. (FAVOREU, 1998, p. 191, tradução nossa).

<sup>65</sup> Expressão utilizada por Bonavides na obra Curso de Direito Constitucional (BONAVIDES, 2010, p.

Assim, os princípios não são “encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderam prever. O valor dos princípios está no fato de derivarem das leis, e não um ideal de justiça”. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 63). Como consequência, há uma baixa juridicidade dos princípios, pois assumem um papel de fonte normativa subsidiária, conforme é visto, por exemplo, no enunciado normativo constante do artigo 4º da Lei n. 4657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), o qual prevê que, nas hipóteses de lacuna da lei, cabe ao aplicador do direito valer-se da analogia, dos costumes e, por último, dos princípios gerais do direito<sup>66</sup>.

Entretanto, o reinado dessa segunda fase começa a ruir após a Segunda Guerra Mundial, em razão das atrocidades cometidas em face de determinados grupos sociais, dando início a terceira fase pós-positivista, que, diferentemente da depuração científica tentada pelo juspositivismo, busca reaproximar o direito aos valores éticos e morais presentes na sociedade. Nesse sentido, leciona Dias Júnior:

A teoria pós-positivista rearticula o direito e a moral, buscando introduzir elementos morais na fundamentação estritamente jurídica das decisões judiciais, reconhecendo a magnitude de padrões normativos que não se limitam às tradicionais proibições, permissões e obrigações.[...] Os princípios, na linha de pensamento pós-positivista, prestam-se assim a diluir elementos morais no ordenamento jurídico, contribuindo para uma proveitosa articulação entre equidade e segurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais não mais precisariam recorrer a elementos extrínsecos ao ordenamento jurídico, metafísicos talvez, na ausência de uma regra específica a regular um dado caso concreto posto sob apreciação jurisdicional. (DIAS JÚNIOR, 2007, p. 178).

Dessa forma, o pós-positivismo, ao realizar uma reaproximação entre direito e moral, impõe, como consequência, uma valorização normativa dos princípios. Assim, a antiga visão positivista atribuída aos princípios é alterada substancialmente, pois a sua aplicação não decorre somente quando há lacunas do direito (de forma subsidiária), mas sim como fonte normativa de incidência direta e imediata, como exigência do ideal de justiça. Por conseguinte, há a necessidade de uma nova hermenêutica constitucional capaz de superar o modelo tradicional da subsunção e de resolver as tensões provocadas pela aplicação dos princípios, pois “na determinação da norma aplicável, o intérprete parte dos textos normativos, mas considera, sobretudo, os princípios aplicáveis e as peculiaridades do caso concreto”. (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 40)

---

261-262).

<sup>66</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 1942).

Desse modo, o pós-positivismo rompe com o paradigma tradicional positivista, conectando o direito com a moral, sem voltar à fase jusnaturalista. Segundo Guerra Filho (2001, p. 52-53) ocorre a “superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo”, pois rompe com a ideia de pureza científica do positivismo, sem reassumir o jusnaturalismo, porquanto os princípios jurídicos, diferentemente da visão jusnaturalista, não são mais derivados da razão divina ou humana (Tomás de Aquino e o Iluminismo, respectivamente), mas passíveis de apreensão racional e ligados aos valores éticos fundamentais presentes nas comunidades em que se aplicam.

Como um dos principais representantes do pós-positivismo, Dworkin contrapõe-se aos dogmas positivistas, especialmente sobre a vinculação do direito a um modelo de regras jurídicas, cuja validade é aferida por um teste de *pedigree*<sup>67</sup>. Para o referido Autor, a própria prática judicial revela que o direito não é restrito ao modelo de regras, mas também aos princípios decorrentes da moralidade política existentes na comunidade, aptos a gerar autonomamente direitos e responsabilidades jurídicas.

Registre-se, ainda, que essa normatividade dos princípios é reforçada também pelo processo de positivação expressa nos textos constitucionais<sup>68</sup>, permitindo, conforme aponta Germana Moraes, uma transição do direito por “regras”, para um direito por “princípios”, em razão do reconhecimento da insuficiência do modelo de regras para realizar o ideal de justiça:

[...] vivemos uma época de transição: de transição do Direito “por regras”, antes reconduzível ao legalismo, ao Direito “por princípios”, conseqüência do reconhecimento da insuficiência da lei, porque nem sempre capaz de realizar a Justiça, da lei como parâmetro exclusivo ou primordial das condutas em sociedade. Vivenciamos concomitantemente a demolição parcial do Direito “por regras” e a construção paulatina do Direito “por princípios”. (MORAES, 2004, p. 185).

Paulo Bonavides, em excelente síntese, discorre sobre essa evolução normativa dos princípios até a atual fase pós-positivista:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jus privatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos

---

<sup>67</sup> Sobre a definição do teste de pedigree, ver segundo Capítulo, tópico 3.1: “O direito como um sistema de regras validado por um teste fundamental.”

<sup>68</sup> Exemplo disso, a Constituição brasileira de 1988 é marco histórico dessa constitucionalização dos princípios, com especial destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana.

princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. (BONAVIDES, 2010. p. 294).

Portanto, seja em razão do embasamento teórico proporcionado pela filosofia pós-positivista, seja em razão da ascensão produzida pela positivação dos princípios nas ordens constitucionais, é inegável que a condição de norma jurídica plena e autônoma é assumida pelos princípios jurídicos, com “aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são inerentes.” (WELSCH, 2005, p. 27).

Conforme leciona Ferraz Júnior, a eficácia das normas pode ser entendida em sentido sociológico, que diz respeito à correspondência entre a norma e a realidade social, e em sentido jurídico, consistindo na condição da norma de tecnicamente produzir efeitos. A junção desses dois sentidos remete à composição do conceito geral de eficácia das normas jurídicas, como o “sucesso da disposição normativa [...] medido pela possibilidade de se alcançarem os objetivos da edição da norma”. (FERRAZ JÚNIOR, 1985, p. 67)

Complementando, Barcellos (2011, p. 38) esclarece que essa aptidão das normas jurídicas para produzir efeitos no mundo fático, comum às regras e aos princípios, depende da conjunção de dois fatores: a imperatividade e sindicabilidade das normas, caracterizada pela imposição de seus efeitos e a possibilidade de exigência judicial em caso de descumprimento (judicialização). Destarte, na cultura jurídica brasileira já está devidamente cristalizada a ideia de que os princípios possuem tais requisitos, gerando direitos e responsabilidades jurídicas (imperatividade) e, em caso de violação ou descumprimento, podem ser exigidos judicialmente (sindicabilidade):

A imperatividade dos efeitos pretendidos é que caracteriza essencialmente, e distingue, as normas jurídicas das demais normas sociais. As normas jurídicas não são conselhos, recomendações, indicações ou lembretes: sua observância é obrigatória, imperativa. Mas o Direito não confia apenas na boa disposição dos destinatários de obedecerem suas normas: para garantir a imperatividade, existe a sindicabilidade, isto é, a possibilidade de exigir, por meios violentos, se necessário, o cumprimento das normas. (BARCELLOS, 2011, p. 41)

Todavia, esse consenso sobre a eficácia jurídica dos princípios termina quando se trata de estabelecer o sentido e os efeitos que produzirão no mundo fático, especialmente porque são normas veiculadas em textos semanticamente abertos, sem indicação das consequências imediatas que ocorrerão em caso de sua incidência. Vide, por exemplo, o

princípio da dignidade da pessoa humana, no qual não há esclarecimento no texto constitucional de quais são os efeitos que decorrerão de sua aplicação no caso concreto.

De forma geral, conforme aponta Fausto Morais (2016, p. 161), em que pese se autodeclarar como vinculada ao paradigma pós-positivista, a jurisprudência brasileira ainda não conseguiu se desvencilhar da velha discricionariedade positivista, pois, conforme analisado no primeiro capítulo, o princípio constitucional da dignidade humana vem sendo concretizado segundo o entendimento pessoal do intérprete.

Com efeito, os juspositivistas acreditavam que a discricionariedade poderia ser contida com base no seu modelo de regras e apenas ocorreria nos casos excepcionais (casos difíceis), diante das possibilidades interpretativas verificadas na “moldura” ou nas situações de “zonas cinzentas”. Na vertente kelseniana, cabe ao intérprete criar o direito dentre os limites da moldura. Na vertente hartiana, era admitida a atuação discricionária do intérprete nas zonas de penumbras ou cinzentas, frutos da chamada “textura aberta” do direito. Enfim, a discricionariedade do intérprete não é uma preocupação central na hermenêutica positivista, cuja ênfase é essencialmente voltada para o procedimento de aplicação do direito do que para o seu conteúdo.

Contudo, o reconhecimento da normatividade dos princípios, fruto do paradigma pós-positivista, impõe a discussão da problemática relacionada à discricionariedade judicial, especialmente quando se está diante de disposições normativas principiológicas. A discussão que desponta na teoria constitucional contemporânea não é mais sobre a efetividade jurídica desse padrão normativo, mas como deve ocorrer concretização das normas principiológicas, pois, conforme visto anteriormente, os princípios, diferentemente das regras, não atuam na forma do chamado “tudo ou nada”, em razão de não apresentarem as consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

Captando essa problemática ainda pouco compreendida na doutrina brasileira, assevera Rafael Oliveira:

A caracterização do pós-positivismo, no que atina a grande maioria da doutrina brasileira, se restringe a afirmá-lo como o *locus* em que os princípios são levados a sério. Ou seja, apontam como a principal característica do modelo pós-positivista de teoria do direito a emergência dos princípios e seu reconhecimento como norma jurídica. Não que esta assertiva seja totalmente falsa, mas ela esconde o problema que realmente se encontra no cerne dos debates que emergem no seio do pós-positivismo: a preocupação com a indeterminação do direito e a impossibilidade de se prever, abstratamente, todas as hipóteses de aplicação. (OLIVEIRA, 2007, p. 146)

Uma visão preocupada com essa aplicação discricionária dos princípios é aquela

desenvolvida por Dworkin, conforme estudado em capítulo antecedente, a qual passa pelo reconhecimento de sua natureza interpretativa, cuja aplicação requer do intérprete uma construção argumentativa racional, que busque uma solução coerente com o direito vigente. No entanto, conforme estudo de casos abordados no capítulo inicial, o Supremo Tribunal Federal, não raras vezes, não assimilou bem essa compreensão. Tratam os princípios como se fossem apenas uma questão de complexidade semântica (de significados) ou como se fossem regras jurídicas. Isso tem gerado um enfraquecimento da própria efetividade jurídica dos princípios, sobretudo no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que vem sendo utilizado para os mais variados casos, de forma absolutamente retórica, o que tem contribuído para a indefinição e esvaziamento de seu conteúdo. Nesse sentido, expõe Humberto Ávila:

E até mesmo plausível afirmar que a teoria constitucional vive hoje a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico. Importar ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a **euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que tem inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico**. (AVILA, 2010, p. 14, grifo nosso).

Quando se banaliza a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana para as mais variadas situações, leva-se desprestígio ao seu significado, o que acaba por afetar sua própria força de se impor normativamente. Desse modo, não obstante esse “Estado Principiológico”<sup>69</sup>, fruto da fase pós-positivista do direito, ainda não superamos a discricionariedade judicial positivista. Agora, muito mais complexa e difícil de combater, pois vem sob uma nova roupagem – e disfarçada – por meio da invocação de princípios constitucionais.

Portanto, o problema da discricionariedade judicial ainda é um tema recorrente no direito contemporâneo (agora, com força ainda maior). Por isso, é necessário que essa situação seja descortinada e atacada, não para renegar o uso de princípios, com a volta da defesa das regras jurídicas, como único modelo normativo. Muito pelo contrário, é preciso levar a sério os princípios, impondo ao intérprete-julgador um dever de fundamentação racional, de tal modo que o direito (e o princípio da dignidade da pessoa humana) não seja algo subjetivo e manipulado para favorecer interesses obscuros.

Nessa proposta de conferir racionalidade ao direito, sobretudo no que tange à aplicação de princípios, desponta, com grande aceitação na doutrina e na jurisprudência

---

<sup>69</sup> A expressão “Estado Principiológico” é utilizada pelo autor Humberto Ávila, na obra Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos.

brasileira, o procedimento da ponderação desenvolvido por Alexy, o que torna imprescindível, diante dessa problemática abordada no presente estudo (a discricionariedade judicial na aplicação dos princípios), um exame dessa prestigiada tese.

#### **4.2 O método da ponderação de princípios de Alexy e a inexorabilidade do juízo discricional do intérprete**

Considerando a temática central abordada no presente trabalho, referente à discricionariedade judicial na aplicação da dignidade da pessoa humana, não poderia ser relegada a apresentação, ainda que de forma sucinta, da doutrina de Robert Alexy a respeito do procedimento da ponderação na aplicação de normas principiológicas<sup>70</sup>. Em que pese sua teoria ter sido desenvolvida num contexto jurídico específico da Alemanha, na qual busca criticar a jurisprudência valorativa desenvolvida pela Corte Constitucional daquele País, a sua recepção atingiu diversos outros países e, em especial, o Brasil.

A preocupação de Alexy, ao desenvolver um procedimento para ponderação de princípios, refletia os debates ocorridos na jurisprudência Alemã nos anos de 1970<sup>71</sup>, que vindicava a ponderação de valores como técnica para invalidação de textos normativos produzidos durante o nazismo. Em razão disso, Alexy busca debelar a deficiência na argumentação jurídica levada a efeito, na época, pelo Tribunal Constitucional alemão.

Aliás, essa falta de racionalidade já era alvo de críticas na doutrina alemã, conforme pode ser constatado em Müller:

Tal procedimento (a ponderação - acrescentei) não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfáveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturante da análise do

---

<sup>70</sup> Alexy é, ao lado de Dworkin, um grande expoente na teoria pós-positivista, cuja doutrina teve grande difusão no Brasil. Entre as suas obras, destaca-se a “Teoria da Argumentação Jurídica”, de 1978, na qual elabora, a partir da distinção entre discurso jurídico e discurso prático, uma teoria par argumentação jurídica, cuja “racionalidade do discurso se define por meio da observação das regras do discurso” (ALEXY, 2015, p. 296); e a “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de 1986, na qual aprofunda a dimensão procedimental de sua teoria da argumentação jurídica (método da ponderação), com vistas a assegurar racionalidade na aplicação de princípios, especialmente quando relacionados aos direitos fundamentais.

<sup>71</sup> Nesse sentido, discorre Marcelo Neves (2014, p. 63):

âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que consequentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (Urteilsvirbehalt) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistema de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas. (Müller, 2000, p. 36).

Para compreender o seu procedimento da ponderação, convém apresentar, preliminarmente, alguns conceitos centrais da sua teoria da argumentação jurídica. Como ponto de partida, é válido destacar a diferenciação estabelecida por Alexy entre o chamado “discurso prático geral” e o “discurso jurídico”. O discurso prático geral abrange todo universo da cultura e do agir humano. Já o discurso jurídico é apresentado como um caso especial do discurso prático geral (tese do caso especial), tendo em vista que é limitado (e vinculado) pelo sistema jurídico vigente, em razão das leis, dos precedentes e da própria dogmática elaborada pela ciência jurídica. Assim, o enunciado normativo formulado atua no campo do “discursivamente possível” e, em razão da exigência de fundamentação racional, implica numa “pretensão de correção” (ALEXY, 2015, p. 209-214).

No denominado discurso jurídico, embora seja um caso especial do discurso prático, em razão das limitações dadas pelos enunciados normativos, há situações nas quais será necessário adentrar com argumentos do discurso geral, gerando a integração entre esses dois discursos. Nas palavras de Alexy:

Pode-se afirmar que a argumentação jurídica chega até um determinado ponto em que já não possíveis outros argumentos especificamente jurídicos e que, nesse momento, tem de entrar em jogo a argumentação prática geral. Essa proposição pode ser denominada de tese da adição. Além disso, há a possibilidade de que o uso de argumentos especificamente jurídicos deve unir-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais. Essa concepção, que pode ser caracterizada pela expressão tese da integração, será adotada aqui. (ALEXY, 2015, p. 35).

Esse ingresso do discurso prático geral no discurso jurídico tem por objetivo a pretensão de correção do enunciado normativo, que deve ser racionalmente fundamentado, mediante uma justificativa interna ou externa. A interna é aquela relacionada ao silogismo jurídico, do qual a decisão judicial decorre logicamente da regra prevista no ordenamento jurídico, não dependendo de análises sobre as premissas utilizadas para fundamentação, bastando a utilização dos tradicionais cânones da interpretação (ALEXY, 2015, p.219-228). Por outro lado, quando as premissas utilizadas são objeto de justificação, adentra-se no campo da justificação externa, que poderá ser revelada por diferentes métodos de fundamentação: regras e formas de interpretação, dogmática jurídica, precedente, argumentação prática em



geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos (ALEXY, 2015, p. 228-229).

Na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy retoma sua teoria da argumentação jurídica voltada para a aplicação das normas principiológicas<sup>72</sup>. De fato, a diferenciação entre regras e princípios proposta por Alexy tem por objetivo organizar a fundamentação dos direitos fundamentais, por meio do estabelecimento de distintos caminhos metodológicos a serem seguidos na aplicação dessas espécies normativas. Nas palavras do próprio Alexy: “Essa distinção [entre regras e princípios] é a base da teoria de fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática jurídica” (ALEXY, 2015, p. 85).

Na realidade, ao conceituar os princípios como mandamento de otimização, Alexy desenvolve uma metodologia própria para sua aplicação, que passa pela exigência do sopesamento dos critérios de valoração<sup>73</sup>, o qual é realizado pela máxima da proporcionalidade, cuja racionalidade da fundamentação decorre da adoção do procedimento estabelecido. Para Alexy (2015, p. 284-285), a controlabilidade ou racionalidade da argumentação prática geral, quando na justificação externa do discurso jurídico, será assegurada pelas condições especiais nas quais ela deve ocorrer, ou seja, pelo procedimento. Isso é muito claro quando afirma que:

Não é a produção da segurança jurídica o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras, os quais este trabalho tenta evidenciar. [...] Se uma discussão jurídica corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões judiciais. (ALEXY, 2015, p. 284-285).

Desse modo, nas situações em que é possível solucionar um caso pela própria justificação interna do sistema jurídico, em razão das regras existentes, não se deve recorrer

---

<sup>72</sup> Conforme expõe Alexy, (2015, p. 139): “No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões, ou para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias, sugerem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o mundo do dever-se definitivo ou ideal. Nesse ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de precedência”.

<sup>73</sup> Alexy distingue a estrutura normativa entre regras e princípios com base no sopesamento, presente nesta última categoria normativa sopesamento, sendo que nos princípios ocorre por meio de critérios de valoração e nas regras, por regras de valoração: “a diferença estrutural entre regras e princípios também se verifica, portanto, no nível axiológico. Aos princípios correspondem os critérios de valoração; às regras, as regras de valoração”. (ALEXY, 2015, p. 151).

aos discursos de razão prática, assemelhando-se, assim, aos casos fáceis de Hart. Somente nos casos difíceis haverá a necessidade de justificação externa, que tem lugar especial na aplicação dos princípios. Conforme descreve Oliveira (2007, p. 157), a tese de Alexy “trata-se de uma pretensão de fundamentação racional do ordenamento jurídico, cujo marco de racionalidade não é dado pela razão pura, mas pela razão prática entendida numa dimensão axiológica”.

Nesse contexto, percebe-se, então, o estabelecimento de uma conexão entre a sua teoria da argumentação jurídica e a teoria dos princípios, tendo em vista que caracteriza esse padrão normativo como “mandamento de otimização”, que deve ser realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (ALEXY, 2014, p. 230). Destarte, para Alexy, os princípios comportam abertura às justificações externas de valorações, da qual se faz presente o discurso prático geral. E para assegurar a racionalidade na aplicação de princípios, especialmente quando se estiver diante de situações de colisão, deverá o intérprete valer-se do procedimento da ponderação, realizada pela máxima proporcionalidade em suas três etapas<sup>74</sup>.

Habermas apresenta críticas contundentes à proposta alexyana do direito como um caso especial do discurso prático geral e, por conseguinte, ao procedimento da ponderação<sup>75</sup>. Ainda que se admita que as regras jurídicas não podem contradizer normas morais, para Habermas não se pode concluir que o discurso jurídico constitui uma parte da argumentação moral (HABERMAS, 1997, p. 287). Isso porque a harmonização buscada por Alexy entre direito e moral (tese do caso especial), rompe com o caráter deontológico do direito, gerando uma desagrável consequência de tornar o direito uma questão de “mais ou menos”, relativizando a correção de uma decisão judicial e possibilitando a atuação discricionária do intérprete:

Pretensões de validade são codificadas de modo binário, não permitindo um mais ou menos: pois o que distingue uma argumentação racional de uma lei irracional não é um menos e sim algo qualitativamente diferente da racionalidade material de uma decisão encontrada segundo as regras do discurso prático racional”. Para fugir a essa objeção precisamos enfrentar, com Dworkin, a tarefa de reconstrução racional do

---

<sup>74</sup> Conforme Alexy (2014, p. 116-117), “afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, significa que a proporcionalidade, com sua três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito)”.

<sup>75</sup> Para uma visão mais completa das objeções formuladas por Habermas, confira-se, especialmente, o Capítulo V (Indeterminação do Direito e Racionalidade da Jurisprudência), constante do Volume II da obra “Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade” (HABERMAS, 1997, p. 241-296).

direito vigente. Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente. (HABERMAS, 1997, p. 289).

Razão disso, Habermas considera que a proposta de Dworkin – que busca a correção da decisão jurídica pelo seu encaixe no sistema jurídico coerente - melhor colabora para o caráter deontológico do direito, pois a dimensão de validade das normas jurídicas proíbe equiparar a correção da decisão com juízos morais e, por conseguinte, não se pode considerar o discurso jurídico com um caso especial de discursos morais (HABERMAS, 1997, p. 291).

Igualmente, Günther<sup>76</sup> critica a visão alexyana do direito como um caso especial do discurso prático geral, tendo como ponto de apoio a sua distinção entre o chamado “discurso de justificação e o discurso de aplicação”<sup>77</sup>. Para o referido Autor, o discurso de aplicação, diferentemente do discurso de justificação (que carece de adequabilidade, por não considerar as características distintivas de cada situação de aplicação), visa a coerência normativa da decisão adotada diante de uma situação singular, devendo, para tanto, realizar o aplicador do direito uma descrição completa do caso, considerando todas as circunstâncias individualizadas, que deverão ser relacionadas com as normas aplicáveis ao caso, de forma que a decisão seja adequada com o direito vigente e não uma escolha arbitrária e subjetiva do intérprete (PEDRON, 2008, p. 191).

Dessa forma, Günther crítica a tese do caso especial de Alexy, por não resolver o problema da indeterminabilidade do direito, pois a introdução do discurso prático geral não tem o condão de resolver o que deve ser feito (decidido) nos casos concretos, já que a validade universal de uma razão moral não significa que toda norma justificada no discurso prático geral deve ser aplicada aos casos concretos, como uma proposição normativa singular sobre o que deve ser feito. Na realidade, para Günther, a decisão exigirá uma descrição completa da situação concreta, isto é, um discurso de aplicação pautado pela ideia de

---

<sup>76</sup> Sobre as críticas de Günther, vide artigo do Autor sob o título “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special Cases Thesis’” (GÜNTHER, 1993, p. 143-156).

<sup>77</sup> No discurso de justificação abstrai-se de considerações sobre hipóteses de conflito em situações concretas de aplicação, discutindo-se a validade da norma jurídica a partir de argumentos morais, políticos ou pragmáticos, que protegem adequadamente um interesse universalizável. Já o discurso de aplicação é o momento para considerar todas as circunstâncias que envolve o caso concreto, de modo que a decisão não reabra para argumentos próprios do discurso de justificação, posicionando-se apenas no tocante à adequabilidade delas perante as circunstâncias do caso concreto, sem, com isso, buscar construir novos argumentos de ordem moral, pragmática ou política (PEDRON, 2008, 195). Keberson Bresolin diferencia tais discursos do seguinte modo: “por meio do discurso de justificação, a norma adquire validade, diga-se assim, *prima facie*, pois ainda carece da consideração do discurso de aplicação para garantir sua adequabilidade à situação. A adequabilidade da norma é garantida quando, por meio do discurso de aplicação, todas as circunstâncias relevantes da situação são consideradas.” (BRESOLIN, 2016, 340).

imparcialidade. Nisso, decorre também a crítica à proposta de ponderação de valores de Alexy, por reduzir a “discussão ao que é melhor para o caso e não o que é normativamente devido”. (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 247).

Para o referido Autor, na construção da decisão em casos singulares deve prevalecer o discurso de aplicação e não o de justificação, que preconiza a reconstrução da argumentação legal de forma coerente no direito vigente, garantida pelo princípio da imparcialidade<sup>78</sup>, o qual requer a consideração de todas as características relevantes do caso analisado (que evitará aplicações rígidas ou seletivas de razões morais), permitindo a definição da norma adequada ao caso singular, em razão de ser a que melhor pode ser justificada coerentemente em relação a todas as demais normas aplicáveis na circunstância concreta (GÜNTHER, 1993, p. 149).

Assim sendo, verifica-se que a proposta alexyana enfrenta sérias objeções relacionadas à distinção entre princípios e valores. Ainda que Alexy se esforce em apontar o caráter deontológico dos princípios, o que o afastaria da crítica que produziu uma teoria dos valores, observa-se que a distinção elaborada é muito tênue e de difícil sustentação, pois, ao descrever os princípios como mandamentos de otimização, restará aberta a possibilidade de juízos subjetivos do intérprete na definição dos limites em que determinado princípio deve ser efetivado, tendo em vista que a ponderação remete a um procedimento valorativo. Aliás, Alexy não nega esse caráter axiológico da sua teoria dos princípios: “a aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios. [...] A diferença estrutural entre regras e princípios também se verifica, portanto, no nível axiológico.” (ALEXY, 2014, p. 150-151).

Nesse sentido, é a censura de Rafael Oliveira sobre a diferenciação entre princípios e valores na teoria alexyana:

---

<sup>78</sup> A respeito da “imparcialidade” na teoria de Günther, assim define Bressolini (2016, p. 249): “Embora ambos os discursos possuam autonomia, juntos, eles constroem a ideia de imparcialidade, que se apresenta diferentemente em cada discurso. À medida que a exigência “das consequências e dos efeitos colaterais, previsivelmente resultantes da observância geral de uma norma, para que os interesses de cada um individualmente possam ser aceitos por todos em conjunto, operacionaliza o sentido universal-recíproco” (GÜNTHER, 2011, p. 32) da ideia de imparcialidade. De maneira complementar, a ideia de imparcialidade no discurso de aplicação se mostra quando, em cada uma das situações de aplicação, sejam necessariamente consideradas todas as suas características relevantes. Por meio dessas duas vias, nos aproximamos do sentido completo de imparcialidade”. Em outras palavras, no discurso de justificação a imparcialidade é assegurada quando se considera todos os interesses envolvidos e, no discurso de aplicação, quando se considera todos os fatos relevantes que se apresentam na situação concreta. (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 245).

Também quanto a própria estrutura da ponderação é possível formular algumas questões importantes: 1) para Alexy, princípios são distintos de valores, embora a ponderação tenha lugar a partir de um procedimento que é valorativo. Portanto o juízo que decide a respeito de cada uma das “etapas” da “lei da ponderação” é um juízo valorativo; 2) o resultado da ponderação – isto é, a regra da ponderação – não aparece como um problema efetivo para Alexy, pois sua validade está condicionada ao procedimento. (OLIVEIRA, 2007, p. 181).

Dessa forma, ainda que Alexy intente distinguir sua teoria dos princípios de uma teoria dos valores, denota-se que há uma íntima ligação entre os princípios e os valores, sobretudo no aspecto estrutural, uma vez que há equivalência na forma de realização (de forma gradual) e também pelo fato de sua realização envolver constantemente a escolha entre princípios que são postos como colidentes. Ou seja, a ponderação acaba, ao final, por recepcionar um juízo subjetivo do julgador, elegendo o princípio que deverá preponderar, cuja validade será aferida pelo procedimento.

Além disso, verifica-se que a proposta alexyana, que intenta conferir racionalidade à aplicação dos princípios por meio do método da ponderação, dá mais importância ao procedimento do que ao conteúdo do direito, conforme admite o próprio Autor: “a pretensão de correção do discurso jurídico não diz respeito à exigência de racionalidade do ponto de vista material, contudístico das asserções jurídicas tomadas como premissas”. (ALEXY, 2015, p. 14).

Nisso reside, conforme Rafael Oliveira, uma diferença central nas teses de Dworkin e Alexy:

Mas, diferentemente de Dworkin que não vê possibilidade de determinar um mecanismo certo e a priori para a solução de tais casos, Alexy estabelece a ponderação como procedimento apto a solucionar as colisões de princípios e evitar, assim, a livre escolha do juiz no momento decisional. Ou seja, Alexy cria, na sua intenção em tornar “racional” o discurso prático, uma espécie de “elemento camaleônico” que não consegue superar a velha oposição entre teoria e prática: a racionalização do discurso jurídico prático baseado em valores se dá por um meio matemático de fundamentação que é a ponderação. No fundo, o que se instala é uma (nova) tentativa de aprisionar a razão prática num modelo teórico (porque matemático) de fundamentação. No fundo, como ressalta Lênio, em Alexy tem lugar uma repristinação da discricionariedade do positivismo jurídico. (OLIVEIRA, 2007, P. 159).

Logo, constata-se que, na teoria de Alexy, a técnica da ponderação legitima a decisão pelo procedimento. Já, em Dworkin, diferentemente, a decisão é legitimada pela sua coerência com conjunto de princípios presentes na comunidade. “A resposta correta não decorreria desse juízo de ponderação do juiz, mas, sim, da reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito” (STRECK, 2014, p. 249).

De fato, um dos grandes problemas do procedimento da ponderação é que, em que

pese buscar afastar a discricionariedade judicial, ela possibilita que o intérprete se sinta desvinculado ou exonerado em buscar um resultado correto na decisão judicial, que fica satisfeita com a observância do procedimento decisional (e não de seu conteúdo). Sua preocupação se torna em seguir o procedimento - e não com o resultado. A segurança e certeza da argumentação jurídica ocorre num âmbito formal (seguir a estrutura do método da ponderação), aceitando a possibilidade de diferentes respostas para a decisão judicial, abdicando, assim, de apresentar a decisão que melhor justifique o sistema jurídico vigente.

A ponderação acaba por minimizar a questão de “quem” descobrirá os princípios que estarão em conflito, ignorando que a seleção desses princípios será determinante para a ponderação. Outrossim, quando se realiza o sopesamento, a tese alexyana prevê o estabelecimento de pesos em abstrato dos princípios<sup>79</sup>, o que implica, ainda que não seja abertamente admitido, em uma hierarquização de princípios pelo intérprete (por exemplo, o direito à vida possui em abstrato peso maior que a liberdade de ação).

Sobre esse ponto, é a crítica de Lênio Streck à tese Alexyana:

“Ora, se ao fim e ao cabo, cabe o intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio (ou a regra) aplicável, a pergunta que cabe é: qual a diferença entre o “intérprete ponderador” e o “intérprete do positivismo”, que discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação? Parece-me que o positivismo, neste ponto, era mais explícito. E mais sincero. (STRECK, 2014, p. 244).

Para Alexy, a aplicação dos princípios é uma atividade de balanceamento de valores concorrentes, passíveis de tratamento metodológico e sujeitos a hierarquização, possibilitando que princípios sejam aplicados ou sacrificados conforme o grau de relevância, ensejando várias possibilidades de decisão correta à critério do aplicador, conforme aponta Menelick Carvalho Neto:

Robert Alexy, por outro lado, afirma apoiar-se em Dworkin para, no entanto, retornar a uma concepção de fórmulas metodológicas heurísticas, reduzindo os princípios a políticas, ou seja, a normas de aplicação gradual, retomando as regras como normas capazes de, por si sós, regularem a sua situação de aplicação, já que seriam aplicáveis na base do tudo ou nada, como se a distinção entre princípios e regras em Dworkin fosse simplesmente morfológica. Os direitos fundamentais que, em Dworkin, condicionam a legitimidade das políticas públicas, na teoria de Alexy, perdem precisamente essa dimensão. (CARVALHO NETO, 2007, p. 10)

Assim, ganha reforço a crítica de Lênio Streck (2014, p. 235), quando diz que a

---

<sup>79</sup> Ainda que Alexy concorde com a crítica referente a impossibilidade uma hierarquização cardinal nem ordinal de princípios, adota a possibilidade de ordenação flexível (prima facie), o que, ao fim e ao cabo, como essa ordenação influi na regra de decisão, haverá uma hierarquização de valores. (ALEXY, 2014, p. 158-163).

ponderação constitui uma repriminção, sob outra roupagem, da discricionariedade do juspositivismo. Embora inegável os avanços na tentativa de solucionar esses dilemas do pós-positivismo, a teoria de Alexy encontra sérios limites para resolver o problema da indeterminabilidade do direito e da discricionariedade judicial. Tanto é que o próprio Alexy reconhece esse fato no pós-fácio da obra *Teoria do Direitos Fundamentais*:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torna-los praticamente sem importância. **Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto o judiciário.** (ALEXY, 2008, p. 611, grifo nosso).

Razão disso, García Figueroa aponta a existência de um positivismo latente na teoria alexyana:

En cierto modo la version de Alexy vendría a retrasar el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo. Segundo el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaram los materiales normativos positivos, y en el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas” (FIGUEROA, 1999, p. 207-220)

Ademais, conforme aponta Lênio Streck, a ponderação praticada no Brasil, qual seja, aquela que o intérprete invoca a ponderação, mas não segue todas as fases do procedimentos alexyano, agrava ainda mais o problema da discricionariedade, pois tenta esconder sob o véu da racionalidade um absoluto subjetivismo do intérprete:

Malgrado essa expansão da teoria alexyana, não escapa a um olhar mais crítico a circunstância de que poucos intérpretes de Alexy efetuam os procedimentos descritos na chamada lei de colisão. A jurisprudência do STF faz constantes referências ao termo ponderação, mas é extremamente difícil dizer quando é que estamos diante de um acórdão em que realmente foram percorridas todas as fases do procedimento da ponderação. Há frequentes menções a princípios constitucionais em conflito, mas, em regra, não se encontra um voto no qual todas as fases da ponderação – estabelecidas por Alexy – tenham sido ao menos sugeridas pelos Ministros. O problema envolvendo aquilo que responde pelo nome de norma de direito fundamental atribuída pode ser apresentada, v.g., como um destes pontos esquecidos. (STRECK, 2013, p. 355)

Portanto, o apego à justificação matemático-procedimental da decisão judicial não soluciona o problema da discricionariedade judicial na aplicação de princípios. Em razão disso, no próximo tópico, será retomada a análise de como a proposta do direito como integridade, de Ronald Dworkin, propõe ser mais adequada para a aplicação judicial do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **4.3 Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto do direito como integridade**

Ante a compreensão de que o direito, e sobretudo os princípios jurídicos, são conceitos de natureza interpretativa<sup>80</sup>, torna-se mais importante e decisivo analisar o processo de construção do significado da dignidade da pessoa humana, atuando, desse modo, como uma questão propedêutica<sup>81</sup> às respostas substantivas (de conteúdo) do princípio, tendo como principal norte a busca da superação (ou mesmo a redução) da discricionariedade na sua aplicação judicial, que tanto tem contaminado a jurisprudência dos tribunais brasileiros<sup>82</sup>.

O que se põe em revelo na presente pesquisa são as atitudes e posturas que devem assumir o intérprete-julgador na aplicação judicial desse importantíssimo princípio constitucional, considerando o ideal do direito como integridade. Afinal, o ideal do direito como integridade não fornece diretamente respostas prévias para o conteúdo dos princípios, mas sim uma recomendação aos juízes para que concebam o direito como um todo coerente e justificável.

Nessa senda, como ponto de partida, reconhece-se que a positivação constitucional do referido princípio<sup>83</sup> não enseja, por si, uma definição do conteúdo do princípio, pois não estabelece os requisitos fáticos que tornam sua aplicação direta e imediata e nem tampouco prevê as consequências jurídicas que se seguem quando presente as condições para sua aplicação. Em outras palavras, o texto normativo “dignidade da pessoa humana” não delimita quais seriam essas condições fáticas aptas a provocar sua incidência e as consequências jurídicas em caso de aplicação. Além disso, é fácil perceber que a “a dignidade da pessoa humana” não é invalidada quando em conflito com outro padrão normativo, pois, como ele não possui uma consequência jurídica previamente delimitada, a sua incidência será definida mediante uma narrativa coerente do caso, que demonstre argumentativamente a sua

---

<sup>80</sup> Sobre esse ponto, vide tópico 3.3 do capítulo II.

<sup>81</sup> Os princípios jurídicos são normas que dependem de contextualização (definidos a partir de uma situação concreta), razão pela qual foge ao escopo da presente pesquisa conceituar abstratamente o princípio da dignidade da pessoa humana, fornecendo critérios métricos para seu conteúdo, até porque, tal tarefa, estaria sujeita, certamente, a diversas limitações práticas.

<sup>82</sup> Conforme estudos de casos analisados no capítulo I.

<sup>83</sup> Conforme prevê o artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira de 1988.



importância na situação concreta. Dessa forma, conforme distinções apresentadas no capítulo anterior, conclui-se que a “dignidade da pessoa humana” é norma de natureza principiológica, distinta, portanto, da categoria normativa “regra jurídica”.

Essa compreensão, por conseguinte, repercute diretamente na postura a ser adotada pelo intérprete na sua interpretação-aplicação judicial, pois, não há outra forma, salvo em caso de admissão da atuação discricionária do intérprete, de definir o princípio da dignidade humana se não for com base na argumentação jurídica. Fugir disso é tornar a dignidade da pessoa humana como se fosse uma regra, aplicando-a como seu conceito fosse autoexplicativo, o que abre a possibilidade para o subjetivismo do intérprete e incidência para as mais variadas situações jurídicas, que baliza o conceito de dignidade e de seu conteúdo, enfraquecendo, por conseguinte, a própria efetividade (força normativa) do princípio, tão prezada pelo pós-positivismo jurídico.

Por outro lado, conforme estudado em capítulo anterior, o direito não é um conceito criterial, que é próprio das chamadas teorias semânticas do direito, que pressupõem que o direito pode ser definido a partir de critérios previamente compartilhados pelas pessoas. Os teóricos semânticos adotam a postura de que no direito há apenas divergências sobre “questões de fato”, pressupondo que há um acordo entre os fundamentos do direito. Ou seja, o direito é aquilo que as instituições decidiram no passado, de modo que aplicar um princípio jurídico, como a dignidade humana, é algo simples e automatizado, pois o seu conteúdo é compartilhado pelos intérpretes.

Dworkin, conforme visto anteriormente, contesta essa visão do direito como simples questão de fato, pois verifica que o direito possui uma outra espécie de divergência não enfrentada pelo positivismo jurídico, que ele denomina de “divergência teórica”. Comprova essa situação por meio de casos judiciais concretos, os quais corroboram o entendimento de que não há, como pensam os teóricos semânticos, que exista um consenso sobre os fundamentos do direito, especialmente quando estamos diante de casos que envolvem análise de princípios, como é o da dignidade da pessoa humana. De fato, não é possível falar em “verdade” na interpretação como um dado pré-existente à compreensão, mas se trata de uma “verdade” construída dialogicamente pelo intérprete com o texto (GADAMER, 1997).

Assim, o positivismo é uma teoria do direito que não consegue explicar essa divergência teórica e, como consequência, incorrem no chamado “agulhão semântico”, pois pressupõe que a solução em casos difíceis envolve apenas uma discussão sobre significados que o texto normativo ou determinada palavra possam oferecer. E quando se está diante de palavras polissêmicas, como a dignidade da pessoa humana, resta ao intérprete-julgador

escolher, de acordo com sua livre convicção, qual dos significados ele entende correto. Por conseguinte, resta aberto a possibilidade para o chamado decisionismo judicial, dotando o mencionado de um conceito subjetivo, segundo as convicções de cada intérprete.

De outra banda, o procedimento da ponderação na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana também não é solução para o problema, uma vez que a retorna à discricionariedade judicial positivista, em razão da sua abertura a juízos valorativos na aplicação de princípios, cujo resultado (decisão correta) é validado pela observância do procedimento e não pelo seu conteúdo.

Nesse contexto, fica fácil perceber que grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileira ainda não se desvencilharam do agulhão semântico em relação à aplicação da dignidade da pessoa humana, pois concentram a discussão em buscar critérios métricos ou procedimentais para definição do princípio da dignidade da pessoa, de tal forma que a concretização do referido princípio passa a ser uma questão de escolha do intérprete dos significados previamente delimitados, como se houvesse consenso nessas definições. Nesse sentido, é a crítica de Lorena Viana:

Desta feita, não é recente a preocupação da comunidade acadêmica em colocar em pauta a discussão a respeito das possibilidades de realização judicial dos direitos fundamentais e do modo pelo qual se manifesta a conexão entre esses direitos e a dignidade da pessoa humana. Os estudos, em sua grande maioria, contudo, têm se orientado a propor critérios métricos à dignidade humana, limitando-a, por exemplo, à noção não positivada de mínimo existencial, como forma de legitimar eventual intervenção do Poder Judiciário nas hipóteses de omissão ou promoção estatal insuficiente de direitos fundamentais. (VIANA, 2015, p. 12).

Portanto, é preciso compreender que a dignidade corresponde a um conceito natureza interpretativa, de tal forma que a divergência que ocorre na sua aplicação não poder ser superada por critérios linguísticos, mas com base em argumentos buscados na comunidade de princípios. Por isso, não se revela adequado buscar definir *a priori* conteúdos para o princípio, mas de construí-lo argumentativamente, em cada caso concreto, sem perder de vista a necessidade de manter a coerência do direito como um todo.

Conforme estudo realizado no capítulo anterior, a concepção teórica do direito como integridade revela ser a mais adequada para realização de tal desiderato (atende melhor as dimensões de ajuste e substância do direito), e possibilita, ao contrário do convencionalismo e pragmatismo jurídico, atacar, com maior sucesso, a discricionariedade judicial, especialmente quando em voga normas principiológicas. A integridade rompe com a rigidez do convencionalismo, que não consegue justificar coerentemente as decisões nos chamados

“casos difíceis”, permitindo, em tais situações, a atuação discricionária do intérprete, e também com a arbitrariedade do pragmatismo, que não leva à sério as decisões políticas passadas e permite ampla margem de subjetividade do intérprete, que se vincula apenas em estabelecer o que é melhor, segundo suas próprias convicções, para o futuro da sociedade.

No direito como integridade há uma exigência de continuidade interpretativa do mesmo material interpretado anteriormente com sucesso. Ou seja, a uma conexão entre direito e história, com a temporalidade. (FERNANDES, 2009, p. 81). Destarte, esse é um importante contraponto entre a teoria de Dworkin e a discricionariedade judicial positivista, pois, conforme muito bem pontua Giuliano Fernandes (2009, p. 81), não permite “sair do direito, ir além do direito para criar uma decisão jurídica, ele [intérprete] deve buscá-la numa atividade incessante de interpretação de uma prática jurídica”.

E para que essa concepção tenha sucesso, é preciso adotar como pressuposto que o estado é um agente moral distinto dos indivíduos (estado personificado), agindo segundo um conjunto único e coerente de princípios (comunidade de princípios). Sobre esse aspecto, leciona Vera Chueri (1995, p, 123): “é necessário que o Estado ou a comunidade estejam comprometidos com os referidos princípios, assumindo uma personalidade própria que os caracterize como uma entidade distinta das pessoas que, individualmente, os integram”.

Dessa forma, a integridade tem por virtude exigir que os responsáveis busquem, na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, coerência nos princípios compartilhados pela comunidade, levando em consideração os princípios morais vigentes e as decisões políticas anteriores (legislação e precedentes judiciais), impedindo, assim, a chamada “discricionariedade forte” do intérprete. Ou seja, a aplicação judicial desse importante princípio requer uma demonstração argumentativa e justificada coerentemente com as decisões passadas:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. .... “Uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias. (DWORKIN, 2007, p. 292).

Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana não pode ser um dado previamente definido, mas construído argumentativamente na situação concreta, considerando um sistema único e coerente de justiça, equidade e devido processo legal, conforme descreve Dworkin:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 2007, p. 291)

Por isso, o direito como integridade, ao prever a sociedade como uma comunidade de princípios, exigindo uma avaliação crítica da história institucional do direito, não se coaduna com posturas axiológicas adotadas pelos tribunais na aplicação do princípio da dignidade, especialmente, quando buscam apresentar esse princípio como norma jurídica superior às demais (supraprincípio).

Registre-se que essa relação direta entre integridade e a história, não se satisfaz apenas com uma coerência às decisões do passado de forma irrefletida (apenas o conteúdo explícito). Mas de uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical, no sentido de que se deve considerar toda a gama de normas jurídicas vigentes, assim como as alterações verificadas no contexto social, econômico ou político. Nas palavras de Dworkin:

O direito como integridade, portanto começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram pretende sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (DWORKIN, 2007, p. 273-274)

Para a construção da decisão judicial à luz do direito como integridade, Dworkin apresenta a estrutura formal do processo interpretativo, que é baseado na interpretação literária, que ele denomina de interpretação construtiva<sup>84</sup>. Razão disso a interpretação de um texto normativo, requer uma atribuição de finalidade, propósito ou valor ao texto ou às

---

<sup>84</sup> Conforme análise realizada em capítulo anterior, cabe registrar que essa interpretação construtiva é desdobrada (e refinada) por Dworkin (2007, p. 83-84) em três etapas: por pré-interpretativa: identificar regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental do texto ou da prática. Aqui tem que os membros da comunidade têm que compartilhar, ao menos de forma aproximada, as mesmas hipóteses do propósito; Interpretativa: identifica uma justificativa geral para os elementos dados na etapa pré-interpretativa. Ainda que não se ajuste a todos os aspectos, mas deve possibilitar que o interprete se veja como alguma que interpreta e não como alguém que inventa; pós-interpretativa: identificar, fazendo os reajustes (reformulando), o que a prática realmente requer, para se adequar a justificativa aceita na etapa interpretativa.

tradições que serão interpretadas. Essa definição de propósitos, conforme adverte Dworkin, não é arbitrária, tendo em vista que a história, a forma de uma prática ou o objeto oferece uma coerção sobre as interpretações disponíveis. Além disso, há que considerar, nesse processo interpretativo, os “paradigmas” vigentes na comunidade, que também imporão constrangimento ao intérprete, fornecendo o conteúdo inicial (conceito) do objeto a ser interpretado. Isto é, a interpretação construtiva não pode ser desengajada, de modo que o intérprete se veja como alguém que interpreta e não como alguém que inventa.

Ademais, é central na teoria do direito como integridade, no combate à discricionariedade judicial positivista, entender o processo interpretativo como se fosse um “romance em cadeia”, exigindo uma atitude de continuidade às decisões anteriores, ainda que seja para fundamentar a alteração ou superação da interpretação passada. Assim, conforme esclarece Giuliano Fernandes (2009, p. 83), a “decisão judicial é como mais um capítulo de nossa história institucional, o juiz deve procurar escrevê-la da maneira mais coerente possível com aquela história; claro que deve estar atento aos erros do passado de modo a não os repetir.

A integridade exigirá que o intérprete atente para a necessidade de construir uma narrativa do caso concreto considerando todas as questões fáticas e jurídica existentes, apresentando uma interpretação que seja coerente com as interpretações anteriores, pois, assim, como um autor de um livro escrito na forma de um romance em cadeia, a interpretação não pode se basear em opiniões e compreensões pessoais do intérprete. Por essa razão, que MacCormick (2005, p. 188), pontua que a fidelidade ao Estado de direito exige que se evite qualquer mudança frívola no padrão decisório de um tribunal para o outro.

De igual modo, Rafael Costa enfatiza a necessidade dessa coerência interpretativa do direito:

Cada juiz deve analisar, na pureza da consciência fenomenológica, sua própria interpretação, perguntando-se se poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse todas as decisões judiciais proferidas em um dado Estado, em um dado país, ou até mesmo todas as decisões judiciais prolatadas no contexto global, consolidando uma verdadeira espiral hermenêutico-decisional e evitando que o princípio da íntima convicção seja sinônimo da subjetividade avassaladora do intérprete. É preciso testar a validade da norma geral do caso concreto em relação à sua aplicação para todos os casos semelhantes (universalização da argumentação), legitimando a decisão pela sua forma e pelo seu próprio conteúdo. (COSTA, 2016, p.708).

Registre-se que, embora as decisões anteriores constituam um forte argumento em favor da continuidade, a integridade não engessa as mudanças ou rupturas em relação aos entendimentos firmados anteriormente. O que é importante na integridade é a exigência de

uma interpretação reflexiva do passado, o que poderá ensejar, inclusive, o entendimento que a melhor interpretação será uma modificação do entendimento anterior. O que não poderá deixar de existir é a fundamentação, a qual deve demonstrar os motivos pelos quais a interpretação passada não era a melhor e, por isso, a necessidade de se reformular a interpretação pretérita.

Assim, quando da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser considerado a história institucional de sua aplicação anterior, em uma postura responsável com o passado e buscando uma coerência de princípio na comunidade personificada. Na realidade, o grande avanço da teoria da integridade é justamente romper com a ideia ainda tão presente na comunidade jurídica brasileira (conforme casos judiciais analisados no capítulo primeiro) de que a abertura semântica dos textos normativos, como é caso do da dignidade da pessoa humana, exonera o julgador de demonstrar argumentativamente a justificativa dada para sua incidência no caso concreto, utilizando-o de forma apenas retórica (*knock-down argument*).

Ademais, a defesa dessa postura, ao invés de fórmulas matemáticas de fundamentação e apego a concepções semântica do direito, conforme adotada pelo positivismo, tem a vantagem de estar mais sintonizada com princípio do estado democrático de direito, que tem por objetivo a integração do cidadão e do Estado, por meio do processo democrático, em que os indivíduos participam do debate sobre as decisões a serem adotadas pelo Estado de forma transparente. O constitucionalismo passa, então, a ser considerado em seu sentido plural, pois, conforme leciona Rosenfeld (2003): “ele [constitucionalismo] precisa levar o outro na devida conta, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade.”

Nesse sentido, discorre Rafael Costa:

No Estado de Direito, a norma a ser aplicada ao caso concreto não pode ser produto da subjetividade do julgador, mas deve obter o reconhecimento por parte da sociedade pelo convencimento racionalmente motivado de seus processos de elaboração e interpretação-aplicação. [...] Em suma, a decisão, para ser legítima, não pode depender da subjetividade do intérprete. Os sentidos não podem ser produto da vontade daquele que, embora competente, aplica a norma, desvincilhando-se da intersubjetividade e das decisões anteriores. (COSTA, 2016, p. 697-709)

Desse modo, a aplicação do princípio da dignidade humana, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, condena a postura de discricionariedade do intérprete-aplicador na definição de seu conteúdo, pois o direito e, especial, o referido princípio, não pode ser reduzido à “consciência do intérprete”. Muito pelo contrário, referido paradigma impõe que o

conteúdo da dignidade da pessoa humana seja desenvolvido argumentativamente, assentado na intersubjetividade do processo de fundamentação da decisão e na ideia de uma ordem jurídica coerente e íntegra.

Por isso, há clara ligação entre o modelo interpretativo dworkiniano com o atual paradigma do estado democrático de direito, que preza pela necessidade de construção argumentativa da importância do princípio no caso concreto, mantendo coerência com os princípios consagrados na comunidade. E mais, a virtude da integridade do direito, ao consagrar a necessidade da coerência de princípios, atua para fomentar a segurança jurídica e, conseqüentemente, atacar o juízo discricionário na aplicação da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o direito como integridade, além de romper com a discricionariedade em sentido forte na aplicação desse princípio fundamental, alinha-se com a perspectiva do estado democrático de direito, já que a atitude aberta e reflexiva do intérprete na aplicação do direito, permite que as decisões possam ser melhor controladas e submetidas ao juízo público.

#### **4.4 Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

No capítulo primeiro foram esquadrihados importantes casos judiciais decididos pelo Supremo Tribunal Federal. O prisma de análise, naquela ocasião, era revelar como é estruturado o raciocínio dos juízes da Suprema Corte na interpretação-aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. As conclusões obtidas revelaram que a interpretação tem se pautado, na maioria das vezes, por uma atuação discricionária do julgador, que não tem preocupado em construir argumentativamente o significado do princípio diante da situação concreta sob julgamento.

Agora, após examinado as teorias relacionadas à aplicação do direito, com enfoque especial a teoria do direito como integridade de Dworkin, cabe realizar uma avaliação crítica das decisões judiciais, verificando em que medida essas decisões se distanciam da referida teoria do direito, considerada, nessa pesquisa, como a concepção interpretativa do direito mais bem estruturada para fins da superação da discricionariedade judicial na aplicação dos princípios constitucionais.

Para tanto, buscar-se-á sistematizar essas conclusões sobre os casos judiciais analisados no capítulo primeiro, apontando, de modo mais claro, os principais pontos que demonstram a baixa adesão à teoria do direito como integridade na jurisdição constitucional brasileira, que tem possibilitado uma ampla discricionariedade judicial na concretização do

princípio da dignidade da pessoa humana.

(1) Primeiramente, na grande maioria das decisões analisadas, o princípio da dignidade humana é utilizado de forma retórica, caracterizada pela ausência de exposição argumentativa do seu conceito normativo.

Essa tendência é constatada, por exemplo, na ADI 1856/RJ (caso briga de galo), que julgou a inconstitucionalidade de legislação do Estado do Rio de Janeiro, que autorizava a realização de exposições e competições entre aves da espécie *gallus-gallus*. A dignidade da pessoa humana foi invocada para fundamentar inconstitucionalidade da Lei Estadual. Para melhor compreensão, vale destacar o seguinte excerto do acórdão:

Acho que a lei **ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano**. Noutras palavras, a **proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuem o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República**. [...] Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. **Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana**. (BRASIL, STF, 2011a, grifo nosso).

Dessa forma, precebe-se que não há no julgado uma exposição argumentativa sobre o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente, em que sentido o mesmo correlaciona com a proteção dos animais (“a dignidade dos animais”). Ainda que a dignidade possa ser sustentada nessa esfera ambiental, observa-se que não houve preocupação em definir a visão fisiocentrista de seu significado.

Há que se considerar, também, que o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme aponta sua evolução histórica<sup>85</sup>, remete também a ideia de autodeterminação do indivíduo, consistente na faculdade do ser humano em agir segundo seus interesses e projetos de vida. Desse modo, não houve enfrentamento das divergências interpretativas que o princípio da dignidade poderia fornecer na resolução do caso concreto.

De igual modo, no julgamento envolvendo o sigilo dos processos disciplinares contra magistrados (ADI 4638/DF)<sup>86</sup>, o princípio da dignidade é alçado, de forma abstrata, a

<sup>85</sup> Conforme análise realizada no primeiro capítulo desse trabalho.

<sup>86</sup> O referido caso analisou a contitucionalidade de regulamentação do Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 135/2011), que estabeleceu, entre outras questões, a vedação do sigilo no julgamento e aplicação de sanções aos magistrados no âmbito do processo disciplinar.



condição de princípio superior, sobrepondo, assim, à publicidade dos atos administrativos, conforme consta do voto do Ministro Luiz Fux, que, invoca, inclusive, o pensamento filosófico de Dworkin para justificar a aplicação da dignidade como norma jurídica para declaração da inconstitucionalidade da Resolução do Conselho Nacional de Justiça, que havia afastado a necessidade do sigilo no âmbito do processo disciplinar contra magistrados:

Mas se olvida, nesse particular, que esse interesse público colide com um princípio basilar da República Federativa, que é o respeito à **dignidade da pessoa humana**. Se nós temos que respeitar os homens de acusação ainda infundada, não tenho a menor dúvida de que este é um consectário do respeito a esse cânone, que é um dos fundamentos da República, que é a dignidade humana. Mas será que realmente, numa visão contemporânea, o interesse público sobrepuja todo e qualquer interesse privado? [...] Eu colhi, Senhor Presidente, em lições de Ronald Dworkin, na sua obra, numa tradução livre, "Falando sobre os Direitos de Forma Séria" - "Talking Seriously About Rights", ele afirma o seguinte: **na solução da colisão entre o interesse público e o interesse privado - e, nesse particular, ele é também repisado pelo eminente jurista Luís Roberto Barroso na sua obra Direito Constitucional Contemporâneo -, um outro parâmetro para solucionar se vale o interesse público na transparência, ou se vale a dignidade da pessoa humana, é o princípio da dignidade humana**. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima Kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, essa máxima de corte antiutilitarista, diz o professor Barroso, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. (BRASIL, STF, 2012<sup>a</sup>, grifo nosso).

Dessa forma, verifica-se, mais uma vez, o uso retórico do princípio da dignidade da pessoa humana, na forma de “absolutização”<sup>87</sup>, que permite uma prevalência abstrata sobre os outros princípios constitucionais. Não há, na decisão, uma clara e necessária justificativa sobre a superioridade hierárquica do princípio, apenas pressuposta com base no seu peso abstrato. Além disso, não restou considerado uma evidente e forte objeção ao uso do princípio no caso concreto, uma vez que confere um tratamento privilegiado ao servidor em questão, violando, assim, sem apresentação de qualquer justificativa, o direito à igualdade.

Já no caso Lei Maria da Penha (ADI 4424/DF), a dignidade humana foi utilizada para sustentar a natureza pública incondicionada da ação, argumentando-se que a exigência de representação penal da mulher vulnera sua integridade física e psíquica e, por conseguinte, viola o referido princípio constitucional:

---

<sup>87</sup> A absolutização é aqui compreendida pela aplicação do princípio dignidade da pessoa humana sem avaliar a força de outros princípios concorrentes no caso. Ou seja, se o princípio da dignidade da pessoa humana aplica-se no caso, qualquer outro princípio deve ter sua incidência afastada de forma abstrata, não exigindo qualquer ônus argumentativo.

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, **tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana.** [...] Esses dados ilustram bem um contexto no qual exigir da mulher agredida que, a fim de se dar início à ação penal, represente contra aquele que sobre ela exerce forte coação moral e domínio psicológico, **a colocando em situação de vulnerabilidade física e emocional, atenta contra a própria dignidade da pessoa humana** – valor fundante da nossa República (art. 1º, III, da Carta Política) (BRASIL, STF, 2012b, grifo nosso).

Semelhantemente aos outros casos, não há qualquer desdobramento argumentativo do conteúdo normativo do princípio, deconsiderando possíveis objeções que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana implica para resolução do caso concreto, tendo em vista que a dignidade abriga também o direito à liberdade ou autonomia do indivíduo. Assim, ainda que fosse para refutar esse ponto (a dignidade enquanto autonomia da mulher em decidir sobre a persecução penal), a integridade exige considerar todas as circunstâncias do caso concreto e as interpretações contrárias ao sentido utilizado pelos magistrados na referida ADI.

Outro julgamento a ser destacado, refere-se à ADPF 130/DF, no qual se discutiu a recepção ou não da Lei 5.250/1967 (Lei de Imprensa) pela ordem constitucional vigente. Naquele julgado, o princípio da dignidade humana foi utilizado como norma jurídica para justificar a não-recepção da referida Lei, realizando os julgadores uma associação direta entre a dignidade humana e a liberdade de imprensa. Confirma-se, nesse sentido, o seguinte trecho do acórdão:

É que a liberdade de imprensa - como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes. (BRASIL, STF, 2009).

Observa-se, contudo, que a associação da dignidade da pessoa humana à liberdade de imprensa é algo abstrato e retórico no julgado, não havendo preocupação em contextualizar o princípio da dignidade com as disposições normativas da Lei impugnada, realizando a reconstrução narrativa do caso. Com efeito, há vagueza tanto na definição do princípio, quando na sua correlação aos dispositivos legais da legislação impugnada. Tanto é que, outros

Ministros, a exemplo de Gilmar Mendes e Menezes de Direito<sup>88</sup>, contraporam-se à aplicação da dignidade no caso, pois arguíram que o princípio em questão impõe considerar, ao contrário do que restou fundamentado em outros votos, uma restrição à liberdade de imprensa.

Portanto, nos casos acima citados<sup>89</sup>, a aplicação retórica do princípio da dignidade da pessoa humana é evidente. Essa aplicação, conforme caracterizou Dworkin, associa-se à “visão semântica do direito”, tendo em vista que o princípio da dignidade é citado sem a exposição do seu significado obtido na situação concreta, como se o seu conteúdo fosse previamente compartilhado por todos. Não há, desse modo, a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana possui caráter interpretativo, conforme assinala a teoria do direito como integridade, exigindo do intérprete-julgador uma reconstrução argumentativa do seu significado à luz do caso concreto, considerando toda a história institucional (legislação e precedentes), analisando todas as possíveis interpretações (concepções) que o caso fornece na aplicação do princípio, buscando construir um significado normativo que seja coerente e íntegro no sistema jurídico brasileiro.

(2) Em outras decisões, o princípio da dignidade humana é apresentado como sinônimo de outros princípios, sem que, todavia, seja apresentado o conteúdo normativo desses princípios correlatos.

Por exemplo, no julgamento sobre as cotas raciais em instituições públicas de ensino superior (ADPF 186/DF), a dignidade da pessoa humana foi utilizada como sinônimo de outros princípios constitucionais, tais como autonomia universitária, publicidade, igualdade, razoabilidade, entre outros:

O princípio da unidade da Constituição chancela as políticas públicas de promoção racial, são ações afirmativas da intrínseca, da inata dignidade de todo ser humano, independentemente da cor de sua pele.[...] O estabelecimento do sistema de reserva de cotas, tal como se deu no caso vertente, assegurou a **aplicação dos princípios constitucionais da autonomia universitária, da igualdade, da publicidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.** (BRASIL, STF, 2012c, grifo nosso).

---

<sup>88</sup> Vide detalhamento expositivo no tópico 2.3.4 do Capítulo I da dissertação.

<sup>89</sup> A análise mais detalhada desses casos, com exposição dos argumentos utilizados pelos Ministros do STF, consta do capítulo I da dissertação. Nesse tópico, o objetivo central era recapitular os pontos centrais da decisão para a crítica acadêmica com base na teoria do direito como integridade.

Da mesma maneira, no caso do aborto de feto anencéfalo (ADPF 54/DF), o princípio da dignidade da pessoa humana foi apresentado como equivalente a outros princípios, como o direito à liberdade, à autodeterminação, ao direito de privacidade e ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. (BRASIL, STF, 2012e).

Todavia, nos casos acima destacados, não há qualquer preocupação em construir argumentativamente o conteúdo normativo do princípio da dignidade e dos outros princípios tidos como sinônimos, que foram, igualmente, aplicados de forma abstrata e retórica.

(3) Em outros casos, verifica-se que a dignidade humana é alçada, de forma abstrata, à condição de norma superior no ordenamento jurídico (hierarquização do princípio), sem demonstração argumentativa dessa pressuposta superioridade à luz das circunstâncias do caso concreto.

Além do caso envolvendo o sigilo dos processos disciplinares contra magistrados (ADI 4638/DF), já exposto anteriormente, essa situação também é claramente constatada no julgamento da ADPF 130/DF, envolvendo a Lei de Imprensa. De fato, neste julgado, a argumentação baseou-se numa supremacia da liberdade de imprensa em razão da sua umbilical ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, preponderando, inclusive, sobre os direitos de personalidade<sup>90</sup>. Isso é constatado, por exemplo, no seguinte trecho do acórdão:

---

<sup>90</sup> Conforme consta da própria do voto vencedor do Ministro relator: “O segundo parêntese é para nos possibilitar dizer que essa hierarquia axiológica, essa primazia político-filosófica das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu afasta sua categorização conceitual como "normas-princípio" (categorização tão bem exposta pelo jurista alemão Robert Alexy e pelo norte-americano Ronald Dworkin). É que nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como "mandado de otimização", pois não se cuida de realizá-las "na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. [...]Tais possibilidades não contam, simplesmente, **porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta.** Assim na esfera de atuação do Estado quanto dos indivíduos. Logo, valendo terminantemente para todas as situações da vida em concreto, pouco importando a natureza pública ou privada da relação entre partes, ambas as franquias constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de "normas-regra"; isto em consideração ao fato de que, temporalmente, e com o timbre da invariabilidade, **preferem à aplicação de outras regras constitucionais sobre direitos de personalidade.**" (BRASIL, STF, 2009, grifo nosso).

O segundo parêntese é para nos possibilitar dizer que essa hierarquia axiológica, essa primazia político-filosófica das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu afasta sua categorização conceitual como "normas-princípio" (categorização tão bem exposta pelo jurista alemão Robert Alexy e pelo norte-americano Ronald Dworkin). É que nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como "mandado de otimização", pois não se cuida de realizá-las "na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. [...]Tais possibilidades não contam, simplesmente, **porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta.** Assim na esfera de atuação do Estado quanto dos indivíduos. Logo, valendo terminantemente para todas as situações da vida em concreto, pouco importando a natureza pública ou privada da relação entre partes, ambas as franquias constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de "normas-regra"; isto em consideração ao fato de que, temporalmente, e com o timbre da invariabilidade, **preferem à aplicação de outras regras constitucionais sobre direitos de personalidade.** (BRASIL, STF, 2009, grifo nosso).

De fato, não se expõe argumentativamente a razão dessa prevalência do princípio (importância no caso concreto) sobre os outros princípios tidos como colidentes, externando, desse modo, a atuação discricionária do intérprete na escolha do conteúdo e do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, o que não se coaduna, conforme discorrido ao longo desse trabalho, com a natureza interpretativa do princípio, segundo a proposta do direito como integridade de Dworkin.

(4) Em determinadas decisões, não obstante a existência de outras possibilidades interpretativas, que deveriam ser analisadas para uma coerente definição do princípio, esse enfrentamento é relegado pelos julgadores, que fundamentam suas conclusões sem considerar as demais possibilidades narrativas do caso. Em outras palavras, observa-se uma ausência de debates entre os magistrados, com vistas a uma visão integral dos diferentes ângulos interpretativos que as divergências sobre o significado do princípio diante da situação concreta.

No caso da briga de galos (ADI 1856/RJ), já mencionado anteriormente, não há enfrentamento de uma importante objeção para o entendimento firmado no julgado, qual seja, a dignidade como autodeterminação do indivíduo, que ensejaria, nessa perspectiva, considerar a impossibilidade de intervenção estatal para proibição da atividade.

Semelhantemente, no julgado já citado, referente à ADI 4638/DF, a aplicação da dignidade, conforme voto do Ministro Luiz Fux<sup>91</sup>, contraria diretamente o direito de igualdade

---

<sup>91</sup> Nesse sentido: “[...] Mas se olvida, nesse particular, que esse interesse público colide com um princípio basilar da República Federativa, que é o respeito à dignidade da pessoa humana. Se nós temos que respeitar os homens de acusação ainda infundada, não tenho a menor dúvida de que este é um consectário do respeito a esse cânone, que é um dos fundamentos da República, que é a dignidade humana. Mas será que

de tratamento entre as pessoas, pois possibilita que uma determinada categoria profissional obtenha tratamento distinto de outras pessoas na mesma situação. Ou seja, a ideia de dignidade defendida pelo magistrado não considerou o basilar princípio da integridade, consistente na igual consideração e respeito, que exige que o Estado trate todos com uma só voz, dissociando, em muito, da visão dworkiana que é invocada, equivocadamente, pelo referido Ministro.

Outro caso que se enquadra nessa crítica é aquele referente à Lei Maria da Penha (ADI 4424/DF). Para os magistrados, de uma forma geral, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento para assentar a natureza incondicionada da ação penal, em razão da necessidade de maior proteção da mulher contra a violência física e moral, conforme é verificado, por exemplo, nos seguintes excertos dos votos de Marco Aurélio, Carmen Lúcia e Rosa Weber, respectivamente:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. (BRASIL, STF, 2012b).

Esses dados ilustram bem um contexto no qual exigir da mulher agredida que, a fim de se dar início à ação penal, represente contra aquele que sobre ela exerce forte coação moral e domínio psicológico, a colocando em situação de vulnerabilidade física e emocional, atenta contra a própria dignidade da pessoa humana – valor fundante da nossa República (art. 1º, III, da Carta Política) (BRASIL, STF 2012b).

“[...] o condicionamento da ação penal à representação da mulher constitui um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade humana feminina.” (BRASIL, STF, 2012b).

Registre-se que não obstante ter sido sucitado no acórdão a imporriedade da

---

realmente, numa visão contemporânea, o interesse público sobrepuja todo e qualquer interesse privado? [...] Eu colhi, Senhor Presidente, em lições de Ronald Dworkin, na sua obra, numa tradução livre, "Falando sobre os Direitos de Forma Séria" - "Talking Seriously About Rights", ele afirma o seguinte: na solução da colisão entre o interesse público e o interesse privado - e, nesse particular, ele é também repisado pelo eminente jurista Luís Roberto Barroso na sua obra Direito Constitucional Contemporâneo -, um outro parâmetro para solucionar se vale o interesse público na transparência, ou se vale a dignidade da pessoa humana, é o princípio da dignidade humana. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima Kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, essa máxima de corte antiutilitarista, diz o professor Barroso, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais.” (BRASIL, 2012b, grifo nosso).

digignidade para solução do caso<sup>92</sup>, não houve preocupação em debater essas divergências de sentido interpretativo de tal princípio existentes no caso concreto. Com efeito, a exclusão da representação da vítima, para a persecução penal, constitui, de certo modo, um paternalismo estatal, que não se adequa com a ideia de dignidade enquanto autodeterminação do indivíduo. Ainda que se entenda que esse não deveria ser o melhor entendimento para o caso, considerando outras questões envolvidas, o direito como integridade requer uma análise de todas as possíveis concepções interpretativas que o caso remete.

Identicamente, no caso da Lei da Ficha Limpa (ADCs n. 29/DF e 30/DF e ADI n. 4578/AC), em que discutiu a conformidade constitucional da nova hipótese de inelegibilidade baseada na condenação criminal em segunda instância, o Ministro Cezar Peluso argumentou que a solução do caso envolve a aplicação do princípio da dignidade humana, em razão de sua estreita ligação com o princípio da presunção de inocência, conferindo, assim, ao princípio da dignidade um caráter axiológico absoluto<sup>93</sup>. No entanto, não se verifica na argumentação do Ministro, em exame sobre outras normas constitucionais (a exemplo dos artigos 14, parágrafo 9º; e 37, da Constituição Federal), que embasam o princípio da moralidade no exercício dos cargos públicos, para construção do sentido empregado ao princípio da dignidade.

(5) Em outros casos, a interpretação do princípio da dignidade não levou em consideração decisões passadas, falhando com a proposta do “romance em cadeia” do direito como integridade, ainda que, conforme o caso, fosse para demonstrar a necessidade de superação da interpretação dada anteriormente.

Essa situação pode ser constatada na ADPF 130/DF, envolvendo a Lei de Imprensa, cujo julgado, conforme visto no capítulo primeiro, conferiu uma superioridade ao princípio

---

<sup>92</sup> Nesse sentido: “[...] E aí eu tenho pelo menos uma dificuldade, isto é, acho que temos de explicitar, de forma muito clara, que é a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, neste caso de processo penal, quer dizer: qual é o parâmetro de controle? Claro, **o parâmetro de controle é genérico, dignidade da pessoa humana, mas isso carece de alguma concretização**, vimos na fundamentação trazida na ADI, muito bem elaborada pelo eminente Procurador-Geral. [...] Mas quero realmente compartilhar as angústias que vão na minha alma porque, primeiro, a própria fundamentação, e é fundamental que Corte Constitucional - diferentemente do legislador -, nós temos que dizer qual é o fundamento da inconstitucionalidade. **Não pode ser um fundamento espiritual**. [...] E o texto constitucional quer um mínimo de integração, daí eu não estar, realmente, seguro de que essa fórmula que nós estamos a eleger como aquela que de fato condiz com o princípio da proteção insuficiente, como em relação à alternativa, é de fato a adequada, para dizer então que há uma inconstitucionalidade.” (BRASIL, STF 2012b, grifo nosso).

<sup>93</sup> Sobre esse ponto: “[...] Há alguma dúvida de que a previsão de inelegibilidade do réu, como consequência direta da mera pendência do processo criminal, representa ofensa à garantia constitucional destinada a resguardar a dignidade de quem não foi ainda condenado em definitivo, nem se sabe se o será? (BRASIL, STF, 2012d).

da liberdade de imprensa, segundo o pressuposto de que este princípio é desdobramento imediato do princípio da dignidade da pessoa humana: “a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta” (BRASIL, STF, 2009). Contudo, em importante decisão anterior, no caso Elwanger, objeto da ação de Habeas Corpus n. 82424/RS<sup>94</sup>, o Tribunal empregou o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento da liberdade de imprensa. Desse modo, não houve, pela Corte, uma consideração com as decisões passadas (o romance em cadeia), que é uma ideia central para a integridade do direito.

(6) Em outras decisões, há uso de argumentos consequencialistas na aplicação do princípio da dignidade da pessoa, baseado em juízos sobre as melhores consequências que a decisão irá produzir para a sociedade.

Isso é evidenciado no julgamento do caso Lei Maria da Penha (ADI 4424/DF), tendo em vista que a argumentação preponderante no julgamento baseia-se na justificativa de que a ação penal incondicionada, para os crimes cometidos contra a mulher, produzirá melhores resultados do ponto de vista da política criminal<sup>95</sup>. Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto do acórdão:

Os dados estatísticos são assombrosos relativamente a progressão nesse campo [...]Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. [...] Esses dados ilustram bem um contexto no qual exigir da mulher agredida que, a

---

<sup>94</sup> HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. [...]13. **Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos.** O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. **Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.** (BRASIL, STF, 2004, grifo nosso).

<sup>95</sup> Nesse sentido, confira-se o presente excerto do voto vencedor do Ministro Relator Marco Aurélio: “Os dados estatísticos são assombrosos relativamente a progressão nesse campo [...]Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana.”



fim de se dar início à ação penal, represente contra aquele que sobre ela exerce forte coação moral e domínio psicológico, a colocando em situação de vulnerabilidade física e emocional, atenta contra a própria dignidade da pessoa humana – valor fundante da nossa República (art. 1º, III, da Carta Política) (BRASIL, STF, 2012b).

Destarte, observa que os argumentos se aproximam de uma concepção consequencialista do direito, em razão do apelo aos juízos especulativos a respeito das consequências que a decisão irá promover.

Igualmente, no caso das células-troncos embrionárias (ADI 3510/DF) não houve clareza conceitual da dignidade da pessoa humana, cujos votos dos Ministros, em sua maior parte, empregou o princípio associado ao direito à saúde, em razão dos benefícios que poderão advir nessa área em função das pesquisas com esse tipo de célula humana, denotando, assim, um viés consequencialista da decisão, que não aborda diretamente a discussão referente à dimensão ontológica do princípio da dignidade da pessoa humana (valor intrínseco), com a utilização de argumentos de princípio e não de melhores consequências.

Portanto, após análise sistemática dos casos judiciais, denota-se se que a aplicação do princípio da dignidade humana no âmbito do Supremo Tribunal Federal tem se afastado, salvo raras exceções<sup>96</sup>, do modelo do direito como integridade. Na quase totalidade dos casos examinados, o recurso utilizado é a citação do princípio sem justificar argumentativamente as razões que levam sua aplicação no caso. Isso releva uma aplicação retórica do princípio que muito favorece a discricionariedade judicial positivista. Trata-se, conforme aponta Dworkin, da incompreensão das espécies de divergências que ocorrem no direito, pressupondo que a divergência pode ser explicada a partir de critérios semânticos. Como consequência, o referido princípio vem sendo definido de forma abstrata, como se o seu conceito fosse compartilhado por todas as pessoas, residindo a divergência em apenas escolher um critério métrico de seu conteúdo, que não precisa ser explicitado argumentativamente

Além disso, em diversos casos, a aplicação retórica é evidenciada também pelo uso do princípio da dignidade da pessoa humana como um dado sinonímico, sem que, todavia,

---

<sup>96</sup> Cabe o registro que, conforme exposto no capítulo primeiro (tópico 2.3.8), referente ao caso da união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277) o princípio da dignidade da pessoa foi construído argumentativamente pelos julgadores, afastando do peculiar método retórico de outros julgados. De fato, a maioria dos julgadores, trabalharam a dignidade na concepção de autodeterminação do indivíduo em relação a sua sexualidade, argumentado que não cabe ao Estado e as maiorias políticas impor suas preferências em um campo de ordem estritamente individual. Desse modo, referido julgado revela um feliz precedente que explora o significado do princípio da dignidade da pessoa humana na ótica de um conceito interpretativo.

seja justificado o conteúdo da dignidade humana a partir da interpretação argumentativa dos princípios tidos como correlatos, ou, ainda, quando é sustentada como princípio constitucional supremo, que precinde de qualquer demonstração explicativa do seu sentido normativo empregado no caso concreto.

Ademais, em quase todos os julgados analisados, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa é feita sem considerar todas as características relevantes que se apresentam no caso concreto, o que impede debater todas as possíveis interpretações que a narrativa do caso fornece ao julgador. Por conseguinte, a decisão adotada passa a ser uma questão de escolha pessoal do julgador, sem que consiga demonstrar que o princípio da dignidade humana é o melhor para a resolução do caso, por apresentar uma justificativa coerente em relação a todas as demais normas aplicáveis na circunstância concreta.

Desse modo, ainda não se rompeu com o velho paradigma da discricionariedade judicial assente no positivismo jurídico, cuja delimitação epistemológica pressupõe a noção de direito posto pelo Estado, segundo os procedimentos legislativos, e admite que, nos casos de incompletude do direito, o intérprete pode agir segundo suas próprias convicções. No caso de princípios, essa discricionariedade se torna ainda mais problemática, porque retratada como uma atuação em conformidade com o direito. Porém, como os princípios são veiculados em textos semanticamente abertos, a sua aplicação retórica se torna um subterfúgio para ampla atuação subjetiva do intérprete.

O direito como integridade, ao contrário das teorias semânticas, compreende o direito como uma prática interpretativa, exigindo do intérprete a construção do significado do princípio a partir da narrativa de um caso concreto, especialmente quando se tratam de cláusulas abstratas, como é a dignidade da pessoa humana. A interpretação não é um problema de significado ou de linguagem, mas de expor argumentativamente a concepção mais bem ajustada e coerente do princípio. Os intérpretes devem expor seus argumentos na sua inteireza, deixando claro os princípios e as justificativas que os embasam. Razão disso, não há espaço para uma aplicação retórica desse importante princípio constitucional, pois o intérprete está vinculado por princípios e possui responsabilidade política de apresentar em suas decisões argumentos que justifiquem adequadamente a imposição de um direito ou um dever jurídico a um indivíduo.

Carecem os julgados de uma reconstrução narrativa de todas as circunstâncias existentes no caso concreto, enfrentando todos os argumentos expostos pelas partes no processo. A decisão judicial torna-se, assim, desconectada do contexto fático e das disposições legais que tem implicações diretas na interpretação e aplicação do princípio da

dignidade da pessoa humana para resolução no caso judicial. O direito como integridade, contudo, exige que o direito seja construído a partir da narrativa do caso em debate, levando a sério a imparcialidade do magistrado, que deverá, para tanto, considerar os argumentos das partes, os precedentes e a legislação pertinente, tornando do direito íntegro e coerente, mediante um diálogo franco com a história institucional da sociedade.

Por fim, é recorrente, conforme visto em tais julgados, a ausência de harmonização na conceituação do princípio da dignidade humana. O tribunal oscila entre os fundamentos utilizados na aplicação do princípio e não busca garantir uma coerência, que permita uma maior previsibilidade de sua aplicação. Nesse aspecto, o tribunal, ainda que não expressamente revelado, aproxima-se de uma concepção consequencialista do direito. O direito como integridade, contudo, repele tal prática, pois exige respeito aos precedentes e, sobretudo, uma coerência de princípio entre as decisões judiciais, expressando abertamente as razões que determinam, no caso concreto, a continuidade ou mesmo a descontinuidade de interpretação dada no passado.

## 5 CONCLUSÃO

As análises empreendidas nessa pesquisa demonstraram que a dignidade da pessoa humana assumiu um papel central na jurisdição constitucional brasileira. Com efeito, a dignidade humana vem sendo utilizada para decidir os mais variados casos levados à apreciação do Poder Judiciário. Desde questões que envolvem proteção aos animais, como ocorreu no julgamento sobre a inconstitucionalidade da regulamentação da briga de galo na ADI 1856/RJ, até questões relacionadas ao sigilo de processos administrativos disciplinares, como no julgamento da ADI 4638/DF.

Até atingir esse atual estágio - norma jurídica dotada de plena efetividade -, a dignidade trilhou um longo caminho na história, cujo pensamento cristão e, principalmente, a filosofia iluminista, tiveram grande importância para consagração de que a dignidade humana é um valor inerente à condição de humana e, portanto, universal, contrapondo-se a visão de dignidade enquanto privilégio ou mérito pessoal. Por fim, após a Segunda Guerra Mundial, diante das reflexões proporcionadas pelo pós-positivismo, aliado ao reconhecimento em diversos tratados internacionais e na ordem jurídica interna de diversos países, a dignidade da pessoa humana se impôs como verdadeira norma jurídica, apta a gerar autonomamente direitos e responsabilidades.

Contudo, conforme constata-se na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, esse consagrado princípio positivado na Constituição brasileira vem sendo aplicado, com grande frequência, de forma discricionária pelo intérprete-juiz, no sentido de que o seu emprego ocorre com base na convicção pessoal de cada julgador, que não busca justificar argumentativamente qual é o melhor conteúdo para o princípio, considerando todas as circunstâncias (e também as divergências interpretativas) que se apresentam no caso concreto.

Em razão disso, importante se mostrou o aprofundamento teórico sobre a tese do direito como integridade de Ronald Dworkin, a fim de compreender melhor essa problemática da discricionariedade judicial e, ao mesmo tempo, lançar luzes para o seu enfrentamento. A escolha deste Autor, como referencial teórico da pesquisa, revelou-se bastante oportuna, diante da sua posição de destaque na agenda contemporânea do direito, fornecendo uma consistente teoria sobre a controvérsia jurídica, com críticas contundentes à atuação discricionária do intérprete na aplicação do direito.

Dworkin contrapôs, com bastante sucesso, aos dogmas centrais da teoria positivista. Apontou que o modelo positivista é insuficiente para explicar a prática judicial, pois o direito

é composto não apenas por regras jurídicas, mas também por princípios decorrentes da moralidade política compartilhada na comunidade, havendo, assim, impossibilidade de se estabelecer um teste formal de validade para o direito, nos moldes da norma hipotética fundamental kelseniana ou a regra de reconhecimento hartiana. Além disso, refuta, com bastante êxito, a discricionariedade judicial adotada (ou mesmo admitida) pelo positivismo jurídico nos chamados casos difíceis.

A discricionariedade positivista, conforme analisa o referido Autor, decorre, especialmente, da incompreensão da controvérsia teórica que ocorre no direito, as quais exigem um pano de fundo interpretativo-discursivo que proponha a melhor justificação do conceito empregado. Todavia, a teoria positivista trabalha a divergência teórica como se fosse uma questão semântica, pressupondo a existência de acordo quanto aos fundamentos do direito, de modo que a divergência seria apenas fruto das possibilidades de significados que o texto ou a palavra possa oferecer.

Essa visão semântica do direito é evidenciada em diversos precedentes judiciais da Suprema Corte brasileira, pois utilizam o princípio da dignidade da pessoa humana sem demonstrar argumentativamente qual é o seu conteúdo empregado, como se o seu significado fosse um dado previamente compartilhado por todos, prescindindo de um discurso interpretativo, que considere todas as circunstâncias presentes no caso concreto. Conseqüentemente, quando se está diante de princípios com estrutura normativa polissêmica, como é o caso da dignidade da pessoa humana, essa postura imbui, no intérprete-julgador, a faculdade de escolher, de acordo com sua livre convicção, qual dos significados ele entende correto, agindo, assim, com ampla discricionariedade na construção da decisão judicial, afetando diretamente o ideal de integridade do direito, já que a decisão será, ao final, um ato subjetivo do intérprete.

Esse decisionismo judicial é identificado, sobretudo, pela inexistência de construção argumentativa do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, valendo-se de uma aplicação retórica, como se o seu conteúdo fosse autoexplicativo, que não necessita de quaisquer esclarecimentos, e, ainda, sobrepondo-se a qualquer outro princípio eventualmente contraposto, em razão de uma pressuposta (mas não-demonstrada) superioridade hierárquica.

Observa-se, ainda, a inexistência, entre os magistrados, de um debate sobre as diferentes possibilidades interpretativas que o caso concreto apresenta ao intérprete-julgador, impedindo, assim, que a decisão judicial se mostre como a melhor justificativa para o conteúdo normativo do princípio, considerando todas as circunstâncias fáticas e jurídicas mais relevantes que se apresentam no julgamento.

Além disso, não há uma preocupação com a história institucional, mormente no que se refere à consideração dos precedentes judiciais da própria Corte, de tal modo que a decisão não observa o chamado “romance em cadeia” proposto por Dworkin.

Nesse contexto, verifica-se que a Suprema Corte brasileira ainda não se desvencilhou do aguilhão semântico em relação à aplicação da dignidade da pessoa humana, pois concentram a discussão em buscar critérios métricos, que são estabelecidos de forma abstrata, como se houvesse consenso nessas definições. Por conseguinte, essa postura tem contribuído para a atuação discricionária do julgador na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo sua invocação para os mais variados casos, o que gera uma banalização do seu conteúdo normativo. Além do que, essa discricionariedade produz insegurança jurídica aos jurisdicionados, já que não se busca uma coerência normativa na definição do conteúdo normativo do citado princípio.

A proposta do direito como integridade, ao contrário, adota a perspectiva do direito como uma prática interpretativa, a qual exige do intérprete a construção de uma narrativa coesa do caso concreto, considerando todas as questões fáticas e jurídicas existentes (legislação e precedentes vigentes na sociedade), apresentando uma interpretação que considere a história institucional e seja coerente com a “comum-unidade” de princípios, pois, assim, como um autor de um livro, escrito na forma de um “romance em cadeia”, a interpretação não pode se pautar pelas opiniões e compreensões pessoais do intérprete.

Dessa forma, entende-se que tal proposta teórica da integridade reduz a arbitrariedade judicial na definição do sentido da norma e garante maior segurança jurídica na aplicação judicial do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a exigência de que se considere a história institucional do princípio, buscando construir argumentativamente a concepção mais bem ajustada, considerando um sistema único e coerente de justiça, equidade e devido processo legal, atuando o Estado com uma só “voz” perante os cidadãos.

Para tanto, conforme propõe Dworkin, o intérprete-julgador deve realizar a chamada interpretação construtiva, que demanda a verificação de uma intencionalidade ou propósito ao texto normativo ou a prática social a ser interpretada, buscando, em um primeiro momento, estabelecer um consenso sobre as proposições mais genéricas do texto ou da prática interpretada (conceito), passando, em um segundo momento, a considerar as antagônicas interpretações acerca das exigências e da forma de compreender esse texto ou prática social (concepções). E, por último, em uma etapa pós-interpretativa, evidenciar quais das justificativas apresentadas e aceitas na etapa anterior melhor justificam o conceito empregado da norma jurídica.

À vista disso, a teoria do direito como integridade mostra-se adaptada à aplicação dos princípios, especialmente quando comparada as outras concepções interpretativas (convencionalismo e pragmatismo jurídico) ou, ainda, a proposta de racionalização da aplicação dos princípios por meio do método da ponderação alexyano. O convencionalismo possibilita, em contradição ao seu atrativo teórico, que nos chamados “casos difíceis”, em que não resposta convencional para solução do caso, o intérprete atue de forma discricionária. O pragmatismo tem por concepção a busca da melhor resposta para o futuro da sociedade, o que abre ampla margem para atuação subjetiva do intérprete, que não é constrangido pelas decisões políticas passadas. Já o procedimentalismo alexyano, em razão do seu apego à justificação procedimental-valorativa dos princípios, possibilita, sobre novas roupagens, o juízo discricional do intérprete na aplicação dos princípios.

O direito como integridade é uma teoria explicativa e propositiva do direito, pois compreende a nossa prática judicial ao inserir os princípios como padrões normativos obrigatórios, superando o modelo de regras do positivismo jurídico, e exige responsabilidade do julgador em apresentar e debater os argumentos que embasam a resposta dada diante de um caso concreto, levando em consideração as decisões políticas anteriores da mesma maneira que um conjunto de escritores escrevem um capítulo do romance.

A pesquisa realizada sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que os magistrados da Suprema Corte, em grande parte, desconhecem ou não levam a sério qualquer teoria apta a lidar com a aplicação dos princípios. Ainda que invoquem o método da ponderação alexyano, não adotam os pressupostos metodológicos dessa teoria do direito. Conseqüentemente, isso também contribui para um maior decisionismo judicial na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que não se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a presente pesquisa atingiu os objetivos pretendidos, uma vez que demonstrou a ocorrência da discricionariedade judicial na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e apresentou como a concepção teórica do direito como integridade compreende e propõe soluções para o enfrentamento da discricionariedade judicial.

De igual modo, houve êxito na resposta à problemática, confirmado a hipótese de que reduzida adesão pelo Supremo Tribunal Federal à teoria do direito como integridade contribui para uma atuação discricionária na definição do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a proposta teórica do direito como integridade fornece importante alicerce

no enfrentamento à discricionariedade judicial na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a sua vinculação à natureza interpretativa do princípio, que impõe ao intérprete justificar argumentativamente, por meio da interpretação construtiva do direito, qual é o melhor conteúdo para o esse importante princípio constitucional, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, a história institucional (legislação, precedentes) e, especialmente, a coerência normativa de princípios compartilhados na sociedade.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Nova York: Prometheus: 2000.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Ronald Dworkin: uma homenagem a um filósofo porco-espinho. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 289-304, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/issue/view/617>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRESOLIN, Keberson. Klaus Günther e a nova perspectiva sobre a teoria da argumentação: justificação e aplicação. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 21, n. 2, p. 338-361, maio/ago. 2016. Disponível em: <[http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/4100/pdf\\_587](http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/4100/pdf_587)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do Direito e Discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

BOLESINA, Iuri; DIAS, Felipe da Veiga. A decisão judicial mais adequada à “Constituição personificada” no atual constitucionalismo brasileiro e o paradigma da “roupa invisível” da interpretação positivista. In: CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Temas de jurisdição constitucional e cidadania: linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais**. v. 1. Brasília: IDP, 2014. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as

Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.097.042/DF.** Terceira Seção. Acórdão julgado em 24 fev. 2010. Relator: Min. Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental nos embargos de divergência no recurso especial n. 319997/SC.** Processo n. 2001/0154045-5. Primeira Seção. Acórdão julgado em 14 ago. 2002. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 86297.** Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 17 nov. 1976. Relator: Min. Thompson Flores. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82424.** Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 17 set. 2003. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1856.** Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 26 mai. 2011a. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4638.** Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 08 fev. 2012a. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424.** Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 09 fev. 2012b. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 30 abr. 2009. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 26 abr. 2012c. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 29**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 16 fev. 2012d. Relator: Min. Lux Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 30** Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 16 fev. 2012d. Relator: Min. Lux Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 16 fev. 2012d. Relator: Min. Lux Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 29 mai. 2008. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 5 mai. 2011b. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 5 mai. 2011b. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 12 abr. 2012e. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos Infringentes na Ação Penal n. 470/SC**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 13 mar. 2014. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CADEMARTORI, Luiza Valente. Os casos difíceis e a discricionariedade judicial: uma abordagem a partir das teorias de Hebert Hart e Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 1, p. 215- 28, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/396/339>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

CARVALHO NETTO, Menelick de (2007). **Entrevista**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais 65(4): 7-12. Disponível em: < [http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/2007/04/-sumario?next=20](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2007/04/-sumario?next=20)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CARBONELL, Miguel. **Nuevos tiempos para el constitucionalismo**. *in*: Miguel Carbonell (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin**. Cadernos da Escola Legislativa. Belo Horizonte, n. 3, v. 5, jan.-jun. 1997.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 88. dez. 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CHUERI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995.

COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 692-720, mai/ago. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3523>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. Princípios, Regras e Proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC (NOMOS)**, Ceará, v. 27, p. 177- 199, jul./dez. 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACCHI, Alessandra. **Breve história dos direitos humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

FAVOREU, Louis. **La constitutionnalization du droit**. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191.

FERNANDES, Giuliano. **O sentido da filosofia política**: um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre direito como integridade e poder discricionário dos juízes. 2009. 90f Dissertação (Mestrado). Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

FERNANDEZ NETO, Atahualpa. Os limites da interpretação constitucional: critérios para uma argumentação racional. In: SIMÕES, Sandro Alex de Souza; DIAS, Bárbara Lou da

Costa Veloso (Org). **Ensaio sobre direito constitucional: estudos em homenagem ao professor Orlando Bitar**. Belém: Editora CESUPA, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Regras para eficácia constitucional**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 76, 1985. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/82>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. A interpretação dos direitos fundamentais: interpretar é argumentar por meio de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 5, n. 1, mar 2007. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/download/140/151](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/download/140/151)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCÍA FIGUEROA, Alonso. **La tesis del caso especial y el positivismo jurídico**. Doxa n. 22, 1999.

GÊNESIS. In: **A Bíblia: tradução ecumênica**. São Paulo: Paulinas, 2002.

GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. Discricionariedade e arbitrariedade judicial na perspectiva positivista de Kelsen e Hart. **Revista Barbaroi**, Edição Especial n. 44, p. 69-86, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/download/7423/4726>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Critical remarks on Robert Alexy's special cases thesis. **Revista Ratio Juris**, v. 6, n. 2 July 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e Discricionariedade. **Lua Nova**, São Paulo, v. 61, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 19 nov. 2014.

KANT, Emanuel. **Metafísica dos costumes**. In: Os pensadores – Kant. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KÄSSMAYER, Karin. Apontamentos sobre a ética ambiental como fundamento do direito ambiental. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**. Curitiba, v. 1, n. 4, ano III, p. 126-148, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da argumentação judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, v. 11, n. 2, p. 265/289, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/437>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. a contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista de Direito FGV**, v. 2, n.1, p. 241-254, Jan/Jun 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/download/35224/34024>. Acesso em 15 jun. 2015.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista DireitoGV**, v. 8(2), p. 587-624, jul-dez/2012. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n2/v8n2a09.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n2/v8n2a09.pdf)>. Acesso: 07 jan. 2017.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <[http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627\\_judiciario\\_como\\_superego.pdf](http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, Fausto Silva. **A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito**. 2010. 220f. Dissertação (Mestrado). Universidade Vale do Rio Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 36.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles: princípios e regras constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis . **A dignidade da pessoa humana**. Vol I. Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, p. 43-68. Jan.-Jun. Disponível em: <[www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf](http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf)>. Acesso em: 07 jan. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**: aproximação sobre o problema da fundamentação da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 2007. 212f. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 1127-139, Out/Dez. 2009.

\_\_\_\_\_. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 48, p.187-201, 2008. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15748/10453>>. Acesso em 07 jun. 2017.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, v. 81, n. 5, p. 823-854, apr. 1972. Disponível em: <<https://www.jstor.org/journal/yalelawj>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

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

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com**. Ano 1, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/08/Neoconstitucionalismo-civilistica-com-1.-20121.pdf>> Acesso: 07 de jan. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed.** University of Michigan Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series Michigan, Paper, n. 77, mar. 2007. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Porque a discricionarietà é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.

\_\_\_\_\_. O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, n. 206, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso: 07 jan. 2017.

VIANA, Lorena Mesquita. **A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência do supremo tribunal federal: uma abordagem crítica à luz da teoria do direito como integridade de ronald dworkin.** 2015. 133f. Dissertação (Mestrado). Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2015.

VILLELA, João Baptista. Variações Impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. *In*: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos.** Brasília: STJ, 2009.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **A efetividade e a celeridade do processo civil brasileiro.** 2005, 104f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Positivismo jurídico: conceito e características centrais. **Revista Jurídica CCJ**, v. 7, n. 33, p. 127-146, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/3271/2376>>. Acesso em: 07 de jan., 2017.