



# Interesse Público

Revista Bimestral de Direito Público

Nesta edição (Destaques):

- *Affordable Care Act*
- Dignidade da pessoa humana
- Regime Diferenciado de Contratações e composição de custos
- Princípio da precaução: reflexos no processo civil
- Cargo público: transformação
- Radiodifusão
- Poder de polícia
- Adicional de remuneração: atividade penosa, insalubre ou perigosa
- Produção do direito
- *Impeachment*: efeitos da renúncia
- Competências tributárias
- Saneamento e saúde coletiva
- Princípio da insignificância: processo administrativo disciplinar
- Educação infantil no Estado do Rio Grande do Sul
- Mais: jurisprudência criteriosamente selecionada

INTERESSE PÚBLICO



 EDITORA  
**Fórum**



## O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro

Celso Antônio Bandeira de Mello

**Palavras-chave:** Normas gerais. Direito constitucional.

**1** As leis, como é cediço, soem ser gerais e abstratas. Assim, quando a Constituição confere à União competência para expedir “normas gerais”, diferentemente do que o faz no art. 21, em que lhe atribui pura e simplesmente competência para legislar sem qualquer adjetivação restritiva, a toda evidência está outorgando uma modalidade específica de competência.

Deveras, se é próprio de quaisquer leis serem gerais, ao se referir a “normas gerais”, o Texto da Lei Magna está, por certo, reportando-se a normas cuja “característica de generalidade” é peculiar em seu confronto com as demais leis. Em síntese: a expressão “norma geral” tem um significado qualificador de uma determinada compostura tipológica de lei. Nesta, em princípio, o nível de abstração é maior, a disciplina estabelecida é menos pormenorizada, prevalecendo a estatuição de coordenadas, de rumos reguladores básicos e *sem fechar espaço para ulteriores especificações, detalhamentos e acréscimos a serem feitos por leis que se revestem da “generalidade comum” ou quando menos nelas é reconhecível uma peculiaridade singularizadora em contraste com as demais.*

**2** É sabido e ressabido que a doutrina sempre sentiu dificuldades em caracterizar de modo preciso e cortante as “normas gerais”, de maneira a apartá-las nitidamente das que não possuem tal atributo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto,<sup>1</sup> em trabalho extremamente cuidadoso que Alice Gonzáles Borges, em obra de indubioso valor,<sup>2</sup> qualificou como “o mais substancial, sistematizado e profundo” a respeito do tema, arrolou as diferentes orientações que as doutrinas alienígena e nacional têm proposto na tentativa de resolver o problema. Anote-se que, em despeito das dificuldades do tema, os doutrinadores, como é óbvio, jamais deixaram de assentar que as “normas gerais” se constituem em uma categoria individuada de normas, assim como, evidentemente, jamais admitiram que as aludidas dificuldades autorizassem o uso indiscriminado das distintas competências a que respectivamente correspondem.

Independentemente das agruras (agudizadas perante os casos concretos) que ensombrecem a distinção entre elas, não se questiona que há também certas áreas de claridade total, isto é, existem algumas concordâncias generalizadas e até intuitivas quando se trata de apartar umas de outras.

Ninguém duvida que são normas gerais as que estabelecem diretrizes, que firmam princípios, que modelam apenas o suficiente para identificar a tipicidade de um instituto jurídico ou de um objeto legislado, conferindo-lhe um tratamento apenas delineador da compostura de seu regime, sem entrar em particularidades, minúcias ou especificações peculiarizadoras. Deveras, tanto é claro que a mera fixação de um perfil normativo lato responde a uma norma geral quanto é claro que qualquer especialização regulatória includente de situações particulares em princípio refoge ao caráter de norma geral. A consideração casuística, o tratamento individualizador, a nomeação personalizadora, constituem-se na antítese da norma geral.

**3** No aludido estudo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, este qualificado publicista fez o que chamou de tabulação das diversas colocações doutrinárias ali colacionadas, inclusivas do pensamento de Bülher, Maunz, Matz, Burdeau, Claudio Pacheco, Pontes de Miranda, Alcino Pinto

Falcão, Carvalho Pinto, Geraldo Ataliba, Souto Mayor Borges, Paulo de Barros Carvalho, Marco Aurélio Grecco, Adilson Dallari, José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho e, ao cabo de tudo, como fruto de suas análises e meditações formulou o seguinte conceito de normas gerais, dizendo:

Chegamos, assim, em síntese, a que normas gerais são declarações *principiológicas* que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, *restrita ao estabelecimento de diretrizes* nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-membros na feitura das suas respectivas legislações através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.<sup>3</sup> (os grifos não são do autor)

**4** A nosso ver, todavia, embora em descompasso com a doutrina universal, estamos em que, salvo se for reconhecido que a sobredita formulação comporta um sentido expandido, será preciso flexibilizar-lhe o entendimento para conferir à expressão "normas gerais", *no direito brasileiro perante os casos de competência concorrente*, um sentido bem mais abrangente do que normalmente em linha teórica se lhe dá.

Deveras, para fundamentar uma inteligência ampliadora cumpre encarecer que a primeira noção de normas gerais, *sic et simpliciter* até aqui expendida, carece de suplementações, de aportes, em face do direito positivo brasileiro, ao menos a título de esclarecimento, pois, como quaisquer noções jurídicas, ela deve ser caracterizada com atenção às especificidades do sistema jurídico em que esteja inserida. Assim, *na hipótese de competências concorrentes*, as normas gerais necessitariam ser compreendidas ao lume do modelo de discriminação constitucional de competências tal como formulado em nosso direito, tendo-se a cautela de evitar interpretações que possam conduzir a soluções francamente inadmissíveis, ainda quando pareçam obsequiosas à dicção literal do art. 24, §1º, da Lei Maior.

**5** A Constituição Federal, em seu art. 24 e parágrafos, dispõe que:

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
- II – orçamento;
- III – juntas comerciais;
- IV – custas dos serviços forenses;
- V – produção e consumo;

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX – educação, cultura, ensino e desporto;

X – criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI – procedimentos em matéria processual;

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII – assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV – proteção à infância e à juventude;

XVI – organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Tendo em vista estas distintas hipóteses de legislação concorrente, nas quais a competência da União está, pois, cifrada à expedição de normas gerais, *mas em atenção à índole dos objetos legísláveis referidos em algumas delas*, convém dilargar o sentido mais corrente atribuído pela doutrina à expressão “normas gerais”. Se é certo que descaberia adotar uma acepção tão desatada que, além de contrariar-lhe o usual sentido linguístico, eliminasse, em termos práticos, um *discrímen* que a Constituição explicitamente quis fazer e fez entre este tipo de normas e as demais normas legais, *deve-se, entretanto, evitar uma compreensão dela que abique em resultados chocantemente inconvenientes*.

Com efeito, trata-se aqui de atender à incontendível lição do maior de nossos mestres de exegese, o eminente ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Maximiliano, segundo quem:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 166, n. 179)

**6** Então, para preveni-los, cumpre reconhecer como incluído no campo das normas gerais a fixação, pela União, de padrões mínimos de defesa do interesse público concernente àquelas matérias em que tais padrões deveriam estar assegurados em todo o País, *sob pena de ditos interesses ficarem à míngua de proteção*. É que este malefício evidentemente poderia ocorrer, seja por inércia de certos Estados, seja em determinados casos mais específicos, por carecerem alguns deles de preparo ou informação técnica suficientes para o reconhecimento e definição dos ditos padrões mínimos indispensáveis ao resguardo do interesse público quando envolvida matéria técnica.

Pense-se, por exemplo, se a União, obstada pelo fato de estarem em causa temas arrolados no art. 24 (incisos IX e XII e VI), em que a competência nacional é restrita a normas gerais, não pudesse impor certas disposições concernentes à saúde (qualificação ou reconhecimento de medicamentos inaptos ou prejudiciais) ou à educação (currículo mínimo das escolas) ou mesmo controle do meio ambiente e poluição (qualificação de certas substâncias químicas como prejudiciais ao entorno) embora tais questões sejam bem mais específicas do que mera enunciação de princípios. Por sem dúvida, se adotada intelecção que limitasse a competência da União à simples enunciação de princípios, os riscos para a salvaguarda de interesses capitais seriam evidentiíssimos, prescindindo mesmo de qualquer esforço demonstrativo.

Dessarte, de fora parte diretrizes, princípios e delineamentos genéricos, a União estaria autorizada também a qualificar, em casos de símile compostura, um patamar, um piso defensivo do interesse público que as legislações estadual e distrital não poderiam desatender. Porém, acima daquele piso e obviamente respeitados os princípios e diretrizes pertinentes, Estados e Distrito Federal legislariam livremente sobre as matérias da legislação concorrente. Isto é, poderiam neste campo sempre *estabelecer exigências defensivas do interesse público, ainda mais enérgicas, mais intensas ou mais extensas do que as fixadas pela União*; o que não poderiam seria rebaixá-las porque, aí sim, estariam contrariando normas gerais, é dizer, normas instituídas para caracterizar o patamar mínimo imposto para defesa do interesse público atinente àquele objeto legislado.

**7** Além deste entendimento — ora alvitado e que, a toda evidência ultrapassam tanto a literalidade da expressão “normas gerais”, quanto aparentemente as posições doutrinárias correntes — é óbvio que não se pode avançar.

Fazê-lo implicaria admitir que a União, justamente ao contrário do espírito presidente do art. 24, §1º, pudesse invadir e angustiar o espaço competencial dos Estados (e do Distrito Federal), expandindo a própria competência em detrimento daquela que legitimamente assistiria a unidades da Federação. É claro que para se chegar a isto seria necessário violentar clara e ilimitadamente tanto o modelo constitucional de discriminação de competências, quanto arrubar definitiva e exorbitantemente as comportas significantes da expressão linguística “normas gerais”. Sem embargo, o dever de manter fidelidade ao comando constitucional não poderia ir ao ponto de desembocar em intelecção capaz de sacrificar valores fundamentais, pois, como é claro a todas as

luzes, este não terá sido o propósito residente na Constituição.

Se é certo que a interpretação alvitrada continuaria a se ressentir de uma delimitação precisa de seus confins, fato que não pode deixar de ser reconhecido, também é certo que, no direito, tal ocorrência é literalmente inevitável, justamente porque ele trata com elementos da realidade caracterizáveis por certa fluidez inerente aos produtos culturais expressivos de concepções residentes no âmbito das ideias abstratas.

<sup>1</sup> Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

<sup>2</sup> *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 159.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar./abr. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72616>>. Acesso em: 11 dez. 2013.



# A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação<sup>1</sup>

Luís Roberto Barroso

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Direito constitucional contemporâneo. Natureza jurídica.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – **3** Natureza jurídica, conteúdo mínimo e critérios de aplicação – **4** Conclusão

## 1 Introdução<sup>2</sup>

O Sr. Wackeneim, na França, queria tomar parte em um espetáculo conhecido como arremesso de anão, no qual frequentadores de uma casa noturna deveriam atirá-lo à maior distância possível. A Sra. Evans, no Reino Unido, após perder os ovários, queria poder implantar em seu útero os embriões fecundados com seus óvulos e o sêmen do ex-marido, de quem se divorciara. A família da Sra. Englaro, na Itália, queria suspender os procedimentos médicos e deixá-la morrer em paz, após dezessete anos em estado vegetativo. O Sr. Ellwanger, no Brasil, gostaria de continuar a publicar textos negando a ocorrência do Holocausto. O Sr. Lawrence, nos Estados Unidos, desejava poder manter relações homoafetivas com seu parceiro, sem ser considerado um criminoso. A Sra. Lais, na Colômbia, gostaria de ver reconhecido o direito de exercer sua atividade de trabalhadora do sexo, também referida como prostituição. O Sr. Gründgens, na Alemanha, pretendia impedir a republicação de um livro que era baseado na vida de seu pai e que considerava ofensivo à sua honra. O jovem Perruche, na França, representado por seus pais, queria receber uma indenização pelo fato de ter nascido, isto é, por não ter sido abortado, tendo em vista que um erro de diagnóstico deixou de prever o risco grave de lesão física e mental de que veio a ser acometido. A Sra. Gootboom, na África do Sul, em situação de grande privação, postulava do Poder Público um abrigo para si e para sua família. Todos esses exemplos reais, envolvendo situações aparentemente distantes, guardam entre si um elemento comum: a necessidade de se fixar o sentido e alcance da dignidade humana, como elemento argumentativo necessário à produção da solução justa.

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza — antes agrava — as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do Holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial *post mortem*, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa.

O presente estudo procura realizar quatro propósitos principais. O primeiro deles é o de registrar a

importância que a dignidade da pessoa humana assumiu no direito contemporâneo, no plano doméstico, internacional e no discurso transnacional. Trata-se de um conceito que tem viajado entre países e continentes e que, por isso mesmo, precisa de uma elaboração apta a dar alguma uniformidade à sua utilização. O segundo propósito é o de precisar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, como pressuposto da determinação do seu modo de aplicação. Direito fundamental, valor absoluto ou princípio jurídico são algumas das qualificações feitas em diferentes países, tendo por consequência embaraços teóricos e práticos. O terceiro objetivo visado é o de definir conteúdos mínimos para a dignidade humana, como premissa indispensável para libertá-la do estigma de uma ideia vaga e inconsistente, capaz de legitimar soluções contraditórias para problemas complexos. E, por fim, determinada sua natureza jurídica e definidos seus conteúdos mínimos, o quarto objetivo é o de estabelecer critérios para sua aplicação, de modo a permitir que ela sirva para estruturar o raciocínio jurídico no processo decisório, bem como para ajudar a executar ponderações e escolhas fundamentadas, quando necessário.

A meta deste estudo é tornar a dignidade da pessoa humana um conceito mais objetivo, claro e operacional. Dessa forma, ela poderá passar a ser um elemento argumentativo relevante — e não mero ornamento retórico — na atuação de advogados públicos e privados, membros do Ministério Público e, sobretudo, de juízes e tribunais, que nela poderão encontrar uma ferramenta valiosa na busca da melhor interpretação jurídica e da realização mais adequada da justiça. Um projeto ambicioso e de risco, para o qual peço a indulgência do leitor.

## **2 A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**

### **2.1 Origem e evolução**

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem *religiosa*, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a *filosofia*, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo *político*, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.

### **2.2 A dignidade da pessoa humana no direito comparado e no discurso transnacional**

A despeito de sua relativa proeminência na história das ideias, foi somente no final da segunda década do século XX que a dignidade humana passou a figurar em documentos jurídicos, a começar pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919).<sup>3</sup> Antes de viver sua apoteose como símbolo humanista, esteve presente em textos com pouco *pedigree* democrático,



como o Projeto de Constituição do Marechal Pétain (1940), na França, durante o período de colaboração com os nazistas,<sup>4</sup> e em Lei Constitucional decretada por Francisco Franco (1945), durante a longa ditadura espanhola.<sup>5</sup> Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais, como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e inúmeros outros tratados e pactos internacionais, passando a desempenhar um papel central no discurso sobre direitos humanos. Mais recentemente, recebeu especial destaque na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000, e no Projeto de Constituição Europeia, de 2004.

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, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras — ou em seu preâmbulo, como a do Canadá. E mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos<sup>6</sup> e França,<sup>7</sup> a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa, em decisões importantes. A partir daí, as cortes constitucionais de diferentes países iniciaram um diálogo transnacional, pelo qual se valem de precedentes e argumentos utilizados pelas outras cortes, compartilhando um sentido comum para a dignidade. Trata-se de uma integração em que os atores nacionais, internacionais e estrangeiros se somam.<sup>8</sup>

No plano do direito comparado, merece destaque, em primeiro lugar, a atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, cujas decisões são citadas em diferentes jurisdições. Na prática da Corte, a dignidade humana sempre esteve no centro das discussões de inúmeros casos como, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da descriminalização do aborto (Aborto I),<sup>9</sup> a flexibilização dessa mesma decisão (Aborto II),<sup>10</sup> a proibição de derrubada de aviões sequestrados por terroristas<sup>11</sup> e a vedação do uso de diário pessoal como meio de prova,<sup>12</sup> dentre muitos outros. A jurisprudência alemã na matéria é abundante. Também nos Estados Unidos, embora com menor intensidade, diluída em outros fundamentos e sob intensa polêmica,<sup>13</sup> a dignidade humana vem sendo crescentemente utilizada na argumentação jurídica dos tribunais.<sup>14</sup> Em decisão mais antiga, envolvendo a constitucionalidade da pena de morte, a Suprema Corte decidiu que os objetivos sociais de retribuição e prevenção superavam as preocupações com a dignidade.<sup>15</sup> Todavia, considerou violadora da dignidade humana a execução de deficientes mentais<sup>16</sup> e de menores de dezessete anos.<sup>17</sup> Em tema de interrupção da gestação, houve referência expressa na decisão que reafirmou, com reservas, o direito da mulher ao aborto.<sup>18</sup> No julgado que deu maior ênfase à dignidade humana, a Corte considerou inconstitucional a criminalização de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo.<sup>19</sup>

Pelo mundo afora, cortes constitucionais e internacionais têm apreciado casos de grande complexidade moral envolvendo o sentido e o alcance da dignidade da pessoa humana. Na França, além do célebre caso do arremesso de anão, que será comentado adiante, outras decisões

suscitaram acirrada controvérsia. No *affaire* Perruche, a Corte de Cassação, em decisão duramente criticada, reconheceu o “direito de não nascer”, ao assegurar a uma criança, representada por seus pais, uma indenização pelo fato de ter nascido cega, surda e com transtorno mental severo. Um erro de diagnóstico no teste de rubéola realizado na mãe deixou de detectar o risco de anomalia fetal grave, impedindo-a de interromper voluntariamente a gestação, como era de seu desejo declarado caso o problema fosse detectado no exame pré-natal.<sup>20</sup> Em outro caso que ganhou notoriedade, Corinne Parpalaix viu reconhecido o seu direito de proceder à inseminação artificial com o esperma de seu falecido marido, que o havia depositado em um banco de sêmen antes de se submeter a uma cirurgia de alto risco.<sup>21</sup>

Outra questão interessante, envolvendo inseminação artificial, foi julgada no Reino Unido. Natalie Evans, antes de ter seus ovários retirados em razão de um tumor, colheu óvulos e teve-os fecundados em laboratório com o sêmen de seu parceiro, Howard Johnson. Os embriões congelados permaneceram em uma clínica especializada. Após o rompimento da relação conjugal, a mulher desejou implantar em seu útero os embriões armazenados, ao que se opôs o antigo parceiro. Diante disso, a clínica recusou-se a fornecer o material, saindo-se vencedora na demanda que lhe foi proposta.<sup>22</sup> No Canadá, em meio ao complexo debate acerca da descriminalização de drogas leves, a Suprema Corte rejeitou a tese de que o uso de maconha constituiria a escolha de um estilo de vida, alegando que a proibição protegia grupos vulneráveis, incluindo adolescentes e mulheres grávidas.<sup>23</sup> A mesma Corte considerou legítima a proibição de comunicação para fins de prostituição,<sup>24</sup> a exemplo da Suprema Corte da África do Sul.<sup>25</sup> Em sentido diverso pronunciou-se a Corte Constitucional da Colômbia, como se comenta mais à frente. A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que o Reino Unido violou o direito de uma mulher transexual ao negar reconhecimento legal a sua operação de mudança de sexo.<sup>26</sup> Há julgados nos mais distintos países, incluindo Espanha, Israel, Argentina e muitos outros. No entanto, as decisões referidas já são suficientemente representativas e não é o caso de se proceder a um levantamento exaustivo. O último registro relevante a fazer é que muitas decisões se referem a julgados de tribunais de outros países, dando uma dimensão verdadeiramente transnacional ao discurso da dignidade humana.<sup>27</sup>

### **2.3 Críticas à utilização da dignidade da pessoa humana no Direito**

Como intuitivo, a noção de dignidade humana varia no tempo e no espaço, sofrendo o impacto da história e da cultura de cada povo, bem como de circunstâncias políticas e ideológicas. Em razão da plasticidade e da ambiguidade do discurso da dignidade, muitos autores já sustentaram a *inutilidade* do conceito,<sup>28</sup> referido como ilusório e retórico.<sup>29</sup> Outros estudiosos apontam os riscos de utilização da dignidade em nome de uma moral religiosa<sup>30</sup> ou paternalista.<sup>31</sup> Nos Estados Unidos, já foi criticada como sendo manifestação de um constitucionalismo de valores, comunitarista e com aspectos socialistas, sobretudo por admitir direitos sociais, que geram prestações positivas, como trabalho, planos de saúde ou meio ambiente saudável. Tal tradição europeia, alega-se, seria incompatível com o constitucionalismo americano, fundado na liberdade individual e na proteção dos direitos.<sup>32</sup> As críticas são relevantes e merecem ser enfrentadas com seriedade científica. Na sequência deste trabalho, procura-se demonstrar, com exemplos onde

cabível, que o conceito é valioso e, em certos casos, necessário; que é possível dar à dignidade um sentido não religioso e harmonioso com a autonomia individual; e que tal sentido é não apenas compatível mas, em certa medida, indispensável à argumentação jurídica em qualquer democracia constitucional.

### 3 Natureza jurídica, conteúdo mínimo e critérios de aplicação

#### 3.1 Natureza jurídica da dignidade humana

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um *valor*, que é conceito axiológico,<sup>33</sup> ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade.<sup>34</sup> É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.<sup>35 36</sup> Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico — expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental,<sup>37</sup> ganha também *status* de *princípio jurídico*.<sup>38</sup>

Em sua trajetória rumo ao Direito, a dignidade beneficiou-se do advento de uma cultura jurídica pós-positivista. A locução identifica a reaproximação entre o Direito e a ética, tornando o ordenamento jurídico permeável aos valores morais.<sup>39</sup> Ao longo do tempo, consolidou-se a convicção de que nos *casos difíceis*, para os quais não há resposta pré-pronta no Direito posto, a construção da solução constitucionalmente adequada precisa recorrer a elementos extrajurídicos, como a filosofia moral e a filosofia política.<sup>40</sup> E, dentre eles, avulta em importância a dignidade humana. Portanto, antes mesmo de ingressar no universo jurídico, positivada em textos normativos ou consagrada pela jurisprudência,<sup>41</sup> a dignidade já desempenhava papel relevante, vista como valor pré e extrajurídico,<sup>42</sup> capaz de influenciar o processo interpretativo. É fora de dúvida, todavia, que sua materialização em documentos constitucionais e internacionais sacramentou o processo de juridicização da dignidade, afastando o argumento de que o Judiciário estaria criando normas sem legitimidade democrática para tanto.<sup>43</sup>

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema.<sup>44</sup> Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Não é o caso de se aprofundar o debate acerca da distinção qualitativa entre princípios e regras. Adota-se aqui a elaboração teórica que se tornou dominante em diferentes países, inclusive no Brasil.<sup>45</sup> Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto.<sup>46</sup> São



eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente.<sup>47</sup> Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação<sup>48</sup> e à proporcionalidade,<sup>49</sup> e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos.

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos. Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante extração de uma regra concreta de seu enunciado abstrato, mas também mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia. Além disso, seu papel no sistema jurídico difere do das regras, na medida em que eles se irradiam por outras normas, condicionando seu sentido e alcance. Para fins didáticos, é possível sistematizar as modalidades de eficácia dos princípios em geral, e da dignidade da pessoa humana em particular, em três grandes categorias: direta, interpretativa e negativa.

Pela eficácia *direta*, um princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra. Embora tenha por traço característico a vagueza, todo princípio terá um núcleo, do qual se poderá extrair um comando concreto.<sup>50</sup> Para citar dois exemplos na jurisprudência do STF dos últimos anos: do princípio da moralidade (e da impessoalidade), a Corte extraiu a regra da vedação do nepotismo,<sup>51</sup> do princípio democrático, deduziu que o parlamentar que mude de partido após o pleito perde o cargo.<sup>52</sup> Do princípio da dignidade humana, em acepção compartilhada em diferentes partes do mundo, retiram-se regras específicas e objetivas, como as que vedam a tortura, o trabalho escravo ou as penas cruéis. Em muitos sistemas, inclusive o brasileiro, há normas expressas interditando tais condutas, o que significa que o princípio da dignidade humana foi densificado pelo constituinte ou pelo legislador. Nesses casos, como intuitivo, o intérprete aplicará a regra específica, sem necessidade de recondução ao valor ou princípio mais elevado. Mas, por exemplo, à falta de uma norma específica que discipline a revista íntima em presídio, será possível extrair da dignidade humana a exigência de que mulheres não sejam revistas por agentes penitenciários masculinos.

A eficácia *interpretativa* dos princípios constitucionais significa que os valores e fins neles abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. A dignidade, assim, será critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação. Por exemplo: o mínimo existencial desfruta de precedência *prima facie* diante de outros interesses;<sup>53</sup> algemas devem ser utilizadas apenas em situações que envolvam risco, e não abusivamente;<sup>54</sup> a liberdade de expressão, como regra, não deve ser cerceada previamente.<sup>55</sup> Merece registro, nesse tópico, o papel *integrativo* desempenhado pelos princípios constitucionais, que permite à dignidade ser fonte de direitos não enumerados e critério de preenchimento de lacunas normativas. Como o direito de privacidade ou a liberdade de orientação sexual, onde não tenham previsão expressa.<sup>56</sup> No Brasil, direta ou indiretamente, a dignidade esteve subjacente a inúmeras decisões "criativas", em temas como fornecimento gratuito de medicamentos fora das hipóteses previstas na normatização própria,<sup>57</sup> não compulsoriedade do exame de DNA em investigação de paternidade,<sup>58</sup> bem como em hipóteses de redesignação sexual.<sup>59</sup>

A eficácia *negativa*, por fim, implica na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico

que seja incompatível com o princípio constitucional em questão. Dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade do ato, seja em ação direta ou em controle incidental. Por vezes, um princípio constitucional pode apenas paralisar a incidência da norma em uma situação específica, porque naquela hipótese concreta se produziria uma consequência inaceitável pela Constituição.<sup>60</sup> Pois bem: a dignidade da pessoa humana foi um dos fundamentos para a mudança jurisprudencial do STF em tema de prisão por dívida, passando-se a considerar ilegítima sua aplicação no caso do depositário infiel.<sup>61</sup> Foi ela, igualmente, um dos argumentos centrais pelos quais se negou aplicação, em inúmeros precedentes, a dispositivo da Lei de Entorpecentes que proibia, peremptoriamente, a liberdade provisória.<sup>62</sup> Não apenas atos estatais, mas também condutas privadas podem ser consideradas violadoras da dignidade humana e, conseqüentemente, ilícitas. Em uma das raras ocasiões em que se dispôs a limitar a liberdade de expressão, o STF considerou ilegítima a manifestação de ódio racial e religioso.<sup>63</sup>

Três observações finais relevantes. A primeira: a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles.<sup>64</sup> Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais.<sup>65</sup> Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais, como se explorará mais adiante. Em segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto.<sup>66</sup> É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios,<sup>67</sup> mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado anteriormente, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas.<sup>68</sup>

## **3.2 Conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana**

### **3.2.1 Nota preliminar – A influência do pensamento kantiano<sup>69</sup>**

Immanuel Kant (1724-1804) foi um dos mais influentes filósofos do Iluminismo e seu pensamento se irradiou pelos séculos subseqüentes,<sup>70</sup> sendo ainda hoje referência central na filosofia moral e jurídica, inclusive e especialmente na temática da dignidade humana.<sup>71</sup> A filosofia kantiana foi integralmente construída sobre as noções de razão e de dever, e sobre a capacidade do indivíduo de dominar suas paixões e de identificar, dentro de si, a conduta correta a ser seguida.<sup>72</sup> Sem embargo de sua influência dominante, tal visão sofreu a crítica de contemporâneos e de pósteros, que apontavam ora para os limites da razão — em contraste com os sentimentos, as emoções e os desejos<sup>73</sup> — ora para o papel desempenhado pela comunidade em que o indivíduo está inserido na determinação de seus valores éticos.<sup>74</sup> É certo que não se deve subestimar o poder da razão e a capacidade de o indivíduo se orientar por uma racionalidade prática. Mas não existe uma razão plenamente objetiva, livre da subjetividade e dos diferentes pontos de observação. Ademais, a vontade e a conduta das pessoas são indissociáveis de múltiplos aspectos da condição humana, tanto os da afetividade e da solidariedade quanto os que estão ligados às ambições de poder e

riqueza.

Sem prejuízo do registro feito anteriormente, as formulações de Kant acerca de temas como imperativo categórico, autonomia e dignidade continuam a ser ponto obrigatório de passagem no debate da matéria. Aliás, curiosamente, algumas das ideias do grande filósofo desprenderam-se do sistema de pensamento kantiano e adquiriram significado próprio, por vezes contrastantes com as visões do seu formulador.<sup>75</sup> Confirma-se uma síntese sumária — e arriscada, naturalmente — de seus conceitos essenciais. A Física expressa as leis da natureza e descreve as coisas tal como acontecem. A Ética, por sua vez, tem por objeto a vontade do homem, e prescreve leis destinadas a reger condutas.<sup>76</sup> Essas leis exprimem um dever-ser, um imperativo, que pode ser hipotético ou categórico.<sup>77</sup> O *imperativo categórico*, que diz respeito a condutas necessárias e boas em si mesmas — independentemente do resultado que venham a produzir —, pode ser assim enunciado: *age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que a inspira e move) possa se transformar em uma lei universal*.<sup>78</sup> Em lugar de apresentar um catálogo de virtudes específicas, uma lista do que fazer e do que não fazer, Kant concebeu uma fórmula, uma *forma* de determinar a ação ética.<sup>79</sup>

Os dois outros conceitos imprescindíveis são os de autonomia e dignidade. A *autonomia* expressa a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. Note-se bem, aqui, todavia, a singularidade da filosofia kantiana: a lei referida não é uma imposição externa (heterônoma), mas a que cada indivíduo dá a si mesmo. O indivíduo é compreendido como um ser moral, no qual o dever deve suplantar os instintos e os interesses. A moralidade, a conduta ética consiste em não se afastar do imperativo categórico, isto é, não praticar ações senão de acordo com uma máxima que possa desejar seja uma lei universal.<sup>80</sup> A *dignidade*, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia.<sup>81</sup> Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico — no “reino dos fins”, como escreveu —, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem *dignidade*.<sup>82</sup> Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, é possível formular outra enunciação do imperativo categórico: *toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia*.<sup>83</sup>

O tratamento contemporâneo da dignidade da pessoa humana incorporou e refinou boa parte das ideias expostas acima que, condensadas em uma única proposição, podem ser assim enunciadas: a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.

### 3.2.2 Plasticidade e universalidade

Atores jurídicos, sobretudo na tradição romano-germânica, são ávidos por definições abrangentes e detalhadas. Tal ambição, todavia, no que diz respeito à dignidade humana, é impossível de se



realizar. A dignidade deve ser pensada como um conceito aberto, plástico, plural. Revivificada no mundo do segundo pós-guerra, foi ela a ideia unificadora da reação contra o nazismo e tudo o que ele representava. Pouco a pouco, consolidou-se o consenso de ser ela o grande fundamento dos direitos humanos,<sup>84</sup> ideia-símbolo do valor inerente da pessoa humana e da igualdade de todos, inclusive de homens e mulheres.<sup>85</sup> A verdade, porém, para bem e para mal, é que a dignidade humana, no mundo contemporâneo, passou a ser invocada em cenários distintos e complexos, que vão da bioética à proteção do meio ambiente, passando pela liberdade sexual, de trabalho e de expressão. Além disso, a pretensão de produzir um conceito transnacional de dignidade precisa lidar com circunstâncias históricas, religiosas e políticas de diferentes países, dificultando a construção de uma concepção unitária.

Nada obstante, na medida em que a dignidade humana se tornou uma categoria jurídica, é preciso dotá-la de conteúdos mínimos, que deem unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação. Do contrário, ela se transformaria em uma embalagem para qualquer produto, um mero artifício retórico, sujeito a manipulações diversas. A primeira tarefa que se impõe é afastá-la de doutrinas abrangentes,<sup>86</sup> totalizadoras, que expressem uma visão unitária do mundo, como as religiões ou as ideologias cerradas. A perdição da ideia de dignidade seria sua utilização para legitimar posições moralistas ou perfeccionistas, com sua intolerância e seu autoritarismo. Como consequência, na determinação dos conteúdos mínimos da dignidade, deve-se fazer uma opção, em primeiro lugar, pela *laicidade*. O foco, portanto, não pode ser uma visão judaica, cristã, muçulmana, hindu ou confucionista. Salvo, naturalmente, quanto aos pontos em que todas as grandes religiões compartilhem valores comuns.<sup>87</sup>

Em segundo lugar, a dignidade deve ser delineada com o máximo de *neutralidade política* possível, com elementos que possam ser compartilhados por liberais, conservadores ou socialistas.<sup>88</sup> Por certo, é importante, em relação a múltiplas implicações da dignidade, a existência de um regime democrático. Por fim, o ideal é que esses conteúdos básicos da dignidade sejam *universalizáveis*, multiculturais, de modo a poderem ser compartilhados e desejados por toda a família humana. Aqui, será inevitável algum grau de ambição civilizatória, para reformar práticas e costumes de violência, opressão sexual e tirania. Conquistas a serem feitas, naturalmente, no plano das ideias e do espírito, com paciência e perseverança. Sem o envio de tropas.

Para tais propósitos — definir conteúdos laicos, politicamente neutros e universalizáveis —, há um manancial de documentos internacionais que podem servir de base, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Note-se o emprego do termo *universal*, e não internacional. Trata-se de documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, por 48 votos a zero, com oito abstenções. Nela se condensa o que passou a ser considerado como o mínimo ético a ser assegurado para a preservação da dignidade humana.<sup>89</sup> Seu conteúdo foi densificado em outros atos internacionais, indiscutivelmente vinculantes do ponto de vista jurídico — ao contrário da DUDH, tradicionalmente vista como um documento meramente programático, *soft Law* —, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>90</sup> e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,<sup>91</sup> ambos de 16.12.1966. A eles se somam outros tratados e convenções internacionais da ONU,<sup>92</sup> bem como documentos regionais relevantes, americanos,<sup>93</sup> europeus<sup>94</sup> e africanos.<sup>95</sup>

### 3.2.3 Três elementos essenciais à dignidade humana

A dignidade, como assinalado, é um conceito cujo sentido e alcance sofrem influências históricas, religiosas e políticas, sendo suscetível de variação nas diferentes jurisdições. Nada obstante, a ambição do presente estudo é a de dar a ela um sentido mínimo universalizável, aplicável a qualquer ser humano, onde quer que se encontre. Um esforço em busca de um conteúdo humanista, transnacional e transcultural.<sup>96</sup> Ao longo do texto, ficou clara a conexão estreita entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos (ou fundamentais). Em verdade, dignidade humana e direitos humanos são duas faces de uma só moeda, ou, na imagem corrente, as duas faces de Jano: uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra, voltada para o Direito, traduz posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial. Em suma: a moral sob a forma de Direito.<sup>97</sup> Confirmam-se, a seguir, aspectos dos três conteúdos essenciais da dignidade: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.

#### 3.2.3.1 Valor intrínseco da pessoa humana

No plano filosófico, trata-se do elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos.<sup>98</sup> O valor intrínseco ou inerente da pessoa humana é reconhecido por múltiplos autores<sup>99</sup> e em diferentes documentos internacionais.<sup>100</sup> Trata-se da afirmação de sua posição especial no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. Um valor que não tem preço.<sup>101</sup> A inteligência, a sensibilidade e a comunicação (pela palavra, pela arte, por gestos, pelo olhar ou por expressões fisionômicas) são atributos únicos que servem de justificação para esta condição singular. Trata-se de um valor objetivo, que independe das circunstâncias pessoais de cada um,<sup>102</sup> embora se venha dando crescente importância aos sentimentos de autovalor e de autorrespeito que resulta do reconhecimento social. Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros;<sup>103</sup> o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.<sup>104</sup> É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de incapacidade mental.<sup>105</sup>

No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o *direito à vida*.<sup>106</sup> Em torno dele se estabelecem debates de grande complexidade jurídica e moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna. Em segundo lugar, o *direito à igualdade*.<sup>107</sup> Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não discriminatório na lei e perante a lei (igualdade

formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento).<sup>108</sup> Do valor intrínseco resulta, também, o *direito à integridade física*,<sup>109</sup> aí incluídos a proibição da tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. Em torno desse direito se desenvolvem discussões e controvérsias envolvendo prisão perpétua, técnicas de interrogatório e regime prisional. E, igualmente, algumas questões situadas no âmbito da bioética, compreendendo pesquisas clínicas, eugenia, comércio de órgãos e clonagem humana. E, por fim, o *direito à integridade moral ou psíquica*,<sup>110</sup> domínio no qual estão abrangidos o direito de ser reconhecido como pessoa, assim como os direitos ao nome, à privacidade, à honra e à imagem.<sup>111</sup> É também em razão do valor intrínseco que em diversas situações se protege a pessoa contra si mesma, para impedir condutas autorreferentes lesivas à sua dignidade.

### 3.2.3.2 Autonomia da vontade

A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas.<sup>112</sup> A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de *autodeterminação*, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. Por trás da ideia de autonomia está a de *pessoa*, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável.<sup>113</sup> Ademais, a autodeterminação pressupõe determinadas *condições* pessoais e sociais para o seu exercício, para a adequada representação da realidade, que incluem informação e ausência de privações essenciais.

Na sua dimensão jurídica, a autonomia, como elemento da dignidade, é a principal ideia subjacente às declarações de direitos em geral, tanto as internacionais quanto as do constitucionalismo doméstico. A autonomia tem uma dimensão privada e outra pública. No plano dos *direitos individuais*, a dignidade se manifesta, sobretudo, como *autonomia privada*, presente no conteúdo essencial da *liberdade*, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. É preciso que estejam presentes, todavia, as condições para a autodeterminação, as possibilidades objetivas de decisão e escolha, o que traz para esse domínio, também, o direito à *igualdade*, em sua dimensão material,<sup>114</sup> ponto que será retomado logo abaixo. No plano dos *direitos políticos*, a dignidade se expressa como *autonomia pública*, identificando o direito de cada um participar no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno,<sup>115</sup> cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social.

Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de *mínimo existencial*.<sup>116</sup> Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares.<sup>117</sup> O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em



documentos constitucionais ou internacionais,<sup>118</sup> mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida.<sup>119</sup> E nem poderia ser diferente. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.<sup>120</sup> Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço. Mas, utilizando a Constituição brasileira como parâmetro, é possível incluir no seu âmbito, como já feito na doutrina,<sup>121</sup> o direito à educação básica,<sup>122</sup> à saúde essencial,<sup>123</sup> à assistência aos desamparados<sup>124</sup> e ao acesso à justiça.<sup>125</sup> Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador.

Na jurisprudência de diversos países é possível encontrar decisões fundadas na autonomia como conteúdo da dignidade. No julgamento do caso *Rodriguez*, a Suprema Corte canadense fez expressa menção à "habilidade individual de fazer escolhas autônomas", embora, no caso concreto, tenha impedido o suicídio assistido.<sup>126</sup> Na Suprema Corte americana, o mesmo conceito foi invocado em decisões como *Lawrence v. Texas*, a propósito da legitimidade das relações homoafetivas.<sup>127</sup> Na mesma linha da dignidade como autonomia foi a decisão da Corte Constitucional da Colômbia ao decidir pela inconstitucionalidade da proibição da eutanásia. O julgado fez expressa menção a uma perspectiva secular e pluralista, que deve respeitar a autonomia moral do indivíduo.<sup>128</sup> A mesma Corte, ao julgar o caso *Lais v. Pandemo*, reconheceu não apenas a licitude da prostituição voluntária, como expressão da autodeterminação individual, como assegurou aos *trabalhadores do sexo* direitos trabalhistas.<sup>129</sup>

### 3.2.3.3 Valor comunitário

O terceiro e último conteúdo — a dignidade como *valor comunitário*, também referida como dignidade como heteronomia — abriga o seu elemento social. O indivíduo em relação ao grupo. Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de *vida boa*.<sup>130</sup> O que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados.<sup>131</sup> Como intuitivo, o conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade.<sup>132</sup> A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, dentre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade.<sup>133</sup> É aqui que se situa a dimensão ecológica da dignidade, que tem sido objeto de crescente interesse, abrangendo diferentes aspectos da proteção ambiental e dos animais não humanos.<sup>134</sup> Em relação à dignidade como valor comunitário, é preciso ter especial cuidado para alguns graves riscos envolvidos, que incluem: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas;<sup>135</sup> b) o enfraquecimento de direitos fundamentais em seu embate com as "razões de Estado";<sup>136</sup> e c) problemas práticos e institucionais na definição dos

valores compartilhados pela comunidade, com os perigos do moralismo e da tirania da maioria.<sup>137</sup>

No tocante à proteção do indivíduo em face de si mesmo, de suas próprias decisões, existem exemplos emblemáticos na jurisprudência mundial, como a já referida proibição da atividade de entretenimento conhecida como arremesso de anão (França),<sup>138</sup> a criminalização da violência física em relações sexuais sadomasoquistas consentidas (Reino Unido)<sup>139</sup> ou no caso dos chamados *peep shows* (Alemanha).<sup>140</sup> Ainda que seja possível discutir o acerto dessas decisões concretas, elas chamam a atenção para a possibilidade teórica de se legitimar restrições à liberdade com fundamento na proteção à dignidade do próprio sujeito, definida com base em valores socialmente compartilhados. Da mesma forma, em algumas circunstâncias será legítima a restrição à autonomia privada para proteção dos direitos de terceiros ou para a imposição de determinados valores sociais. Isso vale para situações como defesa da vida, repressão à pedofilia ou cerceamento da liberdade de expressão em casos de calúnia ou *hate speech*.<sup>141</sup>

A imposição coercitiva de valores sociais — em geral, pelo legislador; eventualmente, pelo juiz —, em nome dessa dimensão comunitária da dignidade, nunca será uma providência banal, exigindo fundamentação racional consistente. Em qualquer caso, deverá levar seriamente em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas. A dignidade de um indivíduo jamais poderá ser suprimida, seja por ação própria ou de terceiros. Mas aspectos relevantes da dignidade poderão ser paralisados em determinadas situações. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de prisão legítima de um condenado criminalmente.

### 3.3 O uso da dignidade humana pela jurisprudência brasileira

No Brasil, como regra geral, a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. Existe uma forte razão para que seja assim. É que com o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais,<sup>142</sup> muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica. Diante disso, a dignidade acaba sendo citada apenas em reforço. No constitucionalismo brasileiro, seu principal âmbito de incidência se dará em situações de *ambiguidade de linguagem* — como parâmetro para escolha de uma solução e não de outra, em função da que melhor realize a dignidade —, de *lacuna normativa* — para integração da ordem jurídica em situações, por exemplo, como a das uniões homoafetivas —, de *colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais* — como, por exemplo, entre liberdade de expressão, de um lado, e direito ao reconhecimento e à não discriminação, de outro<sup>143</sup> — e nas de *desacordo moral razoável*, como elemento argumentativo da construção justa. No capítulo final se procura fazer essa demonstração.

A referência à dignidade humana, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é especialmente abundante em matéria penal e processual penal. Em diversos julgados está expressa ou implícita a não aceitação da instrumentalização do acusado ou do preso aos interesses do Estado na persecução penal. O indivíduo não pode ser uma engrenagem do processo penal, decorrendo, de

sua dignidade, uma série de direitos e garantias. Daí a existência de decisões assegurando aos que são sujeitos passivos em procedimentos criminais o direito a) à não autoincriminação;<sup>144</sup> b) à presunção de inocência;<sup>145</sup> c) à ampla defesa;<sup>146</sup> d) contra o excesso de prazo em prisão preventiva;<sup>147</sup> e) ao livramento condicional;<sup>148</sup> f) às saídas temporárias do preso;<sup>149</sup> g) à não utilização injustificada de algemas;<sup>150</sup> h) à aplicação do princípio da insignificância;<sup>151</sup> e i) ao cumprimento de pena em prisão domiciliar.<sup>152</sup> A ideia kantiana do *fin-em-si* foi utilizada em acórdão em que se discutiu a competência para julgamento de crime de redução de pessoas à condição análoga à de escravo.<sup>153</sup>

Existem, igualmente, precedentes do STF relacionados à manutenção da integridade física e moral dos indivíduos,<sup>154</sup> ao tratamento diferenciado devido a portadores de deficiência<sup>155</sup> e à proibição da tortura e de tratamento desumano, degradante ou cruel.<sup>156</sup> O princípio da dignidade humana também foi invocado em decisões como a da não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988<sup>157</sup> e na relativa à demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.<sup>158</sup> No controvertido tema do direito à saúde, sobretudo quando envolvidos procedimentos médicos e medicamentos não oferecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a dignidade humana também costuma ser invocada como argumento último, que encerra a discussão.<sup>159</sup> A circunstância de que o orçamento da saúde é finito e que, portanto, em muitas situações, destinar os recursos ao atendimento de uma pretensão judicial é retirá-los de outros destinatários, agrega complexidade ao debate. Com frequência, a ponderação adequada a se fazer envolve a vida, a saúde e a dignidade de uns *versus* a vida, a saúde e a dignidade de outros.<sup>160</sup> A dignidade humana foi igualmente invocada em relação ao direito à educação, para fins de matrícula de uma criança na pré-escola.<sup>161</sup> E, ainda, como fundamento limitador da liberdade de expressão, mantendo-se a condenação de Senador que ofendera a honra de um juiz.<sup>162</sup>

Dois casos julgados em 2011 colocam em questão o tema da banalização do uso da dignidade humana como fundamento de decidir. O primeiro deles envolve a “briga de galo”.<sup>163</sup> Em ação direta de inconstitucionalidade, de relatoria do Min. Celso de Mello, discutiu-se a constitucionalidade da lei do Estado do Rio de Janeiro<sup>164</sup> que permite a exposição e competição entre aves combatentes, notoriamente a briga de galo. A ADI foi julgada procedente e a lei foi declarada inconstitucional sob o fundamento de que o texto legal caracteriza prática criminosa, tipificada em legislação ambiental, além de atentar contra a Constituição, que proíbe a submissão de animais a atos de crueldade, em seu art. 225, *caput* e §1º, VII,<sup>165</sup> e prega o direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente. Em discussão no plenário, no entanto, o Ministro Cezar Peluso, com a aprovação de dois outros Ministros, defendeu que o caso em questão relaciona-se também com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a lei estadual estimularia a prática de atos degradantes, por sua irracionalidade, à figura humana. Com o respeito devido e merecido, proibir a briga de galo com base no princípio da dignidade da pessoa humana afigura-se um uso alargado em demasia do princípio.<sup>166</sup> O que poderia ter sido suscitado, isso sim, seria o reconhecimento de dignidade aos animais. Uma dignidade que, naturalmente, não é humana nem deve ser aferida por seu reflexo sobre as pessoas humanas, mas pelo fato de os animais, como seres vivos, terem uma dignidade intrínseca e própria.

O tema foi explicitamente debatido em outro caso, envolvendo a desconsideração de coisa julgada,

em caso de investigação de paternidade.<sup>167</sup> De fato, uma ação de investigação de paternidade fora julgada improcedente, por falta de provas, não tendo sido realizada, na ocasião, exame de DNA, em razão da hipossuficiência do autor. Posteriormente, viabilizada a realização do exame, nova ação foi proposta, tendo o tribunal *a quo* extinto o processo, em razão da coisa julgada material. O STF reconheceu repercussão geral na matéria e, por maioria, entendeu ser o caso de relativização da coisa julgada, em favor do direito fundamental à busca da identidade genética. Em seu voto, todavia, o relator, Ministro Dias Toffoli, criticou o “abuso retórico” da invocação da dignidade humana que, segundo ele, precisaria ser salva “de si mesma”.<sup>168</sup> Em linha diversa, o Ministro Luiz Fux afirmou ser a “imbricação” entre o direito fundamental à identidade genética e o “núcleo do princípio da dignidade humana” o fundamento para se acolher o pedido. Pessoalmente, embora considere pertinente a advertência do Ministro Dias Toffoli, penso que a importância da coisa julgada como garantia constitucional, veiculada sob a forma de regra (cuja ponderação, portanto, é atípica), exige a presença — como na hipótese — de uma força axiológica superior para que se admita seja excepcionada. Tal é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana.

Também no Superior Tribunal de Justiça têm se multiplicado as referências à dignidade da pessoa humana em decisões as mais variadas. Há precedentes em quase todas as áreas do Direito, envolvendo a) mínimo existencial;<sup>169</sup> b) restrição ao direito de propriedade;<sup>170</sup> c) uso de algemas;<sup>171</sup> d) crime de racismo;<sup>172</sup> e) tortura;<sup>173</sup> f) vedação do trabalho escravo;<sup>174</sup> g) direito de moradia;<sup>175</sup> h) direito à saúde;<sup>176</sup> i) aposentadoria de servidor público por invalidez;<sup>177</sup> j) vedação do corte de energia elétrica para serviços públicos essenciais;<sup>178</sup> k) dívidas de alimentos;<sup>179</sup> l) adoção;<sup>180</sup> m) investigação de paternidade;<sup>181</sup> n) disputa de guarda de menor;<sup>182</sup> o) direito ao nome;<sup>183</sup> p) uniões homoafetivas;<sup>184</sup> q) redesignação sexual;<sup>185</sup> e r) proteção aos portadores de deficiência física,<sup>186</sup> em meio a muitos outros.

A dignidade humana também encontra espaço considerável na jurisprudência dos Tribunais Superiores da Justiça da União. Ainda em matéria criminal, a dignidade foi mencionada pelo Superior Tribunal Militar em situações relacionadas a) à aplicação da pena;<sup>187</sup> b) à inadmissibilidade de denúncia genérica;<sup>188</sup> c) à submissão a tratamento médico sem consentimento;<sup>189</sup> e d) à inadmissibilidade das vedações genéricas à concessão de liberdade provisória.<sup>190</sup> Além disso, o STM já destacou que a dignidade humana é um dos valores condensados nos princípios da hierarquia e disciplina militares.<sup>191</sup> Na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a dignidade humana foi utilizada como a) limite à liberdade de expressão nas propagandas eleitorais;<sup>192</sup> b) fundamento para proibir a realização coletiva do teste de alfabetização;<sup>193</sup> e, antes da Lei Complementar nº 135/2010,<sup>194</sup> como c) valor último a ser tutelado pela presunção de inocência em matéria de registro de candidatura de pessoas condenadas.<sup>195</sup> A dignidade é objeto de menções ainda mais frequentes pelo Tribunal Superior do Trabalho, havendo precedentes relacionados a a) mitigação dos efeitos da nulidade do contrato de trabalho celebrado sem concurso público com ente da Administração indireta;<sup>196</sup> b) colisão entre a intimidade do credor e o direito do trabalhador à remuneração devida;<sup>197</sup> c) revista de funcionários;<sup>198</sup> d) dispensa discriminatória de empregado portador de HIV;<sup>199</sup> e) isonomia do empregado doméstico em relação aos demais em matéria de férias;<sup>200</sup> f) dano moral por declarações racistas feitas por empregador a empregado;<sup>201</sup> g) vedação à remuneração do



trabalhador efetuada exclusivamente com cestas básicas;<sup>202</sup> h) impossibilidade supressão, por acordo coletivo, de horário de pausa para alimentação e descanso;<sup>203</sup> i) responsabilização subsidiária da Administração Pública em caso de terceirização de mão de obra, quando o contratante não cumpre com encargos trabalhistas;<sup>204</sup> j) impenhorabilidade de bem de família;<sup>205</sup> k) redução progressiva e posterior supressão de carga horária de professor;<sup>206</sup> e l) incorporação de gratificação por cargo de confiança exercido por muitos anos.<sup>207</sup>

Do exame do amplo conjunto jurisprudencial aqui registrado, verifica-se que raramente a dignidade é o fundamento central do argumento e, menos ainda, tem o seu conteúdo explorado ou explicitado. No capítulo que se segue, procura-se utilizar a dignidade e seu conteúdo como o efetivo fio condutor da decisão, em casos verdadeiramente difíceis.

### 3.4 A dignidade como parâmetro para a solução de casos difíceis

A utilização dos conteúdos mínimos da dignidade — valor intrínseco, autonomia e valor comunitário — não elimina de maneira absoluta a subjetividade do intérprete. Mas pode ajudar a estruturar o raciocínio e a dar-lhe maior transparência, sobretudo em disputas judiciais envolvendo colisões de direitos ou desacordos morais. A explicitação de cada um dos conteúdos da dignidade envolvidos na hipótese, bem como a justificação das escolhas feitas em cada etapa coíbem o voluntarismo e permitem um maior controle do raciocínio lógico desenvolvido pelo autor da decisão, inclusive para verificar se seus argumentos são laicos, politicamente neutros e universalizáveis. Confirma-se o exercício feito a seguir, levando em conta três questões controvertidas submetidas à jurisdição constitucional no Brasil.

#### a) *Uniãoes homoafetivas*

Os interesses em jogo envolvem, de um lado, duas pessoas do mesmo sexo que desejam manter uma relação afetiva e sexual estável; e, de outro, uma concepção tradicional de sociedade que só admite relações dessa natureza entre pessoas de sexos diferentes. Pois bem: no plano da dignidade como *valor intrínseco*, o direito de igual respeito e consideração pesaria a favor do reconhecimento da legitimidade de tais uniões. Não há qualquer aspecto envolvendo o valor intrínseco de uma terceira pessoa que pudesse ser contraposto nas circunstâncias. No plano da *autonomia*, duas pessoas maiores e capazes estão exercendo sua liberdade existencial no tocante a seus afetos e à sua sexualidade. Não há, tampouco, afronta à autonomia de terceiros. No plano do *valor comunitário*, deve-se admitir que há, em diversos setores da sociedade, algum grau de reprovabilidade às condutas e relações homoafetivas. Porém: a) na hipótese, há direito fundamental em jogo, e eles devem funcionar como trunfos contra a vontade da maioria, se este for o caso;<sup>208</sup> b) as relações homoafetivas são hoje aceitas com naturalidade por setores amplos e representativos da sociedade, não se podendo falar em consenso social forte na matéria; e c) não há risco efetivo para o direito de terceiros. Como consequência, tais relações não devem ser criminalizadas e devem receber o tratamento cível adequado.<sup>209</sup>

### *b) Pesquisas com células-tronco embrionárias*

Nos procedimentos de fertilização *in vitro*, método de reprodução assistida destinado a superar a infertilidade conjugal, é comum que sejam produzidos embriões excedentes, que não serão utilizados e poderiam, em tese, permanecer congelados indefinidamente. Embriões humanos possuem células-tronco, que têm como uma de suas características essenciais a possibilidade de se converterem em todos os tecidos e órgãos humanos, representando uma extraordinária fronteira para a chamada medicina restaurativa. No Brasil, como em outras partes do mundo, permite-se que esses embriões, quando congelados há mais de três anos, sejam destinados à pesquisa científica, se os genitores — *i.e.*, os doadores do material genético — assim concordarem. Legislações com esse teor têm tido sua constitucionalidade questionada, sob o fundamento de que embrião é vida potencial e que deve ter sua existência e dignidade preservadas. Os interesses em jogo, aqui, são os do embrião, dos genitores, dos pesquisadores e os da sociedade em geral, pelo avanço da medicina. Abaixo o exame do tema, tendo em conta cada um dos conteúdos da dignidade.

No plano do *valor intrínseco*, alguém poderia cogitar que o embrião é uma vida potencial, merecedora de proteção. Essa premissa pode ser questionada com razoabilidade pela afirmação de que um embrião congelado em um tubo de ensaio e sem perspectiva de ser implantado em um útero materno sequer constitui vida potencial. No plano da *autonomia*, poder-se-ia especular sobre o *desejo* do embrião de não ser destruído, embora lhe fosse impossível exigir o implante em um útero materno. Sua *vontade*, portanto, não mudaria sua condição de potência sem perspectiva de realização. De outra parte, há o direito dos genitores de escolherem o destino do material genético que forneceram. Por fim, há o direito do cientista de exercer sua liberdade de pesquisa. No plano do *valor comunitário*, é frágil a tese de que o embrião congelado há mais de três anos, sem perspectiva real de vir a se tornar uma vida, tem um direito fundamental a não ser destruído. Ao contrário, o sentimento social dominante no particular é o do interesse na pesquisa científica. E, no tocante aos terceiros, seus interesses — e não, propriamente, direitos — se realizam muito mais intensamente pela perspectiva da pesquisa científica de trazer cura e salvar vidas. Portanto, sem negar algum grau de dignidade ao embrião — que, por exemplo, não poderá ser comercializado, como expressamente dispõe a lei brasileira —, afigura-se legítima a opção do legislador em permitir as pesquisas com células-tronco embrionárias, mesmo que resultem na destruição do embrião congelado há mais de três anos.<sup>210</sup>

### *c) Interrupção da gestação de fetos anencefálicos*

A anencefalia consiste em uma má-formação fetal congênita, por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação. Conhecida como “ausência de cérebro”, trata-se de anomalia incompatível com a vida extrauterina, sendo irreversível e fatal na totalidade dos casos. Aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos deixam de respirar ainda no período intrauterino. Nas hipóteses em que a gestação chega a termo, o desfecho se dá, como regra geral, minutos após o parto. Em alguns casos, ele se dará após algumas horas. Há relatos de situações excepcionais em que se passaram alguns dias até a cessação de toda a função vital. Com os meios tecnológicos à disposição, o diagnóstico de anencefalia é totalmente seguro, sendo feito mediante ecografia a partir do terceiro trimestre de gestação. Em ação constitucional

ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde pede que seja reconhecido, nessa hipótese, o direito de interrupção da gestação, por vontade exclusiva da gestante, afastando-se, portanto, os dispositivos do Código Penal que punem a mulher e o médico pela realização de aborto. A seguir, a análise de cada um dos conteúdos da dignidade humana envolvidos na questão.

No plano do *valor intrínseco*, é possível afirmar que enquanto se encontra no útero materno, o feto conserva, em número expressivo de casos, as funções vitais, com o coração batendo e todos os órgãos se formando. Constitui, portanto, *vida* potencial. Pode-se contrapor a esse argumento a circunstância de que no direito brasileiro a determinação do óbito se dá pela morte encefálica. E como o feto anencefálico não chega a ter vida cerebral, não há vida a proteger, em sentido jurídico. Em favor do direito à interrupção da gestação nesse caso, pode-se invocar, ainda, o direito à integridade física e psicológica da mulher. Com efeito, ela se sujeitará a todas as transformações físicas e psíquicas pelas quais passa uma gestante preparando-se, nesse caso, todavia, para receber o filho que não irá ter. Um imenso sofrimento inútil. Afigura-se, assim, no plano do valor intrínseco, que os elementos em favor da legitimidade do direito à interrupção da gestação são mais consistentes.

No plano da *autonomia*, poder-se-ia invocar a *vontade* do feto de permanecer no útero materno e aguardar o desfecho natural, sem intervenção externa. A ele se contraporía o direito da mãe, que assim desejasse, a não ter o seu corpo funcionalizado por uma gestação indesejada e inviável. Trata-se de uma liberdade existencial no tocante a seus direitos reprodutivos. No plano do *valor comunitário*, pode-se admitir, argumentativamente, a existência de deveres de proteção em relação a um direito fundamental do feto e outro da mãe, como referido anteriormente. Todavia, se nem mesmo no tocante à criminalização do aborto existe consenso social forte — boa parte dos países desenvolvidos e democráticos admite a sua prática até um determinado ponto da gravidez —, menos ainda haverá nas hipóteses de inviabilidade fetal. Não há direitos de terceiros afetados, mas tão somente os da mulher e os do feto. Havendo desacordo moral razoável na matéria, o papel do Estado não é escolher um dos lados, mas permitir que cada um viva a sua autonomia da vontade. De forma tal que as mulheres que desejem levar a gestação a termo possam fazê-lo, e as que não desejem, possam interrompê-la.<sup>211</sup>

## 4 Conclusão

### 4.1 Síntese das ideias centrais

Ao final desta longa exposição, é possível organizar didaticamente algumas das principais ideias expostas, levando em conta o papel da ideia da dignidade humana no mundo contemporâneo, sua natureza jurídica, seus conteúdos mínimos e o modo como ela serve para estruturar o raciocínio jurídico na resolução de problemas reais.

**1** Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana se tornou um dos grandes consensos éticos mundiais, servindo de fundamento para o advento de uma cultura fundada na centralidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Progressivamente, ela foi incorporada às declarações internacionais de direitos e às Constituições democráticas, contribuindo para a formação crescente de uma massa crítica de jurisprudência e para um direito transnacional,

em que diferentes países se beneficiam da experiência de outros.

**2** A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. De sua natureza de princípio jurídico decorrem três tipos de eficácia, isto é, de efeitos capazes de influenciar decisivamente a solução de casos concretos. A eficácia *direta* significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia *interpretativa* significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá, ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia *negativa* paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra jurídica que seja incompatível — ou produza, no caso concreto, resultado incompatível — com a dignidade humana.

**3** São conteúdos mínimos da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O *valor intrínseco* é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular. Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica.

**4** A *autonomia da vontade* é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Ínsita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas.

**5** O *valor comunitário* é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo. Nessa acepção, ela está ligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um. Vale dizer: a dignidade como valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais. Também referida como dignidade como heteronomia, ela se destina a promover objetivos sociais diversos, dentre os quais a proteção do indivíduo em relação a atos que possa praticar capazes de afetar a ele próprio (condutas autorreferentes), a proteção de direitos de outras pessoas e a proteção de valores sociais, dos ideais de *vida boa* de determinada comunidade. Para minimizar os riscos do moralismo e da tirania da maioria, a imposição de valores comunitários deverá levar em conta a) a existência ou não de um direito fundamental em jogo; b) a existência de consenso social forte em relação à questão; e c) a existência de risco efetivo para direitos de terceiros.

**6** A identificação da dignidade como um princípio jurídico e a determinação de seus conteúdos mínimos podem servir, dentre outras coisas, e em primeiro lugar, para unificar a utilização da expressão no âmbito doméstico e internacional. Facilita-se, assim, o seu emprego no discurso transnacional, pela uniformização, mediante convenção terminológica, das ideias que estão



abrigadas na noção de dignidade humana. Em segundo lugar, ela contribui para estruturar o itinerário argumentativo na solução de casos difíceis, permitindo que se identifique cada um dos elementos relevantes, agrupando-os de acordo com cada conteúdo associado à dignidade. Isso poderá dar maior transparência ao processo decisório, possibilitando um controle social mais eficiente.

## 4.2 Epílogo – Iguais, nobres e deuses

Em sua origem histórica, a ideia de dignidade, *dignitas*, esteve associada à de *status*, posição social ou a determinadas funções públicas. Dela decorriam certos deveres de tratamento.<sup>212</sup> Dignidade, portanto, tinha uma conotação aristocrática ou de poder, identificando a condição superior de certas pessoas ou dos ocupantes de determinados cargos. Ao longo dos séculos, como se relatou aqui, a dignidade incorporou-se à teoria dos direitos fundamentais, democratizou-se e assumiu uma dimensão igualitária. Já agora é possível aspirar — com alguma dose de visionarismo — que a ideia de dignidade volte ao seu sentido original, com ligeira alteração. Dignidade passaria a significar a posição mais elevada, merecedora de distinção, respeito e máximo de direitos, reconhecida à generalidade das pessoas.<sup>213</sup> Vale dizer: no futuro, todos serão nobres. E como o desejo é ilimitado, mais à frente ainda, vão querer ser deuses.<sup>214</sup>

---

<sup>1</sup> Este trabalho serviu de base para um texto mais amplo, escrito em inglês, durante minha estada como *Visiting Scholar* na Universidade de Harvard, em 2011. V. Luís Roberto Barroso, "Here, There and Everywhere": Human Dignity in Contemporary Law and in the International Discourse, *Boston College International and Comparative Law Review* 35, n. 2. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/>>. Na presente versão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi atualizada.

<sup>2</sup> Meu interesse e minhas ideias acerca da dignidade da pessoa humana foram influenciados, na literatura nacional, por alguns importantes trabalhos que gostaria de registrar, homenageando seus autores. São eles: Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*; Maria Celina Bodin de Moraes, *Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*; e Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Merece destaque, também, o erudito painel da trajetória da dignidade humana e dos direitos humanos traçado por Fábio Konder Comparato, em *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2001.

<sup>3</sup> Christopher McGrudden, Human dignity and judicial interpretation of human rights, *The European Journal of International Law* 19:655, 2008, p. 664.

<sup>4</sup> Lei Constitucional de 10 de julho de 1940. In: *Les Constitutions de France depuis 1789*, 1995. V. tb. Véronique Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel Français et du Tribunal Constitutionnel*

*Espagnol*, 2004, p. 34.

<sup>5</sup> Trata-se do “Fuero de los Españoles”, uma das leis fundamentais aprovadas ao longo do governo franquista. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/>>. Sobre este e outros aspectos da experiência constitucional espanhola, v. Francisco Fernandez Segado, *El sistema constitucional español*, 1992, p. 39 *et seq.* No Brasil, o Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, outorgado pelo Presidente Costa e Silva, que deu início à escalada ditatorial e à violência estatal contra os adversários políticos, fez referência expressa à dignidade da pessoa humana.

<sup>6</sup> Maxime D. Goodman, Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence, *Nebraska Law Review* 84:740, 2005-2006.

<sup>7</sup> Dominique Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, 1998, p. 62-70.

<sup>8</sup> Sem embargo da existência de muitas dificuldades teóricas. Sobre o tema, v. Sir Basil Markesinis & Jörg Fedtke, *Judicial recourse to foreign Law: a new source of inspiration?*, 2006.

<sup>9</sup> BVerfGE 39:1. Em decisão de 1975, a Corte entendeu que o direito à vida e os deveres de proteção que o Estado tem em relação a tal direito impõem a criminalização do aborto.

<sup>10</sup> Uma lei de 1992, que teve sua arguição de inconstitucionalidade rejeitada, torna o aborto não punível até o terceiro mês, desde que a mulher se submeta, previamente, a aconselhamento obrigatório, no qual ela será informada de que o feto em desenvolvimento constitui uma vida independente. Ela deverá aguardar 72 horas após o aconselhamento e a realização do procedimento.

<sup>11</sup> BVerfG, 1 BvR 357/05. Em decisão de 2006, considerou inconstitucional a previsão legal que dava ao Ministro da Defesa poder para ordenar o abate de aviões em circunstâncias nas quais fosse possível assumir que ele seria utilizado contra vidas humanas. V. <<http://www.transnationalterrorism.eu/>>. Acesso em: 27 nov. 2010.

<sup>12</sup> BVerfGE 80, 367. Trata-se de decisão do Tribunal Federal de Justiça no sentido de que a leitura de registros em diário pessoal viola a dignidade e a privacidade. V. Cristoph Enders, The right to have rights: the concept of human dignity in German Basic Law, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 2:1, 2010, p. 5.

<sup>13</sup> Nos Estados Unidos, a referência a decisões estrangeiras que faziam menção à dignidade humana, por parte de Justices da Suprema Corte, provocou forte reação em setores jurídicos e políticos. Sobre o tema, v. Jeremy Waldron, Foreign law and the modern *ius gentium*, *Harvard Law Review* 119:129, 2005. Em debate comigo na Universidade de Brasília, em 2009, o Juiz da Suprema Corte Americana, Justice Antonin Scalia, afirmou que a cláusula da dignidade da pessoa humana não consta da Constituição dos Estados Unidos e que, por essa razão, não pode ser invocada por juízes e tribunais.

<sup>14</sup> Para um levantamento amplo e detalhado da matéria na jurisprudência norte-americana, v. Maxime D. Goodman, Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence, *Nebraska Law*

Review 84:740, 2005-2006.

<sup>15</sup> *Gregg v. Georgia*. 428 U.S. 153 (1976).

<sup>16</sup> *Atkins v. Virginia*. 536 U.S. 304 (2002). A decisão emprega a expressão “retardados mentais”, que já não é mais aceita. Utiliza-se, correntemente, apenas deficiência, ou deficiência intelectual ou psíquica.

<sup>17</sup> *Roper v. Simmons*. 543 U.S. 551 (2005).

<sup>18</sup> *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U.S. 833 (1992). A decisão mantida foi *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), que foi o primeiro grande precedente na matéria.

<sup>19</sup> *Lawrence v Texas*. 539 U.S. 558 (2003).

<sup>20</sup> Decisão disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/>>. Sobre o tema, v. Olivier Cayla et Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître – A propos de l’Affaire Perruche*, 2002. Em língua portuguesa, v. Gabriel Gualano de Godoy, *Acórdão Perruche e o direito de não nascer*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2010.

<sup>21</sup> *Affaire Parpalaix*, Tribunal de Grande Instance de Créteil, 1º ago. 1984.

<sup>22</sup> *Evans v. Amicus Healthcare Ltd.*, EWCA Civ. 727. A decisão da England and Wales Court of Appeal (Civil Division) encontra-se disponível em <http://www.bailii.org/>. Acesso em 27 nov. 2010. A decisão foi confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. V. *Evans v. United Kingdom*. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/>>. Acesso em: 27 nov. 2010.

<sup>23</sup> *R. v. Malmö-Levine; R. v. Caine* [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74. A Corte rejeitou a arguição de inconstitucionalidade da criminalização da maconha.

<sup>24</sup> *Reference re ss. 193 & 195.1(1)(c) of Criminal Code (Canada)*, (the Prostitution Reference), [1990] 1 S.C.R. 1123. Para comentários sobre essa decisão e a anterior, v. R. James Fyfe, *Dignity as theory: competing conceptions of human dignity at the Supreme Court of Canada*, *Saskatchewan Law Review* 70:1, 2007, p. 5-6.

<sup>25</sup> *State v. Jordan and Others (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae (CCT31/01) [2002] ZACC 22; 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117 (9 October 2002)*. V. decisão em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/22.html>>.

<sup>26</sup> V. CEDH, *Goodwin v. the United Kingdom*, julgado em 11 jul. 2002. Decisão disponível em: <<http://www.pfc.org.uk/node/350>>. Acesso em: 27 nov. 2010.

<sup>27</sup> Decisões americanas, canadenses, sul-africanas, colombianas, brasileiras e de diversos outros países invocam os precedentes de tribunais superiores ou cortes constitucionais de outras jurisdições, como argumento doutrinário, naturalmente, e não jurisprudencial.

<sup>28</sup> Ruth Macklin, *Dignity is a useless concept*, *British Medical Journal* 327:1419, 2003.

<sup>29</sup> R. James Fyfe, Dignity as theory: competing conceptions of human dignity at the Supreme Court of Canada, *Saskatchewan Law Review* 70:1, 2007, p. 24 e 7.

<sup>30</sup> Véronique Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel Français et du Tribunal Constitutionnel Espagnol*, 2004, p. 143.

<sup>31</sup> Susanne Baer, Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism, *University of Toronto Law Journal* 59:417, 2009, p. 418.

<sup>32</sup> Neomi Rao, On the use and abuse of dignity in constitutional law, *Columbia Journal of European Law* 14:201, 2007-2008, p. 212 e 221.

<sup>33</sup> Citando von Wright, Robert Alexy registra que os conceitos práticos dividem-se em três categorias: axiológicos, deontológicos e antropológicos. Os conceitos axiológicos têm por base a ideia de *bom*. Os deontológicos, a de *dever ser*. Já os conceitos antropológicos estão associados a noções como vontade, interesse e necessidade. V. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 145-6.

<sup>34</sup> V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41.

<sup>35</sup> V. Jürgen Habermas, The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights, *Metaphilosophy* 41:464, 2010, p. 466. É o que prevê, igualmente, a Constituição da Saxônia, de 1989.

<sup>36</sup> A doutrina tem convencionado a utilização da locução "direitos fundamentais" para os direitos humanos positivados em determinado sistema constitucional, ao passo que a expressão "direitos humanos" tem sido empregada para identificar posições jurídicas decorrentes de documentos internacionais, sem vínculo com qualquer ordenamento interno específico e com pretensão de validade universal. V. por todos, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2009, p. 29.

<sup>37</sup> Sobre o caráter suprapositivo da dignidade humana, v., entre muitos, José Afonso da Silva, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998, p. 91; e Francisco Fernández Segado, La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits. In: *Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, 2007, p. 742.

<sup>38</sup> É bem de ver que, embora valor e princípio sejam categorias distintas no plano teórico, como apontado, eles estão intimamente relacionados e não se diferenciam de maneira relevante do ponto de vista prático, bastando que se reconheça a comunicação entre os planos axiológico e deontológico, isto é, entre a moral e o Direito.

<sup>39</sup> Sobre o pós-positivismo como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista, e sobre a entronização dos valores na argumentação jurídica, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2010, p. 247-50.



[40](#) Sobre a ideia de leitura moral da Constituição, v. Ronald Dworkin, *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*, 1996, p. 7-12.

[41](#) Este foi o caso da França, por exemplo, onde o princípio da dignidade da pessoa humana foi "descoberto" pelo Conselho Constitucional, em decisão proferida em 27 de julho de 1994. V. Decisão nº 94-343-344 DC. In: L.Favoreu e L.Philip, *Les grandes décisions Du Conseil Constitutionnel*, 2003, p. 852 et seq.

[42](#) V., por muitos, Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2010, p. 50: "[A] dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece".

[43](#) Este argumento foi utilizado pelo juiz da Suprema Corte americana Antonin Scalia, em debate com o autor deste artigo na Universidade de Brasília (UnB), em maio de 2009. Sua posição é contrária ao uso da dignidade humana na interpretação constitucional nos Estados Unidos, pois ela não consta do texto ou de suas emendas.

[44](#) Sobre a dimensão moral e jurídica da dignidade, v., entre muitos, Jeremy Waldron, Dignity, rank, and rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper* n. 09-50, September 2009, p. 1.

[45](#) Para uma visão crítica da posição dominante na literatura nacional, v., por todos, Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2009. Em meio a outros aspectos, Humberto sustenta que uma mesma norma pode funcionar tanto como princípio quanto como regra, e que também as regras estão sujeitas a ponderação.

[46](#) V. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1978, p. 22-28.

[47](#) V. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86.

[48](#) Na literatura nacional mais recente, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

[49](#) Sobre o conceito de proporcionalidade, na literatura mais recente, v. David M. Beatty, *The ultimate rule of law*, 2004; e Mark Tushnet, Comparative constitutional law. In: Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, *The Oxford handbook of comparative law*, p. 1249-52, 2006.

[50](#) Sobre este ponto, com reflexão analítica acerca do fato de que princípios têm um núcleo essencial de sentido, com natureza de regra, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008, p. 67-70.

[51](#) STF, DJ 18 dez. 2009, ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto; STF, DJ 24 out. 2008, RE nº 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. V., tb., Súmula Vinculante nº 13.

[52](#) STF, DJ 17 out. 2008, MS nº 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau; STF, DJ 19 dez. 2008, MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; e STF, DJ 03 out. 2008, MS nº 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.

[53](#) STJ, *DJ* 29 abr. 2010, REsp nº 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins.

[54](#) STF, Súmula Vinculante nº 11.

[55](#) STF, *Informativo STF nº 598*, 30 ago. a 03 set. 2010, ADI nº 4451/DF, Rel. Min. Carlos Britto.

[56](#) Nos Estados Unidos, por exemplo, o reconhecimento do direito de privacidade, à falta de norma constitucional expressa, se deu em sede jurisprudencial, no caso *Griswold v. Connecticut*, julgado em 1965; e somente com a decisão em *Lawrence v. Texas*, de 2004, deixou de ser legítima a criminalização das relações homossexuais. Diversos países, nos últimos anos, legalizaram as uniões e casamentos homoafetivos, como, por exemplo, Dinamarca, Noruega, Suécia, Reino Unido, França, Bélgica, Alemanha e Portugal, em meio a muitos outros.

[57](#) STF, *DJE* 30 abr. 2010, STA nº 424/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente).

[58](#) STF, *RTJ* 165:902, HC nº 71.373/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

[59](#) STJ, *DJ* 18 nov. 2009, REsp. nº 1008398, Rel. Min. Nancy Andrighi.

[60](#) Na ADPF nº 54, em que se pede o reconhecimento do direito de as mulheres interromperem a gestação no caso de fetos anencefálicos, este é um dos fundamentos. Pede-se ao STF, não que declare a inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto, mas que reconheça que eles não devem incidir nessa hipótese, pois obrigar uma mulher a levar a termo uma gestação inviável viola a dignidade da pessoa humana.

[61](#) O entendimento que ao final prevaleceu é o de que o Pacto de São José da Costa Rica, tratado sobre direitos humanos, tem estatura supralegal e prevalece sobre a legislação interna brasileira que a autorizava. No âmbito do STF, a dignidade humana foi invocada pelo Ministro Ilmar Galvão, relator do RE nº 349.703/RS, ao justificar sua mudança de opinião. No STJ, esteve igualmente presente no voto do relator, Min. Luiz Fux, no HC nº 123.755-SP. Sobre o tema, v. o comentário de Carmen Tiburcio (Os tratados internacionais no Brasil: a prisão civil nos casos de alienação fiduciária e depósito, *Revista de Direito do Estado* 12:421, 2008).

[62](#) STF, *DJ* 09 abr. 2010, HC nº 100.953/RS, Rel. Min. Ellen Gracie. No mesmo sentido, v.: STF, *DJ* 30 abr. 2010, HC nº 100.872/MG, Rel. Min. Eros Grau; STF, *DJ* 30 abr. 2010, HC nº 98.966/SC, Rel. Min. Eros Grau; STF, *DJ* 14 maio 2010, HC nº 97.579/MT, Rel. Min. Eros Grau; STF, 12 fev. 2010, HC nº 101.505/SC, Rel. Min. Eros Grau.

[63](#) Trata-se do Caso Ellwanger, em que o STF decidiu que a liberdade de expressão não protege a incitação de racismo antissemita. *DJ* 19 mar. 2003, HC nº 82.424/RS, Rel. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa.

[64](#) Imaginando os direitos fundamentais como uma circunferência, a dignidade estará mais perto do núcleo do que das extremidades.

[65](#) Dominique Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, 1998. Em sentido contrário, v. Krystian Complak, Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como

conceito jurídico, *Revista da ESMEC* 21:107, 2008, p. 117.

<sup>66</sup> Em sentido contrário, há decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão. V. Donald P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 32.

<sup>67</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 105-109.

<sup>68</sup> Sobre o tema, v. decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso *Lüth*. In: Donald P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 361-68. Em língua portuguesa, v. Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 *et seq.*; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 *et seq.*; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 *et seq.* V. também, em espanhol, Juan Maria Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, 1997; em inglês, v. Mark Tushnet, *Comparative constitutional law*. In: Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, *The Oxford handbook of comparative law*, p. 1252-53, 2006.

<sup>69</sup> V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004; Peter Singer (ed.), *Ethics*, 1994, p. 113-17; Ted Honderich (ed.), *The Oxford companion to philosophy*, 1995, p. 435-39; Roger Scruton, *Kant: a very short introduction*, 2001; Bruce Waller, *Consider ethics*, 2005, 18-46.

<sup>70</sup> Segundo o *Oxford companion to philosophy*, 1993, p. 434, Kant é “provavelmente o maior filósofo europeu moderno”.

<sup>71</sup> Autores utilizam a expressão “virada kantiana” para se referirem à renovada influência de Kant no debate jurídico contemporâneo. V., *e.g.*, Ricardo Lobo Torres, *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: Ricardo Lobo Torres, *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999, p. 249, onde faz referência, igualmente, a Otfried Hoffe, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, 1990, p. 135.

<sup>72</sup> A ética kantiana encontra-se desenvolvida, sobretudo, em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, publicada em 1785. Utiliza-se aqui a tradução portuguesa feita por Paulo Quintela, edição de 2004.

<sup>73</sup> V. David Hume, *A treatise of human nature*, 1738. Hume foi contemporâneo de Kant, mas baseou sua filosofia em pressupostos diametralmente opostos, defendendo a primazia dos sentimentos e emoções sobre a razão. Quanto ao ponto, v. Bruce N. Waller, *Consider ethics*, 2005, p. 32-44.

<sup>74</sup> Este era o caso de Hegel, cuja obra clássica *Elementos de filosofia do Direito*, publicada em 1822, em sua parte II, é largamente dedicada a combater aspectos da ética kantiana. Para Hegel, a moralidade do dever, de Kant, era excessivamente abstrata e sem conteúdo, e precisava ser reconciliada com os padrões éticos da comunidade. Sobre o ponto, v. duas obras de Peter Singer: *Ethics*, 1994, p. 113-17; e *Hegel: a very short history*, 2001, p. 39-48.

[75](#) De fato, algumas invocações contemporâneas da dignidade como fundamento contra a pena de morte ou para o direito de participação política contrastam com posições pessoais de Kant, que era favorável à pena capital e à larga restrição ao sufrágio popular (dele excluindo todos os que não fossem “independentes”, como empregados e mulheres). V. R. James Fyfe, Dignity as theory: competing conceptions of human dignity at the Supreme Court of Canadá, *Saskatchewan Law Review* 70:1, 2007, p. 9, quanto ao primeiro ponto; e Roger Scruton, *Kant: a very short introduction*, 2001, p. 121, quanto ao segundo.

[76](#) Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 13. Kant se reporta à “velha filosofia grega”, que se dividia em Física, Ética e Lógica.

[77](#) O imperativo *hipotético* identifica uma ação que é necessária para se alcançar determinado fim. O imperativo *categórico* expressa uma ação que é necessária em si, sem relação com qualquer outro fim. V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 50: “No caso de a ação ser apenas boa como meio para *qualquer outra coisa*, o imperativo é *hipotético*; se a ação é representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categórico*”.

[78](#) Nas palavras literais do autor: “O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”. V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 59. A imagem aqui relevante é a de todo indivíduo como um “legislador universal”, isto é, com capacidade de estabelecer, pelo uso da razão prática, a regra de conduta ética extensível a todas as pessoas.

[79](#) V. Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 346: “O dever (em Kant) não é um catálogo de virtudes nem uma lista de ‘faça isto’ e ‘não faça aquilo’. O dever é uma *forma* que deve valer para toda e qualquer ação moral”. Há quem veja no imperativo categórico kantiano a versão laica da *regra de ouro*, de fundo religioso: “Faz aos outros o que desejas que te façam”. A *regra de prata* envolveria pequena inversão na atuação do sujeito: “Não faças aos outros o que não desejas que lhe seja feito”. Já a *regra de bronze*, ou lei de talião, incapaz de romper o ciclo de violência quando ela se instaure, é: “Faz aos outros o que tem fazem”. Sobre o ponto, v. Maria Celina Bodin de Moraes (O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003, p. 139).

[80](#) V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 67, 75-76.

[81](#) V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 79.

[82](#) V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 77: “No reino dos fins tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

[83](#) Este princípio do indivíduo como fim em si mesmo “é a condição suprema que limita a liberdade das ações de cada homem”. Na formulação mais analítica do autor: “Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm 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 *peessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins 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". V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 71 e 68.

<sup>84</sup> Nesse sentido existem diversos documentos internacionais, dentre os quais, exemplificativamente, a Declaração de Vienna, produto da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 1993, na qual se inscreveu que "todos os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana". V. íntegra da declaração em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>.

<sup>85</sup> É certo, por outro lado, que nunca qualquer documento jurídico internacional ou doméstico procurou explicitar o seu significado, que foi deixado à "compreensão intuitiva" dos intérpretes. V. Oscar Schachter, Editorial comment: Human dignity as a normative concept, *International Journal of Comparative Law*, 1983, p. 849.

<sup>86</sup> Sobre o ponto, v. o pensamento de John Rawls, desenvolvido em obras como: *Justice as fairness: a restatement*, 2001, p. 89 *et seq.*; *O direito dos povos*, 2004, p. 173 *et seq.*; e *Political liberalism*, 2005, p. xiii-xxxiv. Conceito essencial ao pensamento de Rawls é o de *razão pública*, do qual exclui as denominadas *doutrinas abrangentes*. Nas sociedades democráticas, cuja característica básica é o pluralismo razoável, não pode prevalecer qualquer doutrina religiosa ou filosófica que traga em si a pretensão de conter toda a verdade ou todo o direito. Isso não impede, todavia, que pessoas que compartilhem tais doutrinas possam chegar a determinados consensos acerca de uma concepção política de justiça (*overlapping consensus*). Tais consensos, afirma Jack Donnelly, Human dignity and human rights, <http://www.udhr60.ch/research.html>, 2009, p. 6, materializaram-se nos direitos desenvolvidos na Declaração Universal de Direitos Humanos. No mesmo sentido, no tocante ao consenso sobreposto, v. Jürgen Habermas, The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights, *Metaphilosophy* 41:464, 2010, p. 467.

<sup>87</sup> V. Jack Donnelly, Human dignity and human rights, 2009, p. 7. Disponível em: <<http://www.udhr60.ch/research.html>>. Segundo este autor, pessoas aderentes a doutrinas abrangentes como cristianismo, islamismo, budismo, assim como kantianos, utilitaristas e pragmáticos, em meio a muitos outros, vieram a endossar os direitos humanos como sua concepção política de justiça.

<sup>88</sup> Sobre as complexidades envolvendo a ideia de neutralidade, seus limites e possibilidades, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2009, p. 288 *et seq.*

<sup>89</sup> V. breve comentário à DUDH e anotações a diversos documentos internacionais em Flávia Piovesan (Coord. geral), *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*, 2008, p. 16 *et seq.*

<sup>90</sup> O pacto foi ratificado pelo Brasil em 24.01.1992 e em outubro de 2010 contava com 166 ratificações. V.: <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en)>.

<sup>91</sup> O pacto foi ratificado pelo Brasil em 24.01.1992 e em outubro de 2010 contava com 160

ratificações. V.: <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en)>.

<sup>92</sup> Como, por exemplo, a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1985), Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares (1990).

<sup>93</sup> V. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San Jose da Costa Rica. Ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

<sup>94</sup> V. Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, revisada com o Protocolo nº 11, de 01.11.1998.

<sup>95</sup> V. Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul, 1979, adotada em 27.07.1981.

<sup>96</sup> Christopher McGrudden, Human dignity and judicial interpretation of human rights, *The European Journal of International Law* 19:655, 2008, p. 723, observou a necessidade e a importância de se desenvolver uma concepção de dignidade humana que seja “transnacional, transcultural, não-ideológica, humanista, não-positivista, individualista-embora-comunitarista”.

<sup>97</sup> Veja-se, nesse sentido, inspirada passagem de Jürgen Habermas, The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights, *Metaphilosophy* 41:464, 2010, p. 470: “Em razão da *promessa moral* de igual respeito por todos dever ser descontada em *moeda legal*, os direitos humanos exibem uma face de Janus, voltada simultaneamente para a moralidade e para o Direito. Nada obstante seu *conteúdo* exclusivamente moral, eles têm a *forma* de um direito subjetivo exigível”.

<sup>98</sup> A ontologia é um ramo da metafísica que estuda os caracteres fundamentais do ser, o que todo ser tem e não pode deixar de ter. Nela se incluem questões como a natureza da existência e a estrutura da realidade. V. Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*, 1998, p. 662; e Ted Honderich, *The Oxford companion to philosophy*, 1995, p. 634.

<sup>99</sup> V., por todos, Christopher McGrudden, Human dignity and judicial interpretation of human rights, *The European Journal of International Law* 19:655, 2008, p. 679.

<sup>100</sup> V., e.g., a Carta da ONU, de 1945, em seu preâmbulo, que reafirma “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no *valor do ser humano*”. A referência é reproduzida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, e na Declaração de Viena, de 1993, elaborada durante a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos.

<sup>101</sup> V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 77; e tb. Stephen Darwall, *The second-person standpoint: morality, respect and accountability*, 2006, p. 119: “(a) worth that has no price”.

[102](#) V. Ronald Dworkin, *Is democracy possible here: principles for a new political debate*, 2006, p. 9-10: "Toda vida humana tem um tipo especial de valor objetivo. [...] O sucesso ou fracasso de qualquer vida humana é importante em si [...]. Todos deveríamos lamentar uma vida desperdiçada como algo ruim em si, seja nossa própria vida ou a de qualquer outra pessoa". (Texto ligeiramente editado).

[103](#) Rememore-se, ainda uma vez, Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 69: "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".

[104](#) Vejam-se, por todos, Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, 2004, p. 52; e Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2010, p. 76.

[105](#) Por essa razão, não se está aqui de acordo com a afirmação contida em Kant de que a dignidade tem por fundamento a autonomia. V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 79.

[106](#) Vejam-se, a propósito do direito à vida, os seguintes documentos internacionais: Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), 1948, art. III; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Pacto ONU), 1961, art. 6º, onde há a admissão da pena de morte; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção Americana), 1969, art. 4º, onde tampouco há a proscricção da pena de morte; Carta Europeia de Direitos Fundamentais (Carta Europeia), 2000, art. 2º, que expressamente proíbe a pena de morte; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta Africana), 1979, art. 4º, sem referência à pena de morte. A Carta Europeia foi republicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, 30 mar. 2010.

[107](#) V. DUDH, arts. II e VII; Pacto ONU, arts. 26 e 27; Convenção Americana, art. 24; Carta Europeia, art. 20-23; e Carta Africana, art. 3º.

[108](#) Sobre o tema, em língua portuguesa, v. Charles Taylor, A política do reconhecimento. *In: Argumentos filosóficos*, 2000 e Axel Honneth, Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. *In: Jessé Souza e Patrícia Mattos (Org.), Teoria crítica no século XXI*, 2007. Para uma perspectiva diversa, v. Nancy Fraser, Reconhecimento sem ética? *In: Jessé Souza e Patrícia Mattos (Org.), Teoria crítica no século XXI*, 2007.

[109](#) V. DUDH, arts. IV e V; Pacto ONU, arts. 7º e 8º; Convenção americana, arts. 5º e 6º; Carta Europeia, arts. 3º a 5º; Carta Africana, arts. 4º e 5º.

[110](#) V. DUDH, arts. VI e XII; Pacto ONU, arts. 16 e 17; Convenção Americana, arts. 11 e 18; Carta Europeia, art. 3º; Carta Africana, art. 4º.

[111](#) Para um diálogo transnacional pleno, as categorias aqui utilizadas — direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica — precisam ser harmonizadas com o tratamento dado pela jurisprudência dos Estados Unidos aos direitos fundamentais, com remissão às doutrinas subjacentes às diferentes emendas que compõem o *Bill of Rights*. Sobre esta concepção americana e sua relação com a dignidade, v. Maxine D. Goodman, Human dignity in Supreme Court

constitutional jurisprudence, *Nebraska Law Review* 84:740, 2005-2006.

[112](#) Relembre-se que na concepção kantiana, essas seriam normas que o próprio indivíduo se imporia. No mundo jurídico, porém, como intuitivo, as normas são heterônomas, ditadas sobretudo pelo Estado.

[113](#) Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 337-38, onde assinalou: "Para que haja conduta ética é preciso que exista o agente consciente, isto é, aquele que conhece a diferença entre bem e mal, certo e errado, permitido e proibido, virtude e vício. A consciência moral não só conhece tais diferenças, mas também reconhece-se como capaz de julgar o valor dos atos e das condutas e de agir em conformidade com os valores morais, sendo por isso responsável por suas ações e seus sentimentos e pelas consequências do que faz e sente".

[114](#) Trata-se, aqui, de aspecto relevante da igualdade *material*. A igualdade *formal* e a igualdade como *reconhecimento* situam-se no âmbito do valor intrínseco.

[115](#) Ronald Dworkin, *Is democracy possible here*, 2006, p. xii.

[116](#) A ideia de mínimo existencial foi cunhada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em decisões diversas. V., e.g., *BVerfGE* 40:121, 1975 (*In*: Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemã*, 2003, p. 349-500); e *BVerfGE* 33:303 (*In*: Donald P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 282). No Brasil, o tema foi desenvolvido especialmente por Ricardo Lobo Torres, que consolidou seus diversos escritos em *O direito ao mínimo existencial*, 2009. Também dedicaram atenção ao tema, em meio a muitos outros, Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 223 *et seq.*; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2009, p. 299 *et seq.*; e Eurico Bitencourt Neto, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, 2010. Na doutrina estrangeira, o conceito é utilizado, igualmente, por John Rawls, *Political liberalism*, 2005, p. 228-9, que se refere a mínimo social ("social minimum"); e por Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, v. 1, p. 160, que utiliza a expressão "direitos fundamentais a condições de vida", na medida em que necessários ao desfrute, em igualdade de chances, dos demais direitos fundamentais.

[117](#) Esse direito pode ser satisfeito quer pelo atendimento individual, quer pela oferta de serviços públicos adequados.

[118](#) Observe-se, todavia, que Constituições como a do Canadá, por exemplo, fazem menção à "promoção de igualdade de oportunidades para o bem estar dos canadenses" (art. 36). Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê, em seu art. XXV, 1: "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle". O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, proclama "o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência" (art. 11.1) e, também, "o



direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome” (art. 11.2).

119 V. STF, RTJ 200:191, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Em celebrada decisão monocrática, o relator afirmou a necessidade da presevação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do *mínimo existencial*, que não fica ao “arbítrio estatal”.

120 Além disso, o discurso ético e jurídico contemporâneo incorporou a noção de *mínimo ecológico* como parte do mínimo existencial. V. Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 11.

121 A nomenclatura adotada é baseada em Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008, p. 289 *et seq.*, que inclui no mínimo existencial os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência aos necessitados e ao acesso à justiça. Já os conteúdos por mim propostos são em alguma medida mais amplos, como se expõe nas notas a seguir.

122 Em lugar de educação *fundamental*, faz-se referência à educação *básica*, que inclui a educação infantil, o ensino fundamental e o médio. O próprio texto constitucional passou a prever, após a EC nº 59, de 11.11.2009, que deu nova redação ao art. 208, I, “educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade”.

123 No conceito de saúde essencial estão incluídos acesso a água potável e a esgotamento sanitário (*i.e.* o saneamento básico – CF, art. 23, IX), atendimento materno-infantil (CF, art. 227, §1º), ações de medicina preventiva (CF, art. 198, II), ações de prevenção epidemiológica (CF, art. 200, II) e algumas prestações de medicina curativa, em interpretação razoável do art. 196 da Constituição, que assegura o “direito à saúde”.

124 A assistência aos desamparados inclui alimentação, abrigo, vestuário, renda mínima, aspectos da previdência social e lazer. A Lei nº 10.835, de 08.01.2004, instituiu a “renda básica da cidadania”, programa ainda não implementado de maneira abrangente. A Lei nº 10.836, de 09.01.2004, criou o “programa bolsa família”.

125 O acesso à justiça, como intuitivo, é instrumental à obtenção das prestações correspondentes ao mínimo existencial quando não tenham sido entregues espontaneamente.

126 Canadá. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R 519. Data: 30 de setembro de 1993. Disponível em: <http://scc.lexum.umontreal.ca/>. Acesso em: maio 2006. Com efeito, a Corte validou a distinção feita pela legislação canadense entre recusa de tratamento — reconhecida como direito do paciente — e o suicídio assistido, que é proibido. Por 5 votos a 4, negou o direito de uma mulher com esclerose lateral — enfermidade degenerativa irreversível — de controlar o modo e o momento da própria morte, com assistência de um profissional de medicina. Na decisão restou lavrado: “O que a revisão precedente demonstra é que o Canadá e outras democracias ocidentais reconhecem e aplicam o princípio da santidade da vida como um princípio geral que é sujeito a limitadas e estreitas exceções em situações nas quais as noções de autonomia pessoal e dignidade devem prevalecer. Todavia, essas mesmas sociedades *continuam a traçar distinções entre formas ativas e passivas de intervenção no processo de morrer*, e, com pouquíssimas exceções, proíbem o suicídio assistido em situações semelhantes à da apelante. A

tarefa então se torna a de identificar as razões sobre as quais essas diferenças são baseadas e determinar se elas são suportáveis constitucionalmente”.

[127](#) Estados Unidos. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Em *Lawrence*, reverteu-se a decisão da década de 1980, proferida no caso *Bowers v. Harwick*, na qual havia sido considerada constitucional lei que criminalizava as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Firmou-se, assim, o entendimento de que conduta sexual íntima era parte da liberdade protegida pela cláusula do devido processo legal substantivo, nos termos da 14ª Emenda.

[128](#) Colômbia. *Sentencia C-239/97. Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980 – Código Penal*. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaiviria Diaz. 20 de mayo de 1997. Disponível em: <<http://www.ramajudicial.gov.co/>>. Acesso em: jan. 2011. “En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior. La decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, *como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión*. [...] Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad”.

[129](#) Colômbia. *Sentencia T-62910*. Acción de tutela instaurada por LAIS contra el Bar Discoteca PANDEMO. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Heao Pérez. V.: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>>. Acesso em: nov. 2010.

[130](#) V. Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Mimeografado. Tese de doutorado aprovada no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 172-3.

[131](#) Essa dualidade, dignidade como autonomia e como heteronomia, isto é, como fundamento de direitos ou como restrição a comportamentos individuais, encontra-se presente em diversos autores. Merece destaque a obra de Deryck Beyleveld e Roger Brownsword *Human dignity in bioethics and biolaw*, 2004, p. 29.

[132](#) V. Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Mimeografado, 2010. V. tb. Oscar Vieira Vilhena, *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, 2006, p. 365.

[133](#) A solidariedade tem uma dimensão social, isto é, interna a determinado grupo; outra internacional, que envolve a relação entre Estados soberanos; e, por fim, intergeracional, abrangendo as obrigações de uma geração para com outra. Sobre o ponto, v. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2001, p. 39.

[134](#) Sobre o tema, v. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/>. Os autores citam passagem do suíço Peter Saladin, na qual

enuncia três princípios éticos para o tratamento da questão ambiental: "a) *princípio da solidariedade* (justiça intrageracional); b) *princípio do respeito humano pelo ambiente não humano* (justice interspecies); e c) *princípio da responsabilidade para com as futuras gerações* (justice intergeracional)" (p. 16). V. tb. Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Daniel Braga Lourenço, *Em prol do direito dos animais: inventário, titularidade e categorias*, 2010. Mimeografado. (Texto gentilmente cedido pelos autores).

[135](#) Sobre paternalismo, v. Joel Feinberg, Legal paternalism. *In*: Rolf Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1987, p. 3-18; Gerald Dworkin, Paternalism: some second thoughts. *In*: Rolf Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1987, p. 105-112; Manuel Atienza, Discutamos sobre paternalismo, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5:203, 1988, p. 203.

[136](#) A dignidade como valor comunitário, imposto heteronomamente, é frequentemente associada a conceito jurídicos indeterminados, como ordem pública, interesse público, moralidade pública, portas pelas quais ingressam, em concepções autoritárias ou não plurais, as razões de Estado. Como observou Letícia Martel em *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, 2010, p. 174: "[O]s objetivos que amparam o conceito de dignidade como heteronomia são similares aos do paternalismo, aos do moralismo jurídico e aos do perfeccionismo".

[137](#) A expressão *tiranía da maioria* é utilizada tanto por John Stuart Mill (*Da liberdade*) como por Alexis de Tocqueville (*Democracia na América*). V. Norberto Bobbio, *Liberalismo e democracia*, 1988, p. 55 *et seq.*

[138](#) França. V. decisão do Conselho de Estado francês, caso *Commune de Morsang-sur-Orge*, de 27 out. 1995. Disponível em: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/>>, com comentário em: <<http://www.conseil-etat.fr/>>. Ambos os acessos em 14 de novembro de 2010. O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge 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 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).

[139](#) Reino Unido. Câmara dos Lordes. *R.v. Brown*. [1993] *All ER 75*. Disponível em: <<http://www.parliament.the-stationery-office.com/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/brown01.htm>>. Acesso em: dez. 2008. A decisão foi confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). V. *Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom*, 1997. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/>>. Acesso em: dez. 2008. O caso envolveu vídeos que foram encontrados casualmente e que continham filmagens de relações sexuais grupais homossexuais com fortes componente sadomasoquistas. V. Letícia Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, 2010, p. 175-6.

[140](#) Alemanha. V. *BVerwGE 64:274*, 1981, *apud* Deryck Beyleveld e Roger Brownsword *Human dignity in bioethics and biolaw*, 2004, p. 34. V. tb. Letícia Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, 2010, p. 177, que assim define *peep shows*: “[S]ão apresentações nas quais mulheres aparecem engaioladas e sujeitam-se às vontades dos espectadores, que podem *dirigir* seus movimentos e suas performances. De regra, não podem tocá-las”.

[141](#) Sobre a proibição dos discursos do ódio para a proteção da dignidade humana, há decisões de tribunais diversos, incluindo a Suprema Corte de Israel, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, as Supremas Cortes do Canadá e da África do Sul, bem como o Tribunal Constitucional da Hungria. V. levantamento em Christopher McGrudden, *Human dignity and judicial interpretation of human rights*, *The European Journal of International Law* 19:655, 2008, p. 699 *et seq.* No Brasil, um dos fundamentos utilizados pelo STF para a proibição dos discursos do ódio foi justamente a dignidade humana. V. STF, *DJ* 19 mar. 2003, HC 82.424/RS, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves. Sobre o tema da liberdade de expressão nesse contexto e para uma análise comparativa entre Estados Unidos e Europa, v. Guy E. Carmy, *Dignity – The enemy from within: A theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 9:957, 2006-2007.

[142](#) O art. 5º da Constituição de 1988, dedicado aos direitos individuais, contém 78 incisos.

[143](#) Um critério decisivo, aqui, há de ser a vulnerabilidade do grupo afetado pelo radicalismo verbal. A expressão “branco safado”, por exemplo, tem um impacto diverso da de “negro safado”, em razão do histórico de opressão e discriminação que assinala a trajetória dos afrodescendentes no Brasil.

[144](#) STF, *DJ* 16 fev. 2001, HC nº 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

[145](#) STF, *DJ* 17 out. 2008, HC nº 93.782/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

[146](#) STF, *DJ* 20 out. 2006, HC nº 85.327/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, *DJ* 02 fev. 2010, HC nº 86.000/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, *DJ* 27 maio 2005, HC nº 84.768/PE, Rel. Min. Ellen Gracie; STF, *DJ* 22 set. 2009, HC nº 89.176/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes.

[147](#) STF, *DJ* 30 abr. 2010, HC nº 98.579/SP, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello.

[148](#) STF, *DJ* 04 dez. 2009, HC nº 99.652/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

[149](#) STF, *DJ* 20 maio 2010, HC nº 98.067/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

[150](#) STF, *DJ* 19 dez. 2008, HC nº 91952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

[151](#) STF, *DJ* 05 set. 2008, HC nº 90.125/RS, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau.

[152](#) STF, *DJ* 04 jun. 2004, HC nº 83.358/SP, Rel. Min. Carlos Britto.

[153](#) STF, *DJ* 19 dez. 2008, RE nº 398.041/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa.



[154](#) STF, DJ 22 nov. 1996, HC nº 71.373/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio. O caso trata da questão da realização compulsória de exame de DNA para fins de comprovação de paternidade. Por maioria, o STF entendeu que a realização forçada de exames invade a privacidade, a intimidade e a integridade física individuais, protegidas pela dignidade.

[155](#) STF, DJ 17 out. 2008, ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.

[156](#) STF, DJ 10 ago. 2001, HC nº 70.389, Rel. Min. Celso de Mello.

[157](#) STF, DJ 05 nov. 2009, ADPF nº 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto.

[158](#) STF, DJ 25 set. 2009, Pet nº 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto.

[159](#) STF, DJ 26 abr. 2010, STA nº 316/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes (presidente).

[160](#) Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *Interesse Público* 46:31, 2007.

[161](#) STF, DJ 14 set. 2011, ARE nº 639.337 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello

[162](#) STF, DJ 30 ago. 2011, AO nº 1.390/PB, Rel. Min. Dias Toffoli

[163](#) STF, DJ 13 out. 2011, ADI nº 1.856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

[164](#) Lei nº 2.895/1998.

[165](#) CF, art 225, *caput* e §1º, VII: "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. §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".

[166](#) Sobre o ponto, no mesmo sentido, v. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, 2012 (no prelo).

[167](#) STF, DJ 16 dez. 2011, RE nº 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli.

[168](#) "[C]onsidero haver certo abuso retórico em sua invocação [da dignidade humana] nas decisões pretorianas, o que influencia certas doutrinas, especialmente do Direito Privado, transformando a conspícua dignidade humana, [...] em verdadeira panacéia de todos os males. Dito de outro modo, se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá. [...] Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma [...]"

[169](#) STJ, DJ 16 set. 2009, REsp nº 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins.

[170](#) STJ, DJ 4 fev. 2010, IF nº 92/MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

- [171](#) STJ, *DJ* 29 mar. 2010, HC nº 119.285/PR, Rel. Min. Laurita Vaz.
- [172](#) STJ, *DJ* 08 jun. 2009, REsp nº 911.183/SC, Rel. p/ acórdão Min. Jorge Mussi.
- [173](#) STJ, *DJ* 05 nov. 2009, REsp nº 1.104.731/RS, Rel. Min. Herman Benjamin.
- [174](#) STJ, *DJ* 01 jul. 2009, MS nº 14.017/DF, Rel. Min. Herman Benjamin.
- [175](#) STJ, *DJ* 21 nov. 2008, REsp nº 980.300/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.
- [176](#) STJ, *DJ* 08 mar. 2010, HC nº 51.324/ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.
- [177](#) STJ, *DJ* 29 mar. 2010, REsp nº 942.530/RS, Rel. Min. Jorge Mussi.
- [178](#) STJ, *DJ* 03 ago. 2009, EREsp/RJ nº 845.982, Rel. Min. Luiz Fux.
- [179](#) STJ, *DJ* 05 ago. 2008, RHC nº 23.552/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda.
- [180](#) STJ, *DJ* 29 out. 2008, REsp nº 1.068.483/RO, Rel. Min. Francisco Falcão.
- [181](#) STJ, *DJ* 09 dez. 2008, AgRg no AgRg no Ag nº 951.174/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias.
- [182](#) STJ, *DJ* 15 mar. 2010, CC nº 108.442/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi.
- [183](#) STJ, *DJ* 04 ago. 2009, REsp nº 964.836/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi.
- [184](#) STJ, *DJ* 23 fev. 2010, REsp nº 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi.
- [185](#) STJ, *DJ* 18 nov. 2009, REsp nº 1.008.398/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi.
- [186](#) STJ, *DJ* 13 out. 2010, REsp nº 578085/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.
- [187](#) STM, *DJ* 13 mar. 2007, Apelo 2006.01.050302, Rel. Min. Marcus Herndl (no caso, decidiu-se pela aplicação do art. 71 do Código Penal, em vez do art. 80 do Código Penal Militar, considerado mais gravoso).
- [188](#) STM, *DJ* 01 dez. 2008, Rcrimfo 2008.01.007552-1, Rel. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.
- [189](#) STM, *DJ* 10 nov. 2009, HC nº 2008.01.034595-7, Rel. Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach.
- [190](#) STM, *DJ* 12 maio 2009, HC nº 2008.01.034520-5, Rel. Min. Sergio Ernesto Alves Conforto (considerando inválida a vedação *ex lege*, sem motivação, à concessão de liberdade provisória).
- [191](#) STM, *DJ* 18 dez. 2009, Apelfo nº 2009.01.051387-6, Rel. Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach.
- [192](#) TSE, *DJ* 25 ago. 2010, Rp nº 240991/DF, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha.

[193](#) TSE, *DJ* 31 ago. 2004, RESPE nº 21920/MG, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos; TSE, *DJ* 17 set. 2004, RCL nº 318/CE, Rel. Min. Luis Carlos Lopes Madeira (a realização coletiva exporia o interessado a situação constrangedora).

[194](#) A Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, alterou a Lei Complementar nº 64/1990 para considerar inelegíveis para qualquer cargo por oito anos também os que forem condenados por decisão proferida por órgão judicial colegiado em certos crimes, elencados pela lei (LC nº 64/1990, art. 1º, I, "e").

[195](#) TSE, *DJ* 04 jul. 2008, CTA nº 1621/PB: "Só o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, seja pelo cometimento de crime, seja pela prática de improbidade administrativa, pode impedir o acesso a cargos eletivos. Dir-se-á que o povo continuará a ser enganado por estelionatários eleitorais. A resposta é a de que a lei está de acordo com os melhores princípios que tutelam a dignidade humana; a falha está na respectiva aplicação" (extraído do voto do Ministro Ari Pargendler).

[196](#) Essa é a razão de ser da Súmula nº 363/TST — nesse sentido, v. TST, *DJ* 09 maio 2003, RR 2368600-83.2002.5.11.0900, Rel. Des. Antônio José de Barros Levenhagen.

[197](#) TST, *DJ* 24 fev. 2006, ROMS 9185800-80.2003.5.02.0900, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes (admitiu a quebra do sigilo fiscal de sócio de empresa que não informara os bens de que dispunha para saldar a dívida da empresa, após desconsideração da personalidade jurídica dessa última).

[198](#) TST, *DJ* 15 out. 2004, RR 660481-47.2000.5.01.5555, Rel. Min. José Antônio Pancotti: "Indiscutível a garantia de o empregador, no exercício do poder de direção e mando, fiscalizar seus empregados [...]. A fiscalização deve dar-se, porém, mediante métodos razoáveis, de modo a não expor a pessoa do empregado a uma situação vexatória e humilhante, não submetendo o trabalhador ao ridículo, nem à violação de sua intimidade (CF/88, art. 5º, X)".

[199](#) TST, *DJ* 03 jun. 2005, RR 396800-41.2001.5.12.0028, Rel. Min. Gelson de Azevedo.

[200](#) TST, *DJ* 24 fev. 2006, RR 637060-43.2000.5.22.5555, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Em sua redação original, a Lei nº 5.859/1972 garantia aos empregados domésticos um período de 20 (vinte) dias úteis de férias, enquanto os demais empregados, em geral, faziam jus a 30 (trinta) dias corridos de férias (CLT, art. 130, I). No caso, embora o recurso de revista não tenha sido conhecido no ponto, o Tribunal destacou que "a legislação que disciplina as férias do empregado doméstico já não mais encontra respaldo na ordem constitucional inaugurada em 05.10.1988, porquanto não se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, tampouco com a finalidade social do instituto". Mais recentemente, a Lei nº 11.324/2006 alterou a redação do art. 3º da Lei nº 5.859/1972 para conferir aos empregados domésticos o direito a 30 (trinta) dias de férias remuneradas.

[201](#) TST, *DJ* 26. jun. 2005, RR 101100-94.2001.5.04.0561, Rel. Min. João Oreste Dalazen.

[202](#) TST, *DJ* 23 nov. 2007, RR 153200-42.2002.5.04.0221, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula.

- [203](#) TST, *DJ* 13 set. 2002, RR 452564-72.1998.5.03.5555, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa.
- [204](#) TST, *DJ* 22 out. 2004, AIRR 9375900-35.2003.5.04.0900, Rel. Des. Conv. José Antônio Pancotti. O tema também é objeto da Súmula nº 331/TST, IV. Nada obstante, em recente julgado, o STF considerou constitucional o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, entendendo que a simples inadimplência do contratado não transferiria à Administração a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, embora eventual omissão na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado pudesse gerar essa responsabilidade (STF, *Inf.* 610, ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso).
- [205](#) TST, *DJ* 12 mar. 2004, RR 120640-61.2003.5.02.0902, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.
- [206](#) TST, *DJ* 28 out. 2004, AIRR 4789200-05.2002.5.01.0900, Rel. Des. José Antônio Pancotti: “Extrapolou os limites de simples justa causa para rescisão contratual, para alçar a lesão ofensiva à dignidade e à honra da pessoa do cidadão trabalhador, se o empregado professor dos cursos de graduação, pós-graduação e mestrado de uma instituição de ensino sofre gradativa redução da carga horária até a supressão das horas aulas, ficando impedido de trabalhar, sem pré-aviso, para afinal informar que necessitava de enxugar o quadro de professores”.
- [207](#) TST, *DJ* 23 mar. 2001, RR 392441-61.1997.5.06.5555, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa.
- [208](#) Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, p. xi.
- [209](#) Sobre o tema, v. Maria Berenice Dias, *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*, 2009; Roger Raupp Rios, *A homossexualidade no direito*, 2001; Luís Roberto Barroso, Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, *Revista de Direito do Estado* 5:167, 2007.
- [210](#) Para a discussão doutrinária desse tema, v. Luís Roberto Barroso, A fé na ciência: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e André Rufino do Vale, *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, 2010, p. 220-232. V. tb. acórdão do STF na matéria: *Informativo STF nº 508*, 26 a 30 mai. 2008, ADI nº 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto.
- [211](#) Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, memorial com razões finais (Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/>>) e manifestação sobre audiência pública (Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/>>).
- [212](#) Stéphanie Henneke-Vauchez, *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation*, 2005, p. 24.
- [213](#) Esta é a tese de Jeremy Waldron: a noção moderna de igualdade deve significar uma equalização de posições, pela qual se procura atribuir a toda pessoa humana alguma coisa da dignidade, *rank* e expectativa de respeito que eram anteriormente dedicados aos nobres. V. Jeremy Waldron. Dignity, rank, and rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley. Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper n. 09-50, September 2009. Waldron atribui o crédito da ideia a Gregory Vlastos, Justice and equality. In: Jeremy Waldron (ed.), *Theories of*



*rights*, 1984, p. 41.

[214](#) A referência a “deuses” foi feita por Roberto Mangabeira Unger, em troca de ideias sobre o tema.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, nov./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83932>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão impressa:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 29-70, nov./dez. 2012.

# Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos

Juarez Freitas

**Palavras-chave:** Licitação. Sustentabilidade. Políticas públicas.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Sustentabilidade e contratação administrativa – 3 Síntese conclusiva

## 1 Introdução

As licitações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em todos os Poderes, precisam incorporar, definitivamente, ao escrutínio das propostas, os incontornáveis critérios paramétricos de sustentabilidade para ponderar os custos (diretos e indiretos) e os benefícios sociais, ambientais e econômicos. Apenas assim, poderão aferir a real vantagem para a Administração Pública, para além das avaliações míopes e centradas nos custos imediatos, distorcidos e unidimensionais.

Força vestir, para tanto, nos certames licitatórios, *as lentes da sustentabilidade* social, ambiental, econômica, com todas as correlações éticas e jurídicopolíticas. Não se trata de simples faculdade, tampouco de modismo passageiro, como costuma objetar o conservadorismo redutor. Trata-se de assumir, vez por todas, que, em qualquer processo administrativo, o Estado tem de implementar políticas públicas, com o desempenho da *função indutora* de práticas sustentáveis, ao lado da *função isonômica* de oferecer igualação formal e substancial de oportunidades.

Vale dizer, as licitações e as contratações públicas, nos próximos tempos, obrigatoriamente terão de ser examinadas num horizonte intertemporal dilatado, mais responsável e consequente. E não só: impõe-se adicionalmente que todos os atos e contratos administrativos passem a ser sindicados à base do princípio positivo da sustentabilidade, que não é simples declaração programática. É diretriz vinculante, orientada para procedimentos e resultados, de cuja força normativa se podem extrair as regras comportamentais aptas a depurar as cores, ora cinzentas, da gestão pública. Mais do que “verde”, quer-se uma licitação com todas as cores limpas.

Não há como tergiversar ou fingir indiferença: *a conduta administrativa, para ser infralegal e legítima, terá de ser sustentável*. O erro do gestor de hoje será, muitas vezes, a doença ou a morte prematura de seus bisnetos, quando não dele próprio: as gerações futuras são, desde já, titulares de direitos fundamentais (CF, art. 225), de modo que o longo prazo, acompanhado do controle preventivo, torna-se variável cogente no julgamento das práticas administrativas.

Eis, sinteticamente, as ideias de fundo, a serem desenvolvidas no presente estudo:

- a) a sustentabilidade é “valor supremo”, assim como é princípio de envergadura constitucional e plexo de regras, não somente aplicáveis na seara do Direito Ambiental;
- b) dispõe-se, desde já, de condições normativas suficientes para concretizar esse princípio constitucional, numa gestão adequada de riscos;

c) as licitações, com a observância justificada dos critérios de sustentabilidade, encontram-se forçadas a conferir, desde a tomada de decisão, prioridade às políticas públicas que ensejam o bem-estar às gerações presentes, sem impedir que as gerações futuras produzam o seu próprio bem-estar;

d) as licitações sustentáveis trabalham com modelos paramétricos de estimativas razoáveis dos custos, diretos e indiretos, sociais, ambientais e econômicos, na ciência de que o melhor preço é aquele que implica os menores impactos e externalidades negativas e, concomitantemente, os maiores benefícios globais.

## 2 Sustentabilidade e contratação administrativa

### 2.1 Princípio constitucional da sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável é norma de aplicabilidade direta e obrigatória nas licitações e contratações públicas

A Constituição, no seu preâmbulo, consagra o desenvolvimento como “valor supremo”, ladeado pelo bem-estar, pela igualdade e pela justiça. Mas qual desenvolvimento? A leitura sistemática da Carta indica que só pode ser o desenvolvimento qualificado como sustentável, sobretudo em função dos arts. 3º, 170, VI, e 225, da CF. Por certo, como observa Amartya Sen, a “avaliação do desenvolvimento não pode ser dissociada da vida que as pessoas podem levar e da verdadeira liberdade que desfrutam. O desenvolvimento dificilmente pode ser visto apenas com relação ao melhoramento de objetos inanimados de conveniência, como um aumento do PIB (ou da renda pessoal) ou a industrialização — apesar da importância que possam ter como meios para fins reais.”<sup>1</sup>

De fato. O desenvolvimento é multidimensional (social, ambiental, econômico, ético e jurídico-político). Tais dimensões estão entrelaçadas e precisam ser promovidas sinergicamente. Defende-se, pois, que o desenvolvimento (“valor supremo”, segundo a Carta) não se circunscreve unilateralmente à seara econômica, como poderia parecer ao intérprete apressado e superficial. Bem observadas as coisas, o que prescreve o constituinte é o desenvolvimento intra e intergeracional promotor do ambiente limpo e da equidade social, dado que ambientes iníquos sabidamente afetam a sociedade inteira (não apenas aos pobres), em especial no atinente à saúde.<sup>2</sup>

Quer dizer, o constituinte pretende fomentar o *desenvolvimento sistêmico e integrado*, o qual, sem preconizar a postura passiva e omissivista perante a natureza, determina razoabilidade à atuação humana que precisa gerar, com limites e cautelas, a prosperidade integrada e contínua, não o simplório e utilitarista crescimento econômico, medido no não menos simplório PIB.

Para ilustrar o raciocínio: a poluição do ar pode ser o subproduto do crescimento econômico de curto prazo, todavia se implicar custos ambientais e sociais desmesurados, colidirá com o imperativo do desenvolvimento duradouro e será reprovável no teste da sustentabilidade.

*Há, sem dúvida, atividades econômicas venenosas que provocam mais danos do que valor agregado.*<sup>3</sup> Não são tais atividades, por certo, que o Estado Constitucional colima fomentar. Nesse diapasão, a Carta estabelece o desenvolvimento sustentável como “valor supremo” e, a partir do

art. 225, torna-se fácil inferir que se trata de princípio constitucional,<sup>4</sup> imediatamente vinculante, o qual, independentemente de regulamentação legal, obriga em todos os campos do sistema jurídico, não apenas no Direito Ambiental.

Aplica-se, desse modo, diretamente, sem necessidade de “interpositio legislatoris”, à esfera dos atos, procedimentos e contratos administrativos, que precisam contribuir para a qualidade de vida das gerações presentes, sem acarretar a supressão do bem-estar das gerações futuras. Portanto, além de “valor supremo”, o desenvolvimento sustentável é *princípio constitucional vinculante*,<sup>5</sup> que não deixa de obrigar pela eventual ausência de regras legais expressas.

Na via administrativa, qualquer visão débil do aludido princípio, em termos eficaciais, revela-se lesiva e fatal, configurando tentativa de retrocesso ao culto excessivo às regras legalistas (com os sacrifícios humanos associados). Dito de outra maneira, sem admitir retrocesso hermenêutico, o *EstadoAdministração tem o dever de aplicar a Lei Fundamental de ofício*, construindo e reconstruindo as regras instrumentalmente voltadas a vivificar o princípio constitucional da sustentabilidade, entendido em consórcio indissolúvel com os demais princípios.<sup>6</sup>

Mais: *toda discricionariedade administrativa encontra-se plenamente vinculada à sustentabilidade*: não se depende de regras legais por acréscimo (ainda que esclarecedoras leis tenham surgido recentemente, como será enfatizado) para cobrar a aplicação imediata do princípio constitucional. O contrário representaria arbitrariedade por omissão antijurídica e danosa.

Justamente desse caráter vinculante, surge o lastro que ampara, por exemplo, o ato administrativo que fixa limites razoáveis para emissões de poluentes ou que limita o cancerígeno benzeno em líquidos.<sup>7</sup> Não se trata de o administrador empreender inovação legislativa, nem de cometer usurpação de competência, senão de cumprir o dever de, no âmbito de suas atribuições regulatórias ou fiscalizatórias, imprimir a eficácia máxima possível à Constituição,<sup>8</sup> no seu cerne.

Nessa chave, nas licitações e contratações administrativas, imperioso assumir que a proposta mais vantajosa será sempre aquela que, entre outros aspectos a serem contemplados, apresentar-se a *mais apta a causar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais*.

Por isso, *o sistema de avaliação de custos, sob pena de violação flagrante ao princípio constitucional em apreço, terá de ser reformulado e incluir os custos indiretos, hoje seriamente negligenciados*, no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função dos previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas tomadas. Ou seja, *antes de licitar, não se podem mais ignorar, candidamente, os custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa. Afinal, a má licitação quase sempre começa antes da abertura do procedimento licitatório...*

Outro ponto: com o seu *gigantesco poder de contratação (mais de dez por cento do PIB)*, *cumpra ao Poder Público influenciar a matriz produtiva*, num foco de convergência para que os fornecedores, públicos e privados, comecem a se tornar vigilantes quanto à *sustentabilidade do ciclo de vida*<sup>9</sup> dos produtos — desde a obtenção de matérias-primas e insumos, passando pelo processo produtivo e consumo até a disposição final. Eis uma providencial alteração de compreensões prévias, que ostenta o condão de reorientar, na íntegra, as contratações em geral.



Imprescindível, ainda, assumir, nos contratos administrativos, a responsabilidade compartilhada pela destinação final dos resíduos e, quando couber, pela logística reversa. Novamente, não se trata de matéria de maior ou menor predileção do administrador, mas de *incontornável obrigação legal e constitucional*.

Sempre para ilustrar: o reuso de água e a adoção de medidas de poupança de energia não são simples escolhas, escravas dos juízos de conveniência e de oportunidade. Não. São providências que não dependem do ânimo benigno do administrador. Apresentam-se, na realidade, como resultantes deontológicas do princípio constitucional da sustentabilidade e das regras que, expressamente ou por inferência, ajudam a densificá-lo. No limite, o desperdício pode configurar, se doloso, uma quebra da probidade administrativa. A obra errada e inútil, o serviço nefasto e o produto nocivo compõem o quadro das inadmissíveis violações ao princípio.

Além disso, importa ter presente, em nome de judiciosa e renovada calculabilidade, que, não raro, o custo para investir, por exemplo, no monitoramento do uso de recursos hídricos ou da energia costuma significar investimento de "x", contudo propiciar, ao longo de alguns anos, uma economia da ordem de várias vezes "x".

Também os financiamentos públicos, mercê do princípio em tela, encontram-se compelidos, normativamente, a inserir considerações mais precisas de viabilidade no longo prazo, de ordem a considerar, transparentemente, os custos, diretos e indiretos, bem como os riscos associados às externalidades negativas. Não somente: o financiamento tem de contemplar a sustentabilidade, em todas as suas facetas, inclusive para evitar o ingresso em empreendimentos temerários e para manter distante a "tragédia grega" da insolvência ou da execução falha. Assim, por exemplo, as medidas cautelares dos Tribunais de Contas são impositivas para evitar os desvios nos financiamentos públicos, nas contratações administrativas.

Na esfera licitatória, portanto, mister imediatamente *induzir* (um dos papéis fulcrais do edital sustentável), a redução dramática do uso de produtos nocivos e tóxicos, com o incentivo de técnicas e propostas alternativas. Nessa linha, por exemplo, as merendas escolares devem ser compostas exclusivamente de alimentos isentos de agrotóxicos (seriamente certificados), com mais antioxidantes e sem cancerígenos.<sup>[10](#)</sup>

Os edifícios públicos, por sua vez, precisam ser construídos de maneira verdadeiramente sustentável, não apenas com a adoção de pontuais tecnologias "verdes" de fachada. Por exemplo, uma construção em área contaminada simplesmente não pode ser aceita, sem que se proceda a completa descontaminação prévia. Outra aplicação: os projetos básicos e executivos, para a contratação de obras e serviços de engenharia, devem contemplar opções que reduzam os custos de manutenção e de operacionalização, não apenas os de construção. Isto é sustentabilidade.

Ainda: os veículos a serem adquiridos pelo Poder Público haverão de ser os menos poluentes, não emitindo níveis nocivos de enxofre, por exemplo. Melhor se a preferência recair sobre veículos elétricos, híbridos ou movidos a biocombustível,<sup>[11](#)</sup> que adotem rigorosos controles de emissão,<sup>[12](#)</sup> no intuito de enfrentar a poluição do ar, nos grandes centros urbanos, fenômeno que, frequentes vezes, assume proporções humanamente fatais. Lógico, cumpre que a origem dessas alternativas seja, ela própria, sustentável. Ninguém pode aceitar, por exemplo, o etanol oriundo de trabalho escravo, tampouco a energia elétrica excessivamente dependente de usinas térmicas, sobretudo

em face de nossos imensos potenciais hídricos.

Adicional constatação: apresenta-se inescapável a implementação, *também por intermédio dos certames licitatórios*, daquelas políticas públicas que valorizem a mobilidade urbana, com incentivo deliberado e firme ao transporte público de qualidade<sup>13</sup> e com a adoção preferencial de outros modais de transportes (ferrovias e hidrovias) para o escoamento de pessoas e produção, haja vista a saturação crítica do modal rodoviário.<sup>14</sup> Como se afigura incontendível, o trânsito, nas metrópoles,<sup>15</sup> é robusto e estressante testemunho da falta de planejamento sistêmico, que se revela, a cada dia, mais insustentável.

Enfim, tais exemplos são suficientes para pôr em destaque solar o papel que o Estado-Administração deve exercer no atinente à implementação inadiável de licitações e contratações públicas, em consonância com o princípio positivo da sustentabilidade multidimensional.<sup>16</sup> Logo, numa primeira conclusão, consigne-se que *não se trata de simples faculdade, mas de obrigação constitucional e legal realizar as licitações e contratações administrativas sustentáveis, em todos os Poderes e por todos os Poderes*.

Dito de outro modo, *o dever de efetuar contratações públicas sustentáveis veio para permanecer*. Trata-se de promover a reconformação da arquitetura das instituições e dos comportamentos: *guiado pelo imperativo fundamental da sustentabilidade, o gestor precisa, em todas as relações de administração, promover o bem-estar das gerações presentes, sem inviabilizar o bem-estar das gerações futuras, cujos direitos fundamentais são, desde logo, plenamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico*.<sup>17</sup>

## **2.2 Nas licitações, o Estado-Administração tem de ser suficiente e eficaz na proteção ativa dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras**

Assentado esse ponto, cumpre notar que o controle mais significativo dos atos, procedimentos e contratos administrativos é o da eficácia (CF, art. 74), em lugar da simples eficiência ou da mera legalidade (CF, art. 37).<sup>18</sup> Com efeito, a eficiência, em situações paradoxais, pode até produzir mais velozmente o insustentável. Por isso, a *densificação do princípio da eficácia* (entendido como obtenção de resultados e processos compatíveis com os objetivos fundamentais da Carta, não apenas aptidão de produzir efeitos no mundo jurídico) é a que mais importa. O Estado-Administração não pode prosseguir insuficiente e ineficaz na proteção ativa dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.<sup>19</sup>

Nesse enfoque, podem-se catalogar as regras densificadoras da sustentabilidade (ou do princípio do desenvolvimento sustentável, para os que preferirem a expressão) em três grandes grupos: (i) regras legais, (ii) regras administrativas expressas ou decorrentes do poder regulamentar e (iii) regras interpretativas inferíveis do sistema constitucional, que servem para colmatar lacunas eficaciais e suprir a tópica insuficiência na proteção dos direitos fundamentais.

Convém grifar: revela-se despropositada e temerária qualquer espera excessiva por adicionais regras expressas, já que a demora pode ser corrosiva da eficácia do princípio constitucional. Enfatize-se, pois, a vinculatividade direta do sistema, a qual *não pode ser ofuscada ou obliterada*

*pela morosidade ou pela inércia administrativa inconstitucional.*

Ou seja, o Estado-Administração não pode dar de ombros para os princípios fundamentais e para os deveres adaptativos, sob a alegação pusilânime de carência de regras expressas, sob pena de se ver o bizarro endeusamento das regras no altar pagão do déficit de normatividade. As regras jurídicas, por sua natureza instrumental, não podem, contraditoriamente, desservir à eficácia do sistema normativo. Encontram-se destinadas a propiciar a catalização eficaz dos princípios, objetivos e direitos fundamentais.<sup>20</sup>

Pois bem: no primeiro grupo de regras (i), pode-se evocar inicialmente a Lei de Mudanças Climáticas (Lei nº 12.187, de 2009). Tal diploma estipula a adoção de providências que estimulem, com celeridade,<sup>21</sup> o desenvolvimento de processos e tecnologias, aptos a contribuir para a economia de baixo carbono, assim como para a adaptação, com o estabelecimento de *critérios seguros de preferência*, nas licitações públicas, para aquelas propostas que propiciarem maior economia de energia, água e outros recursos naturais (art. 6º, XII). Note-se: nesse dispositivo, os critérios de preferência devem ser aplicados até para a simples autorização e, “a fortiori”, para a celebração dos contratos públicos, que requerem estabilidade e pressupõem alta previsibilidade das condutas.

Outra regra densificadora, alojada no corpo da Lei de Licitações, alterada pela Lei nº 12.349, de 2010,<sup>22</sup> determina que a licitação “destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.” Quer dizer, cumpre observar os interdependentes princípios da isonomia e da sustentabilidade, nas licitações públicas. Isonomia e sustentabilidade social, econômica e ambiental são, por outras palavras, princípios amplamente compatibilizáveis e de aplicação obrigatória conjunta.

Verdade que, há muito, o art. 12 da Lei de Licitações, determina que, nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços, seja considerado, entre outros requisitos, o impacto ambiental, assim como a funcionalidade e a adequação ao interesse público.<sup>23</sup> Entretanto, igualmente certo que existem, até hoje, prédios públicos, portos e rodovias no Brasil, que precisam ser urgentemente regularizados, simplesmente porque operam sem licença ambiental.<sup>24</sup> Como quer que seja, o princípio da sustentabilidade inova e quer mais. Com efeito, reputar a sustentabilidade como somente ambiental seria uma leitura demasiado restritiva, em termos sistêmicos, exigindo menos do que o princípio constitucional realmente prescreve.

Curiosamente, a polêmica e experimental Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462, de 2011), teve o cuidado de repetir, no seu art. 3º, que as licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar o princípio do desenvolvimento sustentável e, mais do que isso, no seu art. 4º, fez constar inovadoramente que, nas licitações e contratos, terá de ser observada, entre outras, a diretriz de “busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.” Trata-se de exigir a avaliação, pelos controles interno e externo, dos *custos, diretos e indiretos, a serem parametricamente aferidos*.

Naturalmente, a referência abrangente a custos econômicos, sociais e ambientais é categórica e oportuna tradução, em seu amplo espectro, do princípio constitucional da sustentabilidade, ainda que veiculada em diploma a ser aperfeiçoado. Mas não só: no art. 10, admite-se, com a pertinente motivação, na contratação das obras e serviços, a remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas e critérios de sustentabilidade, estipulados no instrumento convocatório e no contrato. E mais: diz o art. 19 que o julgamento pelo menor preço ou menor desconto terá de considerar o menor dispêndio da administração, porém atendidos os parâmetros de qualidade, convindo sublinhar que os custos indiretos haverão de ser necessariamente contemplados na definição desse menor dispêndio.

Contudo, a consagração da sustentabilidade, no plano das regras legais, não cessa por aí. Entre os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305, de 2010, art. 7º, XI), figura a prioridade obrigatória, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis e bens, serviços e obras que considerem os critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis. Prioridade, aqui, tem de ser lida de acordo com a primazia hermenêutica da substância sobre a forma. Por outras palavras, sempre que possível optar entre um ou outro bem, a escolha legítima só pode recair sobre aquele que estiver em sintonia com as exigências globais da sustentabilidade. Não se admite esposar retoricamente o sentido fraco do termo prioridade, pois se impõe efetivamente descartar os produtos que não apresentarem as citadas características, sobremodo perante alternativas com preços razoáveis e condições técnicas abalizadas para atender os requisitos da sustentabilidade. O que se objetiva, nesse diploma, é acelerar a transição para os negócios “verdes” e, com isso, para novos padrões de consumo, uma vez que os métodos usuais (“business as usual”) simplesmente podem tornar a vida humana inviável.

O segundo grupo apontado (ii) é o das regras administrativas expressas, as quais, a seu modo, também visam a concretizar o princípio constitucional da sustentabilidade, no exercício do poder regulamentar. A título de ilustração, cumpre citar a Instrução Normativa nº 1/2010, da Secretaria de Logística, do Ministério do Planejamento, que dispõe sobre os critérios obrigatórios de sustentabilidade, na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Com acerto, esclarece o ato administrativo que tais critérios, no atinente às especificações, devem constar no instrumento convocatório, “considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias primas” (art. 1º). A par disso, remete, judiciosamente, ao art. 12 da Lei nº 8.666, e desdobra a regra legal, orientando-a no sentido de que as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo, para contratação de obras e serviços de engenharia, precisam ser elaboradas visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, ao lado da utilização de tecnologias que reduzam o impacto ambiental.

Como se constata, o ato administrativo em apreço nada mais faz do que detalhar, de forma organizada, relevantes mandamentos derivados do sistema. Por sinal, no caso de bens e serviços, o art. 5º deixa estampado, didaticamente, que as Administrações poderão<sup>25</sup> exigir que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável ou que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação a similares. A despeito da literalidade, entretanto, não se trata de mera faculdade, mas de obrigação constitucional, eis que o princípio da



sustentabilidade impõe prevenção e precaução.<sup>26</sup> No ponto, a instrução normativa não somente faz remissão a outros atos administrativos (e.g. Resoluções do Conama, Resoluções da Anvisa, normas do INMETRO, etc.), embora cuide de prestigiar princípios, por assim dizer, miscíveis com a sustentabilidade, como é o caso da economicidade. Nessa linha, prescreve corretamente que, antes de iniciar o processo de aquisição, a Administração Pública precisa verificar a disponibilidade e a vantagem de reutilização de bens, por meio de consulta ao fórum eletrônico de materiais ociosos.

Dito de modo sintético, tal ato administrativo, ainda que deva ser aperfeiçoado, revela-se vetor útil de aplicação do *princípio positivo da sustentabilidade*, que determina condutas estatais contextualizadas e voltadas ao desenvolvimento duradouro, ambientalmente limpo, eficiente e ético, socialmente equânime, de modo a assegurar, no presente e no futuro, as condições efetivas para o bem-estar.

Regras similares existem ou merecem existir, no âmbito dos Estados, Municípios e Distrito Federal, sendo lícito constatar que regras gerais<sup>27</sup> já se encontram perfeitamente acessíveis para que as contratações públicas passem, de pronto, a ser sustentáveis, em todos os Poderes e esferas. Contudo, caso se constate remanescente omissão de regra legal ou administrativa expressa, resta o caminho plausível de extrair o intérprete-administrador ou o controlador, por força de inferência, as regras do terceiro grupo (iii), isto é, aquelas construídas, por assim dizer, pelo aplicador que não se subtrai do compromisso de oferecer, motivadamente, a contribuição à eficácia crescente dos princípios constitucionais. A não ser assim, uma suposta falta de regras seria usada como arma contra a força vinculante do sistema constitucional, arma que nenhum agente público idôneo tem porte para carregar.

Em suma, conclui-se que existem regras suficientes (dos três grupos citados) para se considerar plena e imediatamente aplicável o princípio constitucional da sustentabilidade, nas licitações e contratações administrativas brasileiras.

### **2.3 Licitações e contratações: a proposta mais vantajosa é aquela que se encontra alinhada com as políticas públicas sustentáveis**

Nada justifica que a licitação siga presa a critérios simplistas ou à metodologia tradicional de julgamento. Melhor preço, frequentes vezes, é diferente do menor preço, contemplado sob o prisma do longo prazo. Como visto, o certo é que os controladores, notadamente os Tribunais de Contas, devem assumir, na perspectiva abraçada, o protagonismo da redefinição da arquitetura licitatória, ao cobrarem imediatamente o exame motivado dos custos e benefícios, diretos e indiretos, em termos econômicos, sociais e ambientais, de maneira parametricamente convincente.

Com efeito, o pensado, dogmaticamente, no pretérito, não representa nenhuma garantia neste mundo de agora. Assim, indispensável inovar, nos critérios de julgamento. Por igual, não é lícito negligenciar que a sustentabilidade representa — ao contrário do que dizem os seus críticos — um potencial ganho de eficiência, com redução significativa de custos, às vezes no plano imediato. Não por outro motivo, a sustentabilidade deixa de ser, gradativamente, o ardil para ganho de imagem ou de reputação, para se converter numa estratégia disseminada de agregação de valor para a Administração Pública e para as contratadas.

Afortunadamente, afloram os sinais de percepção mais acurada, pois começa a se difundir a noção de que a sindicabilidade das decisões administrativas haverá de se estender no tempo e no espaço, para contemplar os seus múltiplos efeitos, numa permanente reavaliação,<sup>28</sup> com reforço da programação, do planejamento e do monitoramento, no tocante aos impactos nos meios físico, biótico e socioeconômico.

É que os critérios estratégicos da sustentabilidade, no processo de tomada da decisão, requerem maior distanciamento temporal e a *capacidade de prospecção de longo prazo*, com o abandono resolutivo da visão reducionista segundo a qual o sistema jurídico cuidaria apenas de fatos passados. Em outros termos, o gestor público é instado a exercer, com discernimento, o juízo prospectivo de longo prazo.

Nessa prospecção, o gestor público responsável não pode mais realizar juízos adstritos ao imediato ou à pressão empobrecedora do curto prazo, típico comportamento daqueles que não apenas desprezam os princípios como se alienam a interesses secundários. Deve vencer todo e qualquer traço de indolência acomodatória que o impede de fazer o melhor para todas as gerações: o seu horizonte haverá de ser o horizonte do Estado Sustentável,<sup>29</sup> no qual o ciclo de vida dos produtos e serviços passa a ser escrutinado, com rigor crítico, preferencialmente de modo cautelar e antecipatório, oferecendo respostas adequadas, no teste da sustentabilidade, a ser descrito a seguir.

#### **2.4 Só as lentes da sustentabilidade permitem enxergar os novos critérios a serem observados, nas respectivas etapas do certame licitatório**

Avultam, nesse contexto de transição para o novo paradigma constitucional da sustentabilidade, uma tríade de questões centrais para a sua implementação exitosa nas licitações e contratações públicas.

Uma primeira questão concerne aos antecedentes da licitação. Quer dizer, antes de ela ser levada a efeito, impõe-se responder à indagação típica da sustentabilidade: *é ela realmente necessária e apresenta benefícios que superam os custos diretos e indiretos?* Considerou o administrador público, com esmero e capacidade de cálculo<sup>30</sup> (no sentido confiável do termo) a hipótese de resolver a demanda, com medidas de racionalização ou com o emprego daquilo que está disponível e ocioso? Mais: a decisão administrativa de licitar coaduna-se com o princípio da sustentabilidade em todas as suas dimensões, inclusive sociais e econômicas? Favorece a visão sistêmica ou contribui para formação de gargalos que só dificultam a vida de todos?

O dever de motivação, exercido nessa fase, terá de enfrentar, coerente e consistentemente, o mérito dessas questões conjuntas, na ciência de que o certame supérfluo ou lesivo — muito comum — não pode mais ser tolerado. Como se trata de uma questão que antecede a licitação, faz-se apropriado cogitar, desde o nascedouro, de licitações sustentáveis, e não apenas de contratações sustentáveis.

A propósito, no caso específico da licitação para concessão de serviços públicos, existe explícita cobrança de ato justificador da conveniência e, por suposto, de multidimensional sustentabilidade da outorga (Lei nº 8.987/95, art. 4º). No entanto, o certo, em homenagem ao art. 50 da Lei nº

9.784/99, é reconhecer o caráter cogente dessa motivação de maneira generalizada, em todas as licitações e contratações públicas e, à vista do princípio, indispensável encapsular, na justificação do certame, o exame minucioso dos requisitos da sustentabilidade. Não se deve esquecer que, consoante o inciso I, do citado art. 50, da Lei nº 9.784, a motivação é obrigatória quando os atos administrativos “neguem, limitem ou afetem direitos e interesses”. Ora, por conta das atuais circunstâncias, nada está mais exposto ao exame dos efeitos e do impacto sobre os direitos, sobretudo dos efeitos e do impacto sobre o direito ao futuro, do que as decisões administrativas escrutináveis à luz do princípio constitucional da sustentabilidade. Numa frase: o que afeta o futuro afeta o direito constitucional e fundamental à sustentabilidade, logo deve ser devidamente justificado.

Uma segunda questão típica de desenvolvimento sustentável envolve a implementação propriamente dita do certame licitatório. Superada a primeira fase, é chegado o momento de definir o objeto<sup>31</sup> e de inserir, no exame da habilitação e no rol dos critérios de avaliação da proposta mais vantajosa para a Administração, os requisitos da sustentabilidade ambiental, econômica e social. Requisitos que, mercê da importância sistêmica, na etapa do julgamento das propostas, transcendem — sem excluir — o exame da mera legalidade. Reitere-se: no projeto básico, quando se cogita de orçamento detalhado, cumpre que, doravante, constem estimativas razoáveis dos custos, diretos e indiretos, relacionados às externalidades negativas, de sorte que, para ilustrar, não se considere exclusivamente o custo econômico imediato para a construção de um prédio, mas também o da manutenção e o da operação, à vista das soluções adotadas.

Finalmente, uma terceira questão própria da sustentabilidade é aquela relativa à fase de celebração e execução do contrato administrativo, isto é, ao cumprimento das obrigações pactuadas. Nessa fase, que não pode ser separada logicamente das anteriores, conferir-se-á, fiscalizatoriamente, se a estimativa compreensiva dos custos diretos e indiretos, acolhida no texto do contrato, resultou bem-sucedida na execução, consoante sopesamento e pesagem dos custos e benefícios, expostos à reavaliação permanente dos aspectos comensuráveis e incomensuráveis,<sup>32</sup> sempre com proporcionalidade e respeito ao equilíbrio econômico-financeiro intangível.

Estas três questões são indissociáveis para o olhar que não se deixa confinar pela vista curta. *Só as lentes da sustentabilidade permitem enxergar dinamicamente os elementos a serem enquadrados, nas respectivas etapas do certame licitatório. Não são, por certo, elementos triviais, mas cruciais.*

Em síntese, no intuito de melhor retê-los, eis os tópicos que se afiguram os mais relevantes: antes de começar a licitação, crucial responder se existe conveniência motivada para iniciar o certame, inclusive verificar se existem, disponíveis ou disponibilizáveis, bens, produtos ociosos ou alternativos. Aqui, as perguntas centrais são: a decisão administrativa de licitar é compatível com o princípio da sustentabilidade em todas as suas dimensões? A licitação pode auxiliar o cumprimento das variadas regras protetivas, gerais ou individuais, da sustentabilidade? A quais políticas públicas, de estatura constitucional, a licitação específica deve atender prioritariamente, a partir da definição do objeto? Na fase de implementação do certame e na etapa de celebração e fiscalização subsequente do contrato administrativo, destacam-se as indagações a serem respondidas a contento: quais são as especificações do objeto que, sem realizar discriminação negativa,<sup>33</sup> reclamam tratamento diferenciado, segundo o princípio constitucional da sustentabilidade? A contratação administrativa contemplará o ciclo de vida dos produtos ou restará

adstrita à variável do preço, numa perspectiva imediatista? A contratação traz resultados defensáveis a longo prazo ou reduz as oportunidades de gerações futuras produzirem o seu próprio bem-estar? Finalmente, as obrigações pactuadas, segundo o edital sustentável, são cumpridas de fato?

Uma vez diligentemente enfrentadas essas questões fulcrais, reciprocamente implicadas, resulta que, na hipótese de a licitação ser considerada necessária e prestimosa, haverá, ato contínuo, de passar pelo filtro, segundo o qual a escolha da proposta mais vantajosa não pode ser guiada pelo critério excludente e vesgo do preço, uma vez que, em determinadas circunstâncias, o gasto maior no presente pode representar expressivo ganho adiante, com a induzida redução dos custos futuros. Nessa ótica, a licitação e a contratação precisam tomar parte maiúscula no bojo das políticas de Estado (não somente de governo), com o intento de estimular a formação de *negócios de cores limpas* e empreendimentos sustentáveis "lato sensu", inclusive eticamente.

Os critérios de sustentabilidade passam a ser concebidos, nessa linha, como instrumentos redefinidores do estilo, do modo e do tempo do controle da gestão pública (para além do tradicional comando e controle), mediante o redesenho do bloco de sindicabilidade e dos elementos vinculados dos julgamentos administrativos. *Não se admite mais a contratação que comprometa irresponsavelmente a qualidade de vida, inclusive das gerações futuras.*

Nesse contexto, o consumo, diferentemente do hiperconsumismo, pode até ser pontualmente maior (ex.: tecnologia pedagógica, nas salas de aula), com a condição de que esteja orientado para aquilo que realimenta, gradualmente, o bem-estar material e imaterial. Claro, todo desperdício e todo sobrepreço devem ser exemplarmente coibidos, porque, como assinalado, o princípio da economicidade (sem sucumbir ao economicismo utilitarista) está vinculado ao princípio da sustentabilidade.

Na busca do equilíbrio dinâmico das finalidades só aparentemente contraditórias, o princípio constitucional da sustentabilidade *proíbe*, simultaneamente, a ineficiência e a ineficácia, nas licitações e contratações públicas (finalidade inibitória). *Obriga* a prevenção e a antecipação, com planejamento estratégico e antevisão dos resultados de obras, serviços e utilização dos bens (finalidade antecipatória e prospectiva). *Permite* induzir os comportamentos intertemporalmente responsáveis (finalidade indutora). Em razão disso, novos métodos menos sistemicamente onerosos serão sempre preferíveis. Exemplo: o processo eletrônico será preferível, "prima facie", na comparação com os processos de consumo de papel, ainda que as licitações de informática tenham de considerar, adequadamente, a destinação dos equipamentos digitais, como determina a Lei de Resíduos Sólidos.

Merece ênfase que a licitação sustentável implica *tomada de decisão que leve em consideração os efeitos públicos e privados, diretos e indiretos, prospectivamente*. Vale dizer, uma decisão administrativa idônea tem de respeitar processos e resultados futuros. É equívoco olhar só para o processo (sem tentar antecipar os resultados), assim como é equívoco olhar só para os resultados, descurando do processo. Dito em outras palavras, a licitação, norteadada pelo princípio positivo da sustentabilidade (com o cumprimento das finalidades e das regras instrumentais relacionadas), pode-deve servir como promotora das políticas voltadas à equidade de longo alcance, com apreço à saúde pública<sup>34</sup> e à redução (ou internalização) de externalidades negativas, nada se licitando que não se submeta ao crivo ampliado da ponderação custo-benefício, reconstruído agora para ser um



juízo mais rico, confiável e complexo do que o rotineiro.

Pode parecer tarefa simples, mas não é. O maior inimigo mora nos desvios cognitivos e emotivos que turbam a qualidade das decisões.<sup>35</sup> Entretanto, se o desafio é complexo, daí não segue qualquer impossibilidade paralisante de construção da governança ética.<sup>36</sup>

Quando empregados devidamente, os novos critérios de julgamento se metamorfoseiam e evoluem para operar como autênticos critérios de sustentabilidade: *o exame da razoabilidade dos custos (diretos e indiretos) passa a incorporar, necessariamente, uma projeção includente de previsíveis demandas, materiais e imateriais, das gerações presentes e futuras.*

Desse modo, a licitação, em lugar dos conhecidos vícios, começará a ser produtivamente responsável por notáveis transformações políticas, jurídicas, sociais, econômicas, ambientais e éticas. Desde que se mantenha, proporcionalmente, no âmbito de suas finalidades, que incluem combater a utilização descriteriosa dos recursos<sup>37</sup> e as métricas falaciosas, não precisa tentar resolver questões alheias ou inespecíficas, no âmbito da licitação, numa sobrecarga que poderia ser onerosa demais para contribuinte ou para o usuário dos serviços públicos.

No entanto, as licitações, contendo especificações sustentáveis do objeto, ajudam, por exemplo, a ensejar observância da diretriz de garantia do "direito a cidades sustentáveis",<sup>38</sup> isto é, livres dos males trazidos pelo jugo excessivo dos combustíveis fósseis, com edifícios saudáveis e eficientes, o controle de qualidade do ar, a pertinente destinação dos resíduos (logística reversa e responsabilidade compartilhada), a economia de água potável e, sobretudo, com planejamento integrado que leve em conta as condições reais de vida, em vez do urbanismo caótico e insalubre, comandado pelo indiferente império das coisas. Ainda para ilustrar: nas licitações para concessão de serviços de transportes de passageiros, faz-se inegociável exigir veículos com baixas emissões, forçando a indústria nacional a inovar e a se adaptar aos padrões de razoabilidade das emissões.

Em suma, mudanças de estilos e de valores podem ser fortemente favorecidas pelas opções administrativas.<sup>39</sup> Naturalmente, para intensificar a boa resposta a tais desafios complexos do desenvolvimento includente,<sup>40</sup> urge investir num sistema digno e sério de avaliação dos custos, que migre para parâmetros confiáveis de avaliação dos custos indiretos, sociais, ambientais e econômicos, de maneira a caracterizar a governança eticamente responsável e prospectiva. Deveras, as licitações sustentáveis demandam a observância cabal de critérios que incluam projeções inteligíveis dos custos de longo espectro dos produtos e serviços, de ordem a atentar para a avaliação contínua do ciclo de vida dos bens, contemplado o impacto, efetivo ou potencial, em todos os momentos, do início até a destinação final.

### **3 Síntese conclusiva**

Tudo considerado, útil oferecer o conceito de licitações norteadas pelo princípio constitucional da sustentabilidade: *são aquelas que, com isonomia e busca efetiva do desenvolvimento sustentável, visam a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ponderados, com a máxima objetividade possível, os custos e benefícios sociais, econômicos e ambientais.* Ou, de forma mais completa, são os procedimentos administrativos, por meio dos quais um órgão ou entidade da

Administração Pública convoca interessados — no bojo de certame isonômico, probo e objetivo — com a finalidade de selecionar a melhor proposta, isto é, a *mais sustentável*, quando almeja efetuar ajuste relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo na fase de habilitação as provas realmente indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas.

Pelo exposto, a ressignificação das licitações e dos contratos administrativos, informados pelo direito fundamental à boa administração, conduz à adoção obrigatória dos critérios de sustentabilidade, em todos os Poderes e no Estado inteiro.

Em semelhante perspectiva, erguer-se-á, gradualmente, *novo padrão comportamental de desenvolvimento sustentável*, nas relações de administração. Nesse patamar, a *sindicabilidade estratégica da sustentabilidade representará a síntese do controle sistêmico da efetividade dos objetivos constitucionais*.

Reitere-se: a *sustentabilidade é "valor supremo" e é princípio constitucional*. Incide em todas as províncias do sistema jurídico, de maneira a tornar inadiável a sua exteriorização imediata, também na seara administrativa.

As licitações e contratações públicas, com a inadiável observância cogente dos critérios de sustentabilidade, precisam *encarnar, em larga medida, as políticas públicas que ensejam o bem-estar das gerações presentes, sem impedir que as gerações futuras produzam o próprio bem-estar*. Devem operar, para tanto, com modelos e estimativas seguras, inteligíveis e confiáveis dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos, levando em conta a preferência simultânea por menores impactos negativos e maiores benefícios globais.

Em última instância, formal e materialmente, o princípio constitucional da sustentabilidade (ou do desenvolvimento sustentável) *mudará, por inteiro, o Direito Administrativo*, reendereçando-o para o "bem de todos" (CF, art. 3º), concebido, de maneira mais profunda, como o direito à qualidade de vida das gerações atuais e futuras. Assim, Administração Pública tem o irrenunciável papel histórico de, em vez de externalização, induzir a internalização dos custos e incentivar os benefícios sistêmicos e duradouros para o florescimento humano, tingido por limpas cores naturais, em lugar dos corantes do falso progresso. Tudo isso requer ativismo lúcido, objetivo e imparcial: o ativismo vinculado à Constituição. Afinal, na seara das relações administrativas, o Estado Constitucional tem de começar a cumprir, de ofício, o dever estratégico de, antes de mais nada, *salvaguardar o direito ao futuro*.

---

<sup>1</sup> Vide AMARTYA, Sen. *A ideia de justiça*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 380.

<sup>2</sup> Vide WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. *The Spirit Level: Why greater equality makes societies stronger*. New York: Bloomsbury Press, 2009. Mostram, com dados convincentes, que a iniquidade causa danos à sociedade inteira. Comparam pessoas de mesma renda, educação ou classe, entre vários países, e constatam, não por acaso, que apresentam melhor saúde (inclusive mental) aquelas que vivem em sociedades menos desiguais.

<sup>3</sup> Vide MULLER, Nicholas; MENDELSON, Robert; NORDHAUS, William. *Environmental Accounting*

for Pollution in the United States Economy. *American Economic Review*, 2011, 101(5), p. 1649–75. Trata-se de rigoroso estudo sobre o custo social da poluição do ar, em termos de saúde e produtividade, apontando aquelas indústrias (“solid waste combustion, sewage treatment, stone quarrying, marinas, and oil and coal-fired power plants”), nas quais os danos ambientais são superiores ao valor agregado. Ademais, propõem, com pertinência, a inclusão das externalidades ambientais no “system of national accounts.”

<sup>4</sup> Vide FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, sobre a sustentabilidade como princípio constitucional, examinado em sua multidimensionalidade (social, econômica, ambiental, jurídico-política e ética). Tal enfoque tem o condão de modificar o próprio modo de conceber e interpretar o sistema jurídico, em todas as suas áreas.

<sup>5</sup> Vide ADIn nº 3.540 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, em cuja ementa se lê: “O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia (...).”

<sup>6</sup> Trata-se — convém reiterar — de diretriz vinculante e de pronta concretização administrativa, jurisprudencial e legislativa, que se encontra entrelaçado a outros princípios, como prevenção e precaução, e que guarda sinergia, por exemplo, com o princípio do poluidor-pagador. Vide, a propósito, CF, art. 225, §3º e Lei nº 6.938/81, art. 4º, VII.

<sup>7</sup> A propósito, MPF em Minas Gerais firmou, em 2011, termo de ajustamento de conduta com três grandes fabricantes de refrigerantes, segundo o qual as empresas assumiram o compromisso de, no prazo de até cinco anos, tomar as providências para que todos os seus refrigerantes de baixas calorias ou dietéticos cítricos observem, como máximo, a quantidade de 5 partes por bilhão ou 5 microgramas por litro de benzeno, limite estabelecido pela Anvisa para a água potável.

<sup>8</sup> Nesse aspecto, indispensável assimilar que a boa administração consiste em aplicar a Constituição em tempo útil e de ofício. Vide FREITAS. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>9</sup> Vide Lei nº 12.305, de 2010, art. 3º, IV, sobre o ciclo de vida do produto.

<sup>10</sup> Vide, para ilustrar, a experiência exitosa de Itaipu, no Programa Cultivando Água Boa, em parceria com os Municípios lindeiros ao lago, com avanços nos projetos de educação ambiental e agricultura orgânica e com repercussão expressiva na merenda escolar sem veneno.

<sup>11</sup> Vide, por exemplo, sobre o tema, CORTEZ, Luis Augusto Barbosa (Coord.). *Bioetanol de cana-de-açúcar: P&D para produtividade e sustentabilidade*. São Paulo: Blucher, 2010.

<sup>12</sup> A certificação, dotada de credibilidade, assume caráter decisivo.

<sup>13</sup> Vide o Comunicado do IPEA 113, Poluição Veicular Atmosférica, setembro de 2011, p. 24, que aposta em alternativas tecnológicas limpas e, em lugar de políticas contraditórias que favorecem o transporte individual, postula a prioridade do transporte coletivo.

[14](#) *Vide*, sobre o sistema intermodal, BESSERMAN, Sérgio; VEIGA, José Eli da; ABRANCHES, Sérgio. Brasil Pós-Crise. *In*: Giambiagi, Fábio; BARROS, Octavio de (Org.). Rio de Janeiro: Campus, 2009. p. 320.

[15](#) Cidades fazem esforço meritório para vencer gargalos, como Copenhague e Oslo. Em toda parte, exige-se acentuada mudança de concepção e de planejamento dos centros urbanos, muitos dos quais verdadeiramente impróprios para a vida digna.

[16](#) Para ilustrar a reciprocidade causal entre as múltiplas dimensões, *Vide* pesquisa da FVG, intitulada "Benefícios econômicos da expansão do saneamento ambiental", de julho de 2010.

[17](#) Trata-se de variação do conceito, centrado em necessidades, contido no Relatório Brundtland (1987), em que pese o grande avanço que representou. O conceito de sustentabilidade, aqui defendido, é o de princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade para a concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar, conforme a minha proposta (*Sustentabilidade: direito ao futuro, op. cit.*, p. 51).

[18](#) *Vide* FREITAS. *Sustentabilidade: direito ao futuro, op. cit.*, p. 284.

[19](#) *Vide*, a propósito, entre outros, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlim: Duncker und Humblot, 2005.

[20](#) *Vide*, para aprofundar, FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 228-271.

[21](#) *Vide*, a propósito, as recomendações do TCU, em auditoria operacional sobre políticas públicas e mudanças climáticas, in TC nº 026.061/2008-6, Acórdão nº 2.462/2009, Rel. Min. Aroldo Cedraz.

[22](#) Como acentua PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 71, maio/jun. 2011: "Em verdade, a Lei 12.349/10 veio dar cobro à omissão do regime legal geral das licitações e contratações (...) que não explicitava (...) o que já decorria da Constituição da República e vinha sendo alvo de regras em leis setoriais e normas infralegais específicas."

[23](#) *Vide*, a propósito, as recomendações do TCU, a respeito do sistema de licenciamento ambiental, cobrando relatório consolidado dos impactos mitigados e não mitigados, assim como dos benefícios ambientais associados ao processo de licenciamento, in TC nº 009.362/2009-4, Acórdão nº 2.212/2009, Rel. Min. Aroldo Cedraz.

[24](#) Nesse aspecto, força conferir as recentes portarias interministeriais, que se empenharam em tornar mais razoável o processo de licenciamento ambiental, assim como regularizar situações graves, em portos e rodovias, por exemplo, que ainda operam sem licença. Mudanças mais profundas fazem-se necessárias, entretanto, para tornar a avaliação de impacto ambiental uma verdadeira avaliação de sustentabilidade. *Vide*, especialmente, a Portaria Interministerial nº 419,



de 26 de outubro de 2011.

[25](#) Por isso, convém enfatizar que, a rigor, não se trata de faculdade, mas de poder-dever, haja vista que o art. 225, par. 1º, V, da Carta, estabelece que se impõe ao Poder Público controlar a produção e a comercialização de “substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente,” o que implica não permanecer inerte e condescendente com práticas nocivas contra os seres humanos e os seres vivos em geral.

[26](#) Vide, sobre prevenção e precaução, Paulo Afonso Leme Machado (*Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010). Vide, por sua defesa do “constitucionalismo administrativo, que favorece uma abordagem precaucional,” Patrick de Araujo Ayala (*Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 403).

[27](#) O art. 3º, da Lei de Licitações, ao consagrar o princípio do desenvolvimento sustentável, veicula, como parece incontroverso, norma geral, logo aplicável a todas as esferas federativas.

[28](#) Vide, a propósito, Hans-Georg Gadamer (*Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. v. 1), ao destacar a importância hermenêutica de, ao compreender, levar em conta a história dos efeitos.

[29](#) Vide FREITAS. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, op. cit., cap. 10.

[30](#) Cálculo relativo à estima dos custos (diretos e indiretos) e benefícios ambientais, sociais e econômicos.

[31](#) Vide, sobre critérios a serem inseridos na especificação do objeto, habilitação e obrigações imposta à contratada, TERRA, Luciana M. Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Formas práticas de licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murilo Giordani; BARKI, Teresa Vilac Pinheiro. *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 225-242.

[32](#) Vide, sobre a possibilidade de fazer escolhas razoáveis em situações de incomensurabilidade, SEN. *A ideia de justiça*, op. cit., p. 275.

[33](#) Existem tratamentos diferenciados, na própria Constituição, que não necessariamente podem ser considerados discriminatórios negativos, ao menos se não redundarem em protecionismos exagerados e nocivos. Vide, por exemplo, CF, art. 219.

[34](#) Vide ELKINGTON, John. *Sustentabilidade: canibais com garfo e faca*. São Paulo: M. Books, 2012. p. 110: “a sociedade depende da economia — e a economia depende do ecossistema global, cuja saúde representa o pilar derradeiro.”

[35](#) Vide, sobre viés, KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (Ed.). *Judgment under Uncertainty: Heuristic and Biases*. New York: Cambridge University Press, 1982.

[36](#) Vide, sobre governança ética, Norma Sueli Padilha (*Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 2010. p. 116).

[37](#) Convém nunca esquecer que as infrações ambientais podem acarretar, por si, a proibição de contratar com a Administração Pública.

38 Vide Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001), art. 2º: A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

39 Vide, outra vez, John Elkington (*op. cit.*, p. 170): “não será suficiente ‘esverdear’ os produtos que as pessoas compram ou mesmo as indústrias que fabricam tais produtos. A mudança necessária para estilos de vida mais sustentáveis somente pode ocorrer com a mudança apropriada dos nossos valores.”

40 Vide SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão impressa:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, p. 15-35, nov./dez. 2011.