



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
Teoria e Storia del Diritto - Teoria e Storia dei Diritti Umani

CICLO XXVI

COORDINATORE Prof. VITTORIA BARSOTTI

**Os sentidos da noção de dignidade humana em disputa:
consonâncias e dissonâncias discursivas no campo jurídico**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/20

Dottorando

Dott. DIAS VIEIRA ADRIANA

(firma)

Tutore

Prof. SANTORO EMILIO

(firma)

Coordinatore

Prof. BARSOTTI VITTORIA

(firma)

Anni 2011/2013

**Os sentidos da noção de dignidade humana em disputa:
consonâncias e dissonâncias discursivas no campo jurídico**

ADRIANA DIAS VIEIRA

No mundo moderno – que, quando se compara com o mundo grego, produz frequentemente monstruosidades e centauros e onde o homem isolado, semelhante à criatura em questão no início da Arte Poética de Horácio, é um composto variegado feito de pedaços e de fatias – se manifestam, muitas vezes no mesmo indivíduo, ao mesmo tempo, a voracidade na luta pela existência e a necessidade de arte. Este amálgama antinatural achou mais necessário justificar e sacralizar a primeira tendência, a voracidade, do que a necessidade de arte. É por isso que se acredita na “dignidade do homem” e na “dignidade do trabalho”.

Friedrich Nietzsche



Joseph Beuys. *Terremoto in Palazzo*. Caserta Palazzo Reale. Terrae Motus Collection. 1981.

SUMÁRIO

Lista de Casos	8
Lista de Tabelas	21
Abreviações	22
INTRODUÇÃO	22
CAPÍTULO 1.	
DIGNIDADE HUMANA: ENTRE A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL IMPESSOAL E A PROTEÇÃO DA INDIVIDUALIDADE	26
1.1. Ambiguidades discursivas sobre dignidade humana no campo jurídico: um quadro das problemáticas	26
1.1.1 O problema da indefinição	33
1.1.2 O problema da tensão	34
1.1.3 O problema dos espaços	38
1.2 Ruídos nas relações entre as noções de dignidade humana e autonomia individual	40
1.3 A perspectiva kantiana e os espaços de consonâncias	49
1.4 Sobre os espaços de dissonâncias	58
CAPÍTULO 2.	
A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	62
2.1. A Convenção Europeia de Direitos Humanos e o protagonismo da Corte Europeia de Direitos Humanos	62
2.2. A centralidade da noção da dignidade humana	66
2.3. O mapa dos usos jurisprudenciais sobre dignidade humana na Corte Europeia de	

Direitos Humanos	69
2.3.1. Artigo 3º: Proibição de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes	71
2.3.2. Artigo 8º: Direito à vida privada	88
2.3.3. Artigo 14º: Proibição da discriminação	101

CAPÍTULO 3.

A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1. O contexto de inserção do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e a aspiração de protagonismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos	110
3.2. A centralidade e os sentidos em disputa: mapeando os usos da noção de dignidade humana na Corte Interamericana de Direitos Humanos	114
3.2.1. Discursos consonantes	122
3.2.1.i. Proibição da discriminação	122
3.2.1.ii. Direito à verdade	124
3.2.1.iii. Proibição de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes	127
3.2.1.iv. Direitos da criança	132
3.2.2. Discursos dissonantes	135
3.2.2.i. Direito à vida	135
3.2.2.ii. Direito à vida privada	138
3.3. Contexto de inserção do sistema jurídico brasileiro: a Constituição Federal de 1988 e o papel do Supremo Tribunal Federal	148
3.4. A centralidade e os sentidos em disputa da noção de dignidade humana: mapeando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	150
3.4.1. Os primeiros casos: os HC 70389/SP e HC 71373/RS	161
3.4.2. Discursos consonantes	165

3.4.2.i. Direito de defesa, direito ao devido processo legal e presunção de inocência: a tríade do direito ao fair trial	165
3.4.2.ii. Proibição de tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes	173
3.4.2.iii. Proibição da discriminação	179
3.4.2.iv. Para fins de caracterização de tipos penais: a sintomática controvérsia em torno da qualificação do crime de redução à condição análoga à escravidão	184
3.4.3. Discursos dissonantes	189
3.4.3.i. Direito à vida privada	189
3.4.3.ii. Direito à verdade	195

CAPÍTULO 4.

DAS CONVERGÊNCIAS ÀS DIVERGÊNCIAS: OS ESPAÇOS DE PROTEÇÃO DA INDIVIDUALIDADE EM DISPUTA	200
4.1. Um ponto de partida em comum	200
4.2. Das convergências	202
4.2.1. Das convergências consonantes	202
4.2.2. Das convergências dissonantes	206
4.3. Divergências	207
4.3.1. Entre divergências consonantes e dissonantes	207
4.4. O quadro dos espaços em disputa: equilíbrios instáveis	208
CONCLUSÃO	211
REFERÊNCIAS	216

LISTA DE CASOS

1. ECtHR – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

- Denmark v. Greece*, nº3322/67, ECHR, 1970
- East African Asians v. the United Kingdom*, nº 4403/70, ECHR, 1973
- Handyside v. the United Kingdom*, nº 24, ECHR, 1976
- Ireland v. United Kingdom*, nº 5310/71, ECHR, 1978
- Netherlands v. Greece*, nº 3321/67, ECHR, 1978
- Norway v. Greece*, Application nº 3323/67, ECHR, 1978
- Sweden v. Greece*, Application nº3344/67, ECHR, 1978
- Tyrer v. United Kingdom*, nº. 5856/72, ECHR, 1978
- Marckx v. Belgium*, nº 31, ECHR, 1979
- Rees v. the United Kingdom*, nº 9532/81, ECHR, 1986
- Sheffield and Horsham v. United Kingdom*, nº 31–32/1997/815–816/1018–1019, ECHR, 1998
- Soering v. The United Kingdom*, nº 14038/88, ECHR, 1989
- Cossey v. the United Kingdom*, nº. 10843/84, ECHR, 1990
- Powell and Rayner v. the United Kingdom*, nº, 9310/81, ECHR, 1990
- Tomani and Ayn v. France*, nº 12850/87, ECHR, 1990
- Cruz Varas v. Sweden*, nº. 15576/89, ECHR, 1991
- Vilvarajah v. United Kingdom*, nº 215, ECHR, 1991
- Costello-Roberts v. United Kingdom*, nº. 13134/87, ECHR, 1993
- Aksoy v. Turkey*, nº. 21987/93, ECHR, 1996
- Chahal v. the United Kingdom*, nº. 22414/93 ECHR, 1996
- D. v. The United Kingdom*, nº. 30240/96, ECHR, 1997
- X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, nº 21830/93, ECHR, 1997-II,
- Laskey, Jagaard and Brown v. United Kingdom*, 24, ECHR, 1997
- Guerra and Others v. Italy*, nº 116/1996/735/932, ECHR, 1998-I
- Selmouni v. France*, nº. 25803/94, ECHR, 1999.

Sürek and Özdemir v. Turkey [GC], n° 23927/94 and 24277/94, ECHR, 1999;
V. v. the United Kingdom [gc], n° 24888/94, § 71 ECHR 1999
Bensaid v. the United Kingdom, n°. 44599/98, ECHR 2000-I
Ilhan v. Turkey [GC], n° 22277/93, § 85, ECHR, 2000-VII
Kudla v. Poland, n° 30210/96, ECHR, 2000.
Labita v. Italy, n° 26772/95, ECHR, 2000
Chapman v. United Kingdom, 27238/95, ECHR, 2001
Cyprus v. Turkey [GC], n° 25781/94, ECHR 2001
Lautsi v. Italy, n° 30814/06, ECHR, 2011
P.G. and J.H. v. United Kingdom, n° 44787/98, ECHR 2001/IX
Peers v. Greece, n° 28524/95, ECHR 2001-III
Price v. the United Kingdom, n° 33394/96, §§ 24-30, ECHR 2001-VII,
RR. V. Poland, n° 27617/04, ECHR, 2011;
Sawoniuk v. the United Kingdom, n° 63716/00, ECHR, 2001-VI
V.C. v. Slovakia , n° 18968/07, § 105, ECHR, 2011
Valašinas v. Lithuania, n° 44558/98, ECHR, 2001-VIII
Aksu v. Turkey, n°. 4149/04 e 41029/04, ECHR, 2012
Goodwin v. United Kingdom, n° 28957/95, ECHR, 2002
Kalashnikov v. Russia, n° 47095/99, ECHR 2002-VI
McVicar v. the United Kingdom, n° 46311/99, ECHR, 2002-III
Pretty v. the United Kingdom, n° 2346/02, § 65, ECHR 2002-III;
Willis v. the United Kingdom, n° 36042/97, ECHR 2002-IV.
Hatton and Others v. United Kingdom, n° 36022/97, ECHR, 2003
Odievre v. France, n° 42326/98, ECHR, 2003
Peck v. United Kingdom, 44647/98, ECHR, 2003
Abeberry v. France, n°. 58729/00, ECHR, 2004
Chauvy and Others v. France, n°. 64915/01, ECHR 2004-VI
Cumpana And Mazare V. Romania, n°. 33348/96 ECHR, 2004
Feridun Yazar v. Turkey, n°.42713/98, ECHR, 2004
Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, n° 48787/99, ECHR, 2004
Nurmagomedov v. Rússia. n°. 30138/02, ECHR, 2004

Radio France and Others v. France, nº53984/00, §37,ECHR 2004-II;
Bekos e Koutropoulos v. Greece, nº. 15250/02, ECHR, 2005
Hirst (2) v. United Kingdom, nº74025/01, ECHR, 2005
Khashiyev and Akayeva v. Russia, nº 57942/00 e 57945/00, ECHR, 2005
Mamatkulov and Askarov v. Turkey, 46827/99, 46951/99, ECHR, 2005
Mayzit v. Russia, nº 63378/00, ECHR, 2005
Moldova e outros v. Romania, nº 41138/98 and 64320/01., ECHR, 2005
Nachova and Others v. Bulgaria, nº 43577/98 and 43579/98, ECHR, 2005
Nevmerzhitsky v. Ukraine, nº 54825/00, ECHR, 2005
Novoselov v. Russia, nº 66460/01, ECHR. 2005
Öcalan v. Turkey, nº 46221/99, ECHR, 2005
Burke v. United Kingdom, nº. 19807, ECHR, 2006
Jalloh v. Germany, nº 54810/00, ECHR, 2006
Mikheyev v. Russia, nº 77617/01, ECHR, 2006
Ramirez Sanchez v. France, nº 59450/00, julgado em 4/7/2006.
Van der Velden v. the Netherlands. nº 29514/05, ECHR, 2006-XV
White v. Sweden, nº 42435/02, ECHR, 2006
Burke v. United Kingdom, nº. 19807/06, ECHR, 2006
D.H. and Others v. the Czech Republic, nº. 57325/00, ECHR, 2007
D.H. v. Tchech Republic, nº. 57325/00, ECHR, 2007.
Evans. V. United Kingdom, nº 6339/05, 2007
Kafkaris v. Cyprus, nº. 21906/04, ECHR, 2008
N. v. The United Kingdom, nº 26565/05, ECHR, 2008
S. Marper v. United Kingdom, nº. 30562/04 and 30566/04, ECHR, 2008
Saadi v. Italy, nº. 37201/06, ECHR, 2008
Ada Rossi and Others v. Italy, nº. 55185/08, ECHR, 2008
A and Others v. The United Kingdom, nº. 3455/05, ECRH, 2009
Enea v. Italy, nº. 74912/01, ECHR, 2009
Paladi v. Moldova, nº 39806/05, ECHR, 2009
A, B, C v. Ireland, nº. 25579/05, ECHR, 2010
Gaften v. Germany, nº. 22978/05, ECHR, 2010

Oršuš and Others v. Croatia [GC], n° 15766/03, ECHR 2010.
P.V. v. Spain, n° 35159/09, ECHR, 2010
M. S. S. v. Belgium and Greece, n° 30696/09, ECHR, 2011
S.H. and Others v. Austria, n° 57813/00, ECHR, 2011.
El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", n°. 39630/09, 2012
Idalov v. Russia, n° 5826/03, ECHR, 2012
Kuric and Others v. Slovenia, n° 26828/06, ECHR, 2012
Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland, n° 16354/06, 2012
P. e S. v. Poland, n° 57375/08, ECHR, 2012.
Stanev v. Bulgaria, n° 36760/06, ECHR, 2012
Van Hannover v. Germany n° 2, ECHR, 2012
Vinter and Others v. The United Kingdom, n° 66069/09, 130/10, 3896/10, ECHR,
2013
Murat Vural v. Turkey, n° 9540, 2014, § 61.
Svinarenko and Slyadnev v. Russia, n° 32541/08 and 43441/08, ECHR, 2014

2. IACtHR – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica. Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984. Series A No. 4

Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4.

Villagrán Morales et al. ("Niños de la Calle") v. Guatemala. Preliminary Objections. Judgment of September 11, 1997. Series C No. 32

Castillo Páez v. Peru. Reparations and Costs. Judgment of November 27, 1998. Series C No. 43

Loayza Tamayo v. Peru. Compliance with Judgment. Order of November 17, 1999. Series C No. 60

Trujillo Oroza v. Bolivia. Merits. Judgment of January 26, 2000. Series C No. 64

Cantoral Benavides v. Peru. Reparations and Costs. Judgment of December 3, 2001. Series C No. 88

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2001. Series C No. 79

Juridical Condition and Human Rights of the Child. Advisory Opinion OC-17/02 of August 28, 2002. Series A No.17

Bámaca Velásquez v. Guatemala. Reparations and Costs. Judgment of February 22, 2002. Series C No. 91

Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003. Series A No.18

Bulacio v. Argentina. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 18, 2003. Series C No. 100

Maritza Urrutia v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 27, 2003. Series C No. 103

Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 8, 2004. Series C No. 110

Juvenile Reeducation Institute v. Paraguay. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 2, 2004. Series C No. 112

Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala. Merits. Judgment of April 29, 2004. Series C No. 105

Tibi v. Ecuador. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 7, 2004. Series C No. 114

García Asto and Ramírez Rojas v. Peru. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2005. Series C No. 13

Lori Berenson Mejía v. Peru. Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 23, 2005. Series C No. 128

Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay. Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 6, 2006. Series C No. 142

Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Interpretation of the Judgment of Preliminary Objection, Merits and Reparations. Judgment of November 26, 2003. Series C No. 102

Moiwana Community v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 15, 2005. Series C No. 124

Miguel Castro Castro Prison v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2006. Series C No. 160

Miguel Castro Castro Prison v. Peru. Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 2, 2008 Series C No. 181

Anzualdo-Castro v. Peru. Preliminary Objection, Merits, Reparations and costs. Judgment of September 22, 2009. Series C No. 202

Valle Jaramillo et al. v. Colombia. Interpretation of the Judgment on the Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 7, 2009. Series C No. 201

Manuel Cepeda Vargas v. Colombia. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 26, 2010. Series C No. 213

Fernández Ortega et al. v. Mexico. Interpretation of Judgment of Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 15, 2011. Series C No. 224

Fornerón and daughter v. Argentina. Merits, Reparations and Costs. Judgment of April 27, 2012. Series C No. 242

Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 24, 2010. Series C No. 219

Vélez Loor v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs.

Judgment of November 23, 2010 Series C No. 218

Contreras et al. v. El Salvador. Merits, Reparations and costs. Judgment of August 31, 2011. Series C No. 232

Gelman v. Uruguay. Merits and Reparations. Judgment of February 24, 2011 Series C No. 221

Castillo González et al. v. Venezuela. Merits. Judgment of November 27, 2012. Series C No. 256

Gonzalez Medina and family v. Dominican Republic. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 27, 2012. Series C No. 240.

Gudiel Álvarez et al. ("Diario Militar") v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 20, 2012. Series C No. 253

Río Negro Massacres v. Guatemala. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of September 4, 2012. Series C No. 250

Massacres of El Mozote and nearby places v. El Salvador. Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 25, 2012. Series C No. 252

Pacheco Teruel et al v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. Judgment of April 27, 2012. Series C No. 241

Atala Riffó and daughters v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 24, 2012. Series C No. 239

Artavia Murillo et al. (in vitro fertilization) v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 28, 2012. Series C No. 257

3. STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC)

ADC 19/2012

3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI)

ADI 3112/DF/2007

ADI 3768/DF/2007

ADI 2649/DF/2008

ADI 3510/DF/2008

ADI 1856/RJ/2011

ADI 4277/DF/2011

ADI 2937/DF/2012

ADI 4270/2012

ADI 4424/2012

3.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

ADPF 132/RJ/2001

ADPF 130/2009

ADPF 153/DF/2010

ADPF 54/DF/2012

ADPF 186/DF/2012

3.4 EXTRADIÇÃO

EXT 633/CH/1996

EXT 855/CL/2004

EXT 1008/CO/2007

EXT 986/BO/2007

EXT 1085/IT/2009

3.5 HABEAS CORPUS

HC 76060/SC/1998

HC 77527/MG/1998
HC 70389/SP/1994
HC 70763/DF/1994
HC 71272/RS/1994
HC 71373/RS/1994
HC 73590/SP/1996
HC 79512/RJ/1999
HC 82424/RS/2003
HC 82969/PR/2003
HC 84254/PI/2004
HC 84409/SP/2004
HC 84768/PE/2005
HC 84931/CE/2005
HC 85237/DF/2005
HC 85351/RO/2005
HC 82959/SP/2006
HC 85327/SP/2006
HC 86000/PE/2006
HC 86395/SP/2006
HC 86879/SP/2006
HC 86915/SP/2006
HC 87111/RS/2006
HC 87241/RJ/2006
HC 87461/RJ/2006
HC 87721/PE/2006
HC 87768/RJ/2006
HC 87776/SP/2006
HC 88025/ES/2006
HC 89105/PE/2006
HC 89176/PR/2006
HC 89176/PR/2006

HC 89429/RO/2006
HC 84029/SP/2007
HC 90074/CE/2007
HC 91161/BA/2007
HC 91176/SP/2007
HC 91232/PE/2007
HC 91333/MG/2007
HC 91657/SP/2007
HC 92961/SP/2007
HC 77527/MG/2008
HC 85417/RS/2008
HC 87585/TO/2008
HC 87676/ES/2008
HC 88548/SP/2008
HC 90125/RS/2008
HC 91662/PR/2008
HC 91952/SP/2008
HC 92604/SP/2008
HC 92729/SP/2008
HC 94294/SP/2008
HC 94498/MS/2008
HC 94524/DF/2008
HC 94404/SP/2008
HC 94916/RS/2008
HC 95035/GO/2008
HC 100053/ES/2009
HC 100111/SP/2009
HC 100574/MG/2009
HC 84078/MG/2009
HC 91676/RJ/2009
HC 93793/PE/2009

HC 94408/MG/2009
HC 95464/SP/2009
HC 97147/MT/2009
HC 97476/RJ/2009
HC 97476/RJ/2009
HC 98212/RJ/2009
HC 98675/ES/2009
HC 98878/MS/2009
HC 99652/RS/2009
HC 99832/MG/2009
HC 99832/MG/2009
HC 100745/SC/2010
HC 100872/MG/2010
HC 102189/BA/2010
HC 102923/AL/2010
HC 104312/SP/2010
HC 106299/RS/2010
HC 85988/PA/2010
HC 97579/MT/2010
HC 98103/RS/2010
HC 98579/SP/2010
HC 98621/PI/2010
HC 98966/SC/2010
HC 105494/RJ/2011
HC 106435/SP/2011
HC 106449/SP/2011
HC 107547/SP/2011
HC 108508/SC/2011
HC 109277/SE/2011
HC 110605/RS/2011
HC 111166/MT/2011

HC 94477/PR/2011
HC 96740/RS/2011
HC 105437/SP/2012
HC 105750/SP/2012
HC 105915/RR/2012
HC 107108/SP/2012
HC 110705/RJ/2012
HC 110844/RS/2012
HC 111017/RS/2012
HC 111482/SP/2012
HC 113611/RJ/2012
HC 91867/PA/2012

3.6 INQUÉRITO

INQ 1458/RJ/2003
INQ/2424/RJ/2007
INQ 2543/AC/2008
INQ 2131/DF/2012
INQ 3412/AL/2012

3.7 RECLAMAÇÃO

RCL 11243/IT/2011
RCL 2040/2002
RCL 5758/SP/2009

3.8 RECURSO

RE 248869/2003
RE 398041/PA/2006
RE 398041/PA/2006
RE 398041/PA/2006
RE 349703/RS/2008
RE 466343/SP/2008
RE 480.138/RR/2008

RE 508.717/PA/2007

RE 515427/GO/2007

RE 541627/PA/2008

RE 398041/PA/2008

RE 363889/DF/2011

RE 587530/SC/2011

3.9 RECURSO ORDINÁRIO EM SEDE DE HABEAS CORPUS

RHC 86822/MS/2007

RHC 89550/SP/2007

RHC 93172/SP/2009

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - Usos da noção da dignidade humana na jurisprudência da ECtHR	67
TABELA 2 - Usos da noção de dignidade humana na jurisprudência da ECtHR: <i>Grand Chamber e chambers</i>	67
TABELA 3 - Usos da noção de dignidade humana na jurisprudência da <i>Grand Chamber</i>	69
TABELA 4 - Uso das noções de dignidade humana na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	118
TABELA 5 - Usos da noção de dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	151
TABELA 6 - Usos da dignidade humana do Supremo Tribunal Federal: Pleno e Turmas	152
TABELA 7 - Usos da dignidade em Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade	153

ABREVIACÕES

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CAP - Comitê contra a Tortura das Nações Unidas
CF – Constituição Federal
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CONARE – Comitê Nacional para Refugiados
CPC – Código do Processo Civil
CPT – Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
ECHR - Convenção Europeia de Direitos Humanos
ECtHR – Corte Europeia de Direitos Humanos
EXT – Extradicação
FARC - Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
HC – *Habeas Corpus*
IACtHR – Corte Interamericana de Direitos Humanos
INQ – Inquéritos
MS – Mandado de Segurança
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OC – Opinião Consultiva
OEA – Organização dos Estados Americanos
OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte
PPE – Prisão Preventiva para Extradicação
RE – Recurso Extraordinários
RHC - Recurso Ordinário em sede de *Habeas Corpus*
SISNAD - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
STF – Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

O objetivo desta tese é investigar os espaços de proteção da individualidade no direito contemporâneo, partindo da análise dos sentidos da noção de dignidade humana em disputa, como marco discursivo destas questões no campo jurídico, especialmente no debate jurisprudencial. Tratando-se de um estudo empírico, buscou-se analisar os discursos judiciais da Corte Europeia de Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre dignidade, enquanto *locus* jurisdicionais relevantes que, pouco problematizadas conjuntamente em termos de aproximações e distanciamentos discursivos, podem contribuir para a compreensão dos espaços hoje disputados no campo jurídico por reivindicações de reconhecimento de direitos.

O estudo procura identificar as ambivalências e oscilações discursivas no tratamento jurisprudencial da noção de dignidade, a partir de um quadro das problemáticas. Este é um tema que tem atraído o interesse de filósofos, sociólogos e juristas, uma vez que a noção de dignidade humana está no centro do debate jurisprudencial contemporâneo, disseminada em uma miríade de casos que versam sobre questões jurídicas muito diversas entre si, mas que impõem, como pano de fundo, um debate sobre o sentido das liberdades, o lugar da individualidade e os limites ao poder de agir do Estado. Por que a instabilidade discursiva neste campo desperta tanto interesse e perplexidade? Quais as tensões políticas que disputam discursivamente os sentidos da noção de dignidade e quais as forças que pautam as premissas discursivas neste ponto? Em outras palavras, quais são os tipos de reivindicação de reconhecimento de direitos estão sendo judicializadas e sobre os quais o judiciário tem se pronunciado em termos de discursos sobre a dignidade?

O tema se articula a partir de mudanças na natureza do *judicial reasoning*, de um lado, e das reivindicações que têm sido levadas ao poder judiciário, dentro de um quadro de crise do Estado de Direito e crescente protagonismo do campo jurisdicional. É neste contexto que se proliferam as questões levadas ao judiciário, fenômeno que vem sendo

analisado como um fenômeno de judicialização de conflitos, forçando pronunciamentos do judiciário sobre assuntos há pouco tempo impensáveis de serem judicializados.

Este é um fenômeno cuja compreensão é sempre parcial porque se relaciona em parte com novas questões resultantes de avanços tecnológicos, especialmente no campo da engenharia genética, seja em função da fragmentação do indivíduo moderno, como as políticas de reconhecimento têm testemunhado. Este processo, aparentemente irreversível, caminha no sentido de afirmar a impossibilidade – desejável, é importante deixar isto claro - de que o Estado moderno consiga levar a cabo o seu projeto de construção de uma identidade nacional, baseada em uma noção ideal de ‘indivíduo democrático’, cujas premissas os estudos sobre classe, raça e gênero foram fundamentais para visibilizar as problemáticas latentes.

Para os filósofos do direito, este protagonismo *repentino* da noção de dignidade expande o que desde a obra de Kant, para situar o debate na filosofia moderna, desperta um vasto campo de reflexão. Para os sociólogos e teóricos do direito, a constatação de que a resolução dos chamados casos difíceis se dê através do fundamento da dignidade humana se insere dentro de um debate maior sobre o papel e a função do poder judiciário em tempos de redefinição das classificações jurídicas fundamentais à dogmática jurídica, expansão do poder judiciário em teias de juridicidade multinível e crescente diálogo entre as cortes.

*

Como hipótese de trabalho informadora do modo como esta tese se organiza, parte-se da premissa de que as tensões discursivas sobre a noção de dignidade tem raízes profundas e se reconectam com os problemas que criaram e acompanham o processo de juridicização da noção no pós-guerra e que estão atualmente em disputa no judiciário em termos de tensão entre a proteção da autonomia individual impessoal e a proteção da individualidade.

O primeiro capítulo é dedicado à revisão bibliográfica da literatura e identificação das problemáticas concernentes aos usos da noção de dignidade, instabilidade dos discursos nela baseados e geografia dos conflitos sobre os quais recaem os pronunciamentos judiciais. Buscou-se distinguir os sentidos da noção de dignidade nas promessas do pós-guerra e a convergência política em torno de sua juridicização e os sentidos em disputa

hoje, a partir de uma reflexão genealógica das problemáticas que envolveram o processo de juridicização da noção de dignidade humana na segunda metade do séc. XX e a centralidade da noção do discurso jurisprudencial na contemporaneidade. Este hiato foi trabalhado a partir do paradigma moderno dos direitos humanos estabelecidos no pós-guerra e confirmados ao longo do seu processo de juridicização no direito internacional e nas experiências nacionais, seja entre aquelas onde a noção foi formalmente juridicizada, como é o caso do Brasil, ou onde a centralidade da noção da dignidade foi resultado da atividade jurisprudencial das cortes constitucionais.

Esta escolha permitiu distinguir as tensões discursivas em função de um parâmetro de referência – aquele do pós-guerra - que tende a preferir uma proteção de autonomia impessoal, em particular quando confrontada com reivindicações de direitos concernentes à moralidade sexual, autonomia reprodutiva e engenharia genética, operando com instabilidade em outros campos de conflito político. Consonâncias e dissonâncias são, portanto, duas categorias discursivas, emprestadas do campo musical, metafóricas das aproximações e distanciamentos com os discursos jurisprudenciais têm enfrentado as novas reivindicações de proteção de autonomia e, ao mesmo tempo, reafirmado que a proteção da dignidade impõe reconhecimento de *certas* proibições.

O segundo capítulo é dedicado ao discurso jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre dignidade, pela estabilidade do padrão proposto, pelo volume de decisões e pela autoridade persuasiva da Corte. Procurou-se mapear a jurisprudência para identificar as circunstâncias em que a noção tem sido invocada pela Corte para, a partir deste quadro, construir uma cartografia que visibilize os pontos nodais de tensão discursiva em termos de proteção dos direitos humanos.

O terceiro capítulo busca problematizar os sentidos da dignidade em disputa nos discursos jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal em termos de consonâncias e dissonâncias em relação à promessa do pós-guerra, tomando a cartografia realizada no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos como um quadro de referência. O escopo de expandir o mapeamento justificase pelo interesse de confrontá-lo e testar as possibilidades discursivas sobre dignidade em outra corte internacional de proteção de direitos humanos que têm na Corte Europeia de Direitos Humanos um parâmetro claro de referência e em um Corte constitucional

que tem, nos últimos anos, realizado julgamentos históricos com base na noção de dignidade e travado uma relação de aproximação e distanciamento com outras cortes, em especial a Corte Interamericana, relevante de ser analisada. Qual o grau de estabilidade e coerência discursiva e quais são os pontos de maior fragilidade discursiva? Há espaços de diálogo e aproximação entre as cortes? Quais as repercussões práticas desta retórica na tutela dos direitos humanos? Estas são as questões que a investigação buscará responder no presente capítulo.

O quarto capítulo busca problematizar os espaços de proteção da individualidade em disputa nas três jurisdições analisadas, compondo um mosaico das tensões discursivas com vistas à construção de um quadro interpretativo das tensões no campo jurídico concernentes aos espaços de proteção da autonomia individual, de um lado, e afirmação da universalidade de certos preceitos *inerentes* a todos os seres humanos, de outro, com o intuito – também político, inevitavelmente – de identificar os espaços possíveis para proteção de direitos em função das racionalidades discursivas em disputa. Se, por exemplo, sob a proibição de tratamento desumano as Cortes tendem a convergir em discurso universalista de indisponibilidade dos direitos protegidos como corolários da dignidade humana, reivindicações por efetivação de direitos sociais tendem a possibilitar espaços importantes de defesa. De outro lado, se estas mesmas Cortes convergem na dissonância quanto ao sentido da proteção da intimidade e da vida privada, constrói-se um espaço para avançar em reivindicações por respeito à individualidade e reconhecimento da autonomia. Partindo das convergências às divergências, procura-se por fim problematizar os espaços onde as Cortes articulam discursos diferentes e apontam múltiplas possibilidades discursivas de enfrentamento de uma determinada questão, procurando identificar as repercussões pragmáticas em termos de proteção de direitos e apontar as linhas discursivas que se entrecruzam na costura do tecido discursivo que tecem e renovam, a cada pronunciamento, os limites da linguagem dos direitos humanos no campo jurídico na contemporaneidade.

CAPÍTULO 1.

DIGNIDADE HUMANA: ENTRE A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL IMPESSOAL E A PROTEÇÃO DA INDIVIDUALIDADE

Este capítulo busca fazer a genealogia dos problemas que constituem, acompanham e resultam do processo de juridicização da noção de dignidade humana a partir da segunda metade do séc. XX no direito internacional contemporâneo, bem como em grandes parte dos sistemas jurídicos que se pretendem democráticos, reconstruídos durante toda a segunda metade do século XX em sede de soluções pós-coloniais, pós conflitos armados e outras formas de ruptura do sistema democrático.

Tomando por base a crítica à subjetividade liberal proposta por Emilio Santoro, este capítulo buscará identificar as tensões que permeiam o campo jurídico na contemporaneidade, especialmente nos casos em que reivindicações de reconhecimento da pluralidade que implicam disputas sobre visões do mundo e, nestes termos, sobre as descrições acerca do que é *bom* e *desejável*, e forçam a problematização sobre o espaço de proteção da individualidade, de um lado, e a imposição de um discurso universalista e protetivo da dignidade humana universal que habita o homem, de outro, revelando a existência de um problema quanto à relação entre dignidade, autonomia e liberdade no coração da teoria liberal.

1.1. Ambiguidades discursivas sobre dignidade humana no campo jurídico: um quadro das problemáticas

Crítico severo da juridicização da noção de dignidade humana, Whitman aponta com ironia que “*if we were looking for one phrase to capture the last fifty years of European legal history ... we might call it the high era of ‘dignity’*”¹.

¹ J. Q. WHITMAN. *On Nazi ‘Honor’ and the New European ‘Dignity’*, in C. JOERGES e N. SINGH GHALEIGH (org.). *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

É verdade que, a partir da segunda metade do século XX², a noção de dignidade humana se tornou um conceito-chave para o direito europeu e, mais tarde, para grande parte dos modelos jurídicos ocidentais, mesmo entre aqueles que não juridicizaram a noção³. A partir de 1945, a noção de dignidade humana se difundiu nos mais importantes documentos jurídicos, elevada à condição de fundamento dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos⁴ e de grande parte das constituições europeias promulgadas no pós-guerra⁵, dentro do que se convencionou chamar de segunda onda do constitucionalismo⁶ e, nos países da América Latina, estas mudanças se concentraram nas décadas de 80 e 90, no curso do processo de redemocratização que se inserem na terceira onda do constitucionalismo.

No pós-guerra, a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas adotadas em 1948, são três exemplos paradigmáticos de juridicização da noção de dignidade humana. Na Carta das Nações Unidas, instrumento constitutivo da instituição, a dignidade prefigura no preâmbulo como antídoto à violência que havia permitido “o flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade”.

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das

² Entretanto, a noção de dignidade já estava contida em dispositivos específicos nas Constituições do México de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919.

³ Cf. França, Polônia e Estados Unidos.

⁴ Apenas para mencionar os documentos mais relevantes, poderíamos citar a Carta das Nações Unidas (1945), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1945), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Entre os mais recentes está a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), Princípios de Yogyakarta (2006).

⁵ Cf. Constituições alemã de 1945 e italiana de 1948.

⁶ Para Rodotà, a inovação mais significativa desta fase do constitucionalismo do pós-guerra está no princípio da dignidade. Cf. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*. Laterza, Roma, 2012.

mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano significava ali, como aponta Rodotà, a crença na capacidade que uma cultura de afirmação destes direitos impedisse novas irrupções totalitárias⁷. Em 1948, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) das Nações Unidas reforçam e ampliam o espaço dedicado à dignidade humana, elevando-a à condição de fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo⁸. No art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, lê-se o mesmo texto que inicia o preâmbulo da Declaração Americana⁹, segundo a qual “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Este é o exemplo mais perfeito da promessa do pós-guerra e da aspiração de fundar na dignidade humana o paradigma moderno dos direitos humanos. Analisando a jurisprudência contemporânea sobre dignidade, muitos teóricos colocam em questão se a jurisprudência atual se filia a esta promessa de 1948 ou a outra concepção de dignidade¹⁰. Nesta perspectiva, destacam-se os trabalhos de Waldron e Hennette-Vauchez sobre a dignidade como *status* que, retomando a antiga noção de *dignitas* no direito antigo que, como analisaremos, busca desvincular a noção de dignidade de qualquer abordagem metafísica. Entretanto, neste momento, a despeito dos usos jurisprudenciais que seguiram, do ponto de vista da retórica, a noção de dignidade

⁷ Ibidem.

⁸ Preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

⁹ No preâmbulo da Declaração Americana, lê-se: “ Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros.”

¹⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ. *A Human Dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence*. I CON (2011), vol. 9, n. 1, 32-57; J. WALDRON. *Dignity, rank and rights*. Oxford University Press, Oxford, 2012.

elaborada na Declaração Universal de Direitos Humanos se tornou um modelo e influenciou, no que concerne ao fundamento dos direitos humanos, os textos normativos dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos que, a partir dali, constituir-se-iam. A Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, apesar de não mencionar explicitamente a noção de dignidade humana, cita a Declaração Universal como premissa. A Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão jurisdicional responsável pela aplicação da Convenção, tem uma das mais fecundas jurisprudências sobre dignidade humana. A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, por sua vez, cita diretamente ambas as Declarações e demais pactos internacionais que, naquele momento, já consagravam o princípio da dignidade humana, e protege explicitamente a dignidade quanto define o sentido de alguns direitos protegidos¹¹.

Em relação às constituições do pós-guerra, a Constituição italiana de 1948 e a *Grundgesetz*, Lei Fundamental Alemã, de 1949 são paradigmáticas do que Rodotà chamou de revolução da dignidade, porque são duas constituições marco do pós-guerra onde a reconstrução constitucional não se faz sobre o modelo fundado sobre o código da liberdade e da igualdade, que haviam marcado o constitucionalismo até a Constituição de Weimar, mas sobre os códigos da dignidade e do trabalho¹². Promulgada em 1949, a Lei Fundamental Alemã impunha, já no seu 1º, duas cláusulas que relacionam a dignidade humana como fundamento da ordem jurídica alemã e dos direitos fundamentais:

Art. 1º

I. A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

¹¹ Art. 5º, 2: Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano; art. 6º, 2: Ninguém deve ser constringido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso; art. 11º: Proteção da honra e da dignidade).

¹² RODOTÁ, op. cit., p. 185.

II. O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

Refletindo sobre o contexto de debate de promulgação da *Grundgesetz*, Rodotà reflete a juridicização em termos de criptojusnaturalismo, ou seja, reafirmação de uma fundação metafísica para a existência dos direitos.

Alla origine dela scelta dei costituenti tedeschi era, evidentissima, la volontà di reagire alla distruzione dell'umano e alla 'morte di Dio' in un luogo simbolo di quella distruzione, Auschwitz, che avevano accompagnato l'esperienza nazista e avevano portato ala 'perversione' dell'intero ordine giuridico. Si avvertiva il bisogno di una fondazione più solida. Da qui il 'criptojusnaturalismo' della Costituzione tedesca, la consapevolezza 'della própria responsabilità davanti a Dio e agli uomini' dichiarata dal popolo tedesco nel Preambolo di quel testo"¹³.

O tema é uma questão viva na Alemanha hoje em função da atividade da *Bundesverfassungsgericht*, Corte Constitucional Alemã, que desenvolveu, a partir do art. 1º da Lei Fundamental, um discurso jurisprudencial sobre dignidade bastante sólido e influente, sendo constantemente citado pela ECtHR quando a temática envolve um *necessário* discurso sobre dignidade, constituindo um *case* importante de diálogo entre as cortes.

A dignidade humana está no centro do debate jurisprudencial contemporâneo, e não só na Alemanha. Este protagonismo crescente da noção de dignidade humana vem sinalizando mudanças no campo jurídico, constituindo o que Foucault chama de indicador epistemológico de um novo domínio de questões no âmbito da ética, da política e do direito. Ocupado em desvendar a genealogia das problemáticas, as epistêmes, muito mais do que interessado em realizar uma história das soluções, a análise foucaultiana propicia a identificação das contradições, tensões e ambiguidades que circundam *epistémé* moderna, “aquela que se formou por volta do fim do século XVIII e serve ainda de solo positivo ao nosso saber, aquela que constituiu o modo de

¹³ S. RODOTÀ, op. cit., p. 185.

*ser singular do homem e a possibilidade de conhecê-lo empiricamente — toda essa epistémê estava ligada ao desaparecimento do Discurso e de seu reino monótono, ao deslizar da linguagem para o lado da objetividade e ao seu reaparecimento múltiplo*¹⁴. De Austin¹⁵ a Hart¹⁶, toda tradição do positivismo jurídico e da jurisprudência analítica fundante da “ciência jurídica” moderna é pautada sobre o solo positivo construído no séc. XVIII e que fundou as bases da filosofia ocidental moderna, dentro de um quadro de racionalização das ações sociais que, como observou Weber, é uma das características marcantes das sociedades modernas¹⁷.

Como os estudos recentes no campo da teoria jurídica pós-positivista¹⁸ dão conta, as fendas discursivas implicadas na construção oitocentista do saber jurídico moderno dizem respeito ao terreno da filosofia moderna ocidental construída sobre a distinção moderna entre o ser o dever ser, a partir do qual realizou uma cisão entre fatos e valores, entre o mundo cognitivo e o mundo valorativo que constitui a base do positivismo e do neopositivismo¹⁹. A teoria liberal jurídica também se recusou a problematizar seriamente sobre o lugar do indivíduo e da individualidade, bem como reconhecer o direito em termos de um discurso político, o que implica observar o fenômeno jurídico como uma questão social, nos termos propostos por Santoro²⁰.

Uma reflexão deste tipo exige responder a questões de ordem filosófica (existe distinção entre o ser e o dever ser?²¹), epistemológica (que tipo de saber é o saber jurídico?) e sociológica (quais as relações entre o direito e o poder e qual é o papel do direito na

¹⁴ M. FOUCAULT. *Les mots e les choses. Une archéologie des sciences humaines*. Paris: Gallimard, 1966, p. 412.

¹⁵ J. AUSTIN. *The Province of Jurisprudence Determined*. John Murray, London, 1832.

¹⁶ H. L. HART. *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

¹⁷ M. WEBER. *Wirtschaft und Gesellschaft*, organizado por J. Winkelmann, Mohr, Tübingen, 1956, trad. it. Comunità, Milão, 1986; M. WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, trad. br. Cengage Learning, São Paulo, 2008.

¹⁸ O pós-positivismo reúne uma plêiade heterodoxa de teorias que têm o traço comum de crítica ao positivismo jurídico e ao formalismo, unindo sob sua nomenclatura perspectivas bastante diferentes acerca do fenômeno jurídico.

¹⁹ Cf. E. SANTORO. *Autonomia individuale, libertà e diritti: una critica dell'antropologia liberale*. Pisa: ETS, 1999, pp. 44-58; E. R. RABENHORST. *A normatividade dos fatos*. Vieira Livros, João Pessoa, 2003.

²⁰ Cf. E. SANTORO. *Diritto come questione sociale*. Torino: Giappichelli, 2010.

²¹ Cf. E. R. RABENHORST. *A normatividade dos fatos*. Vieira Livros, João Pessoa, 2003.

conformação dos conflitos?) fundantes do campo jurídico a partir das quais as ambiguidades e contradições discursivas do projeto de modernidade jurídica emergem. Antes de adentrar da identificação das problemáticas concernentes aos usos da noção da dignidade humana nos discursos jurídicos, há ainda um ponto que merece ser analisado no que concerne às bases do projeto de modernidade política que constitui as premissas dos discursos jurídicos na contemporaneidade, qual seja a relação entre o direito e a política e o papel do direito na conformação desta categoria de problemas. Como a escola revisionista tratou de investigar, o projeto de modernidade política se afirmou através de um discurso humanista, mas se efetivou dentro e por um quadro de mudanças profundas na relação entre o Estado e sociedade, que só emerge à visibilidade diante de uma reflexão que coloque o discurso positivo como um objeto a ser investigado, enquanto mito fundante dos problemas e dilemas das sociedades contemporâneas. Os estudos foucaultianos procuram visibilizar a face oculta do processo civilizatório – entendido aqui nos termos propostos por Norbert Elias²² -, ao identificar, nas mudanças operadas nos vários espaços de interlocução Estado-sociedade (no campo da punitividade, instrução, saúde, etc.) durante o final do séc. XVIII e início do séc. XIX, revoluções nas tecnologias de poder e formas de disciplinamento, através de um sem número de estratégias totalizantes de controle sobre o corpo²³ voltado à construção do ‘cidadão democrático’²⁴.

A partir deste quadro, o campo em que se inserem as problemáticas quanto ao sentido dos usos da noção de dignidade humana no direito extrapolam as possibilidades discursivas do positivismo jurídico e exigem uma reflexão das problemáticas em termos de uma perspectiva jusrealista e anti-formalista do Direito²⁵, uma vez que esta permite compreender as indefinições em termos de disputas políticas, na medida em que o

²² Cf. N. ELIAS. *O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização*, vol. 2. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1993.

²³ M. FOUCAULT. *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976.

²⁴ M. FOUCAULT. *Technologies of the Self: a Seminar with Michel Foucault*, The University of Massachusetts Press, Amherst, 1988; M. FOUCAULT. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Editions Gallimard, Paris, 1975.

²⁵ Cf. A. ROSS. *On Law and Justice*. Steven & Sons LATDA, London, 1958; E. SANTORO. *Estado de Direito e interpretação. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005; E. SANTORO. *Diritto come questione sociale*. Torino: Giappichelli, 2010.

direito se constitui como um espaço de afirmação simbólica de discursividades constantemente em disputa. É nesta perspectiva que o judiciário se evidencia como um *locus* privilegiado de construção do direito, e não de mera aplicação do direito.

1.1.1 O problema da indefinição

O problema nodal diz respeito à indefinição quanto aos sentidos desta fórmula criptografada de jusnaturalismo que a noção de dignidade humana parece proteger. Não se trata, porém, de uma indefinição menor porque, como aponta Rosen, o problema com a palavra ‘dignidade’ é que ela está associada à ideia de centro transcendental de um valor inalienável cuja violação impõe ao Estado o dever de agir ao mesmo tempo que problematiza a questão sobre o direito de alguém a tratar a si mesmo de forma ‘indigna’, a partir da visão majoritária de uma dada comunidade. Este ponto fica claro na citação a seguir:

*The trouble is that the word ‘dignity’ carries the absolutist resonance that comes from its association with the idea of an inner transcendental kernel of inalienable value. If someone were to violate that, of course, it would be a serious matter and the state shouldn’t stand idly by. But being esteemed less because one happens to be associated in others’ minds with the behavior of someone who behaves in an undignified way? I’m sorry, but in my view people just have to put up with it.*²⁶

A filosofia dedicou uma grande reflexão sobre o assunto, em particular no campo da filosofia moral. Já em *De Officiis*, Cícero²⁷ parece pela primeira vez se remeter à noção de dignidade como valor da humanidade que habita os homens e os distingue dos animais. Esta perspectiva, insipiente no pensamento antigo – onde a noção de *dignitas*

²⁶ ROSEN, op. cit., p. 70.

²⁷ Cícero. *De Officiis*: “in every investigation into the nature of duty, it is vitally necessary for us to remember Always how vastly superior is man’s nature to that of cattle and other animals: their only thought is for bodily satisfactions ... Man’s mind, on the contrary, is developed by study and reflection... from this we may learn that sensual pleasure is wholly unworthy of the dignity of the human race”.

se relacionava mais à noção de *status* normativo -, constituir-se-á a base da tradição judaico-cristã e, na modernidade, com a obra paradigmática de Immanuel Kant, a ressignificação dos termos da reflexão no campo da filosofia moral.

Voltando ao campo jurídico do pós-guerra, entretanto, por um breve período, a dificuldade da indefinição e das problemáticas dos discursos sobre dignidade - àquela altura já catapultados a outra etapa da reflexão filosófica pós-nietzschiana sobre o próprio campo de reflexão filosófica, em tempos de *linguistic turn* que, desde Wittgenstein, vinha transformando o paradigma sobre o qual o discurso filosófico se pautava - diluíram-se. Houve, no pós-guerra, uma espécie rara de convergência em torno de um projeto de sociedade e, portanto, de um sentido preciso de dignidade humana que pode ser delineado e utilizado como parâmetro a partir do qual os discursos judiciais contemporâneos podem ser confrontados.

Outro problema no campo da indefinição pode ser colocado nos termos propostos por Feldman, para o qual é difícil falar em um direito à dignidade porque o direito parece poder, no máximo, garantir direitos que protejam a dignidade.

*By its nature, dignity can be neither pursued nor used, but only lived, fostered, enhanced and admired. It follows that it can generally make little or no sense to talk of a right to dignity. The law can at best provide a circumscribing circle of rights which, in some of their effects, help to preserve the field for a dignified life. There is a link, albeit not always clear, between the notions of dignity, honour, and reputation.*²⁸

Neste sentido, a dignidade humana é o bem jurídico protegido por uma certa categoria de direitos subjetivos. Quais são eles e quais são os tipos de violação de direitos que violam a dignidade humana?

1.1.2 O problema da tensão

O segundo problema, que na verdade constitui um desdobramento do primeiro, diz respeito a quem responde ao problema da indefinição no campo jurídico, a partir das

²⁸ FELDMAN, op. cit., p. 687.

reivindicações que nele estão sendo disputadas na contemporaneidade. O judiciário, como sabemos, só se pronuncia sobre aquilo que lhe é levado à apreciação e que o mesmo se considera competente para resolver, afastando de sua competência temas que reputa de ordem política. Identificar os sentidos da noção de dignidade humana em disputa nos discursos judiciais na contemporaneidade é imperioso para analisar se há consonância com o modelo codificado no pós-guerra ou se existem dissonâncias discursivas e, em ambos os casos, analisar as repercussões que a tomada de decisão por uma ou outra tese tem, do ponto de vista pragmático, na proteção dos direitos humanos. Esta questão ressoa nos pilares daquilo que se convencionou chamar direito ocidental moderno, com o projeto de construção de modernidade pautado no modelo de 'cidadão democrático' dentro de um quadro de construção de identidades nacionais como resposta à crise de pertencimento estrutural da época e reorientação do pertencimento na figura do Estado. Como aponta Bauman:

A idéia de 'identidade', e particularmente de 'identidade nacional', não foi 'naturalmente' gestada e incubada na experiência humana, não emergiu dessa experiência como um 'fato da vida' auto-evidente. Essa idéia foi forçada a entrar na Lebenswelt de homens e mulheres modernos – e chegou como uma ficção. [...] A idéia de 'identidade' nasceu da crise do pertencimento e do esforço que esta desencadeou no sentido de transpor a brecha entre o 'deve' e o 'é' e erguer a realidade ao nível dos padrões estabelecidos pela idéia – recriar a realidade à semelhança da idéia.²⁹

O direito ocidental moderno constituiu um importante instrumento estatal de legitimação – e imposição - da identidade nacional, ou, em outras palavras, de construção do modelo de 'cidadão-democrático'. Para Bauman, a identidade nacional se diferencia de todas as identidades anteriores, uma vez que esta “não reconhecia competidores, muito menos opositores [...] construída pelo Estado e suas forças, a identidade nacional objetivava o direito monopolista de traçar a fronteira entre 'nós' e

29 BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Zahar, Rio de Janeiro, 2005, p. 26.

'eles'³⁰ e se baseava sobre a ficção da 'natividade do nascimento', ligada diretamente à questão da nacionalidade, tema até hoje central dentro da dogmática constitucional moderna, tendo em vista a premência de regular a cidadania, entendida como *status* de pertencimento ao Estado nacional.

*Tal como as leis dos Estados passaram por cima de todas as formas de justiça consuetudinária, tornando-as nulas e inválidas em casos de conflito, a identidade nacional só permitiria essas outras identidades se elas não fossem suspeitas de colidir (fosse em princípio ou ocasionalmente) com a irrestrita prioridade da lealdade nacional. Ser indivíduo de um Estado era a única característica confirmada pelas autoridades nas carteiras de identidade e nos passaportes.*³¹

A partir da análise tocquevilliana, Emilio Santoro evidencia a necessidade, realizada através das instituições estatais, de internacionalização dos valores liberais-democráticos para a consolidação do sistema representativo democrático que apregoava o auto-governo³².

O sistema penitenciário moderno nasce nos Estados Unidos, primeiro grande país que se denominou “republicano”, e se afirmou, aos poucos, na Europa. Sua difusão no século XIX caminha no mesmo passo da afirmação da liberal democracia. Como mostrou Tocqueville, com a passagem do regime despótico, fundado sobre a coerção, ao regime liberal-democrata, fundado sobre o consenso, adverte-se com força a exigência de regular os sujeitos, para que estes sejam bons cidadãos. No exercício dos próprios direitos dos indivíduos, os cidadãos devem se comportar segundo um critério moral e racional (os dois termos, para o contratualismo iluminista, são, em grande parte, sinônimos). A partir do fim do século XVIII, se observa que, para criar uma sociedade liberal-democrata estável, é necessário criar uma série de instituições – não só as penitenciárias, mas também os

30 Ibid., p. 28.

31 Ibid., p. 28.

32 SANTORO, Emilio. Políticas penais 'democráticas' e respeito aos direitos humanos: o cárcere como instrumento de ditadura da classe privilegiada. Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito, Ano 5, n. 5 (jan/dez 2006). João Pessoa: Editora Universitária, 2006, p. 172.

*manicômios, os hospitais, as escolas, etc. – capazes de produzir um tipo de cidadão adaptado ao novo sistema político.*³³

Nesta perspectiva, a identidade nacional contribuiria para alinhar os sentimentos subjetivos aos lugares objetivos do sujeito no mundo sócio-cultural, funcionando como um estabilizador social, na medida em que costura o sujeito à estrutura, para utilizar a imagem de Stuart Hall³⁴. Mas qual era o modelo de cidadão democrático que o Estado nacional europeu precisava criar, através da internacionalização dos valores liberais? Dentro das concepções de identidade propostas por Stuart Hall, o modelo de cidadão em questão seria o 'sujeito do iluminismo', “baseado numa concepção de pessoa humana como um indivíduo totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades da razão, de consciência e de ação”³⁵. Para Hall, “o centro essencial do eu era a identidade de uma pessoa [...] uma concepção muito 'individualista' do sujeito e de sua identidade (na verdade, a identidade *dele*: já que o sujeito do Iluminismo era usualmente descrito como masculino)”³⁶. Este modelo está em crise, e talvez esta seja a singularidade dos discursos sobre a dignidade e a busca de afastá-la, como Waldron busca fazê-lo, da sua história³⁷. Não por acaso, também Feldman procura defender uma certa independência da noção de dignidade humana das concepções liberais-individualistas.

The notion of human dignity can bolster individual freedom by making it desirable to enhance autonomy and moral integrity or to provide social and political rights to an infrastructure which enables people to live in a dignified way. In respect of classic liberal rights, the dignity of the species and the dignity of the individual tend to work together. For example, treating corporal punishment as degrading within the meaning of Article 3 of the European Convention on Human Rights reflects a sense that in certain circumstances it degrades both the individual and the whole of humanity to treat people in such a way. But we must not assume that the idea of dignity is inextricably

33 Ibid., p. 172.

34 HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Rio de Janeiro: DP&A: 2006, p. 12.

35 Ibid., p. 10.

36 Ibid., p. 11.

³⁷ WALDRON, op. cit.

*linked to a liberal-individualist view of human beings as people whose life-choices deserve respect.*³⁸

Esta não é, certamente, uma questão simples e se relaciona com o problema de fundo, na teoria jurídica, sobre o papel do judiciário na contemporaneidade.

1.1.3 O problema dos espaços

O aumento do recurso a construções discursivas jurisprudenciais sobre dignidade se insere dentro de um quadro de mudança do *judicial reasoning*, do tipo de reivindicação que é judicializada e do papel do judiciário na solução destes conflitos, em um quadro de mudança paradigmática dos espaços políticos de afirmação das reivindicações do que se considera bom e justo e, nestes termos, do que compreendemos por direito, terceiro problema que perpassa o objeto do presente estudo.

Não por acaso, no campo da teoria jurídica, cresce o recurso a neologismos, onde abundam o emprego dos prefixos *trans* (transconstitucionalismo³⁹, transjuridicidade⁴⁰), e *inter* (interlegalidade⁴¹, interconstitucionalidade⁴²) - a reboque da tendência nas ciências sociais de trabalhar conceitos de superação do projeto de modernidade, como a pós-modernidade⁴³ e pós-humano⁴⁴ -, apenas para citar alguns, como expressão desta dificuldade com que os teóricos estão lidando para explicar este mundo em transformação veloz que está fazendo desaparecer as bases discursivas do positivismo oitocentista que servia de solo para o debate jurídico, político e cultural de uma época.

³⁸ D. FELDMAN, op. cit., p. 685.

³⁹ Cf. noção de transconstitucionalismo de Marcelos Neves em M. NEVES. *Transconstitucionalismo*. Martins Fontes, São Paulo, 2009.

⁴⁰ Expressão cunhada pelo Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade, LABIRINT, entre a Universidade Federal da Paraíba e a Università degli Studi di Firenze.

⁴¹ Ver noção de interlegalidade em Boaventura de Sousa Santos. Cf. B. S. SANTOS. *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*. Butterworths, London, 2004.

⁴² Cf. J. J. G. CANOTILHO. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2008.

⁴³ D. HARVEY. *A Condição Pós-Moderna*. São Paulo, Loyola, 1993.

⁴⁴ Cf. K. Hayles. *How We Became Posthuman*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1999; RODOTÁ, op. cit.

Como Zolo apontou, existe uma crise de proporções globais que podem ser acolhidas dentro do que ele chamou de crise do Estado de Direito, seja em relação ao funcionamento das estruturas ‘garantistas’ dos Estados ocidentais, seja em nível global⁴⁵.

*As razões da crise podem ser catalogadas em dois registros distintos: o dos fenômenos de complexificação social dentro da área das sociedades industriais avançadas, investidas pela revolução tecnológico-informática; os dos processos de integração em escala regional – a União Europeia – e em nível global. No interior do primeiro registro assumem relevância sobretudo a crise da capacidade reguladora dos ordenamentos jurídicos estatais e a decrescente efetividade da proteção dos direitos subjetivos. No interior do segundo registro, o tema central é o da erosão da soberania dos Estados nacionais e a preponderância de poderes e de sujeitos transnacionais que se subtraem à lógica da difusão e da diferenciação do poder.*⁴⁶

Os Estados têm cada vez mais dificuldade de construir suas respectivas sociedades com um grau alto de homogeneidade e as estruturas democráticas representativas, em particular o Parlamento, diminuíram significativamente sua capacidade de concretizar consensos. Observando este cenário, Santoro sintetiza o problema nestes termos:

*A poco serve continuare a teorizzare la funzione del giudice come se il suo protagonismo attuale fosse una patologia temporanea. È necessario piuttosto partire dela realtà di fatto per capire, da un lato, quali sono i rischi que i diritti fondamentali oggi corrono e, dall’altro, che forma può prendere la “politica”, intesa webericamente come discorso sull’uso dela forza legittima.*⁴⁷

Este cenário é certamente problemático do ponto de vista da certeza do direito, assim

⁴⁵ D. ZOLO. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In P. COSTA; D. ZOLO. O Estado de Direito: História, teoria e prática. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

⁴⁶ ZOLO, op. cit., p. 71-72.

⁴⁷ E. SANTORO. *Diritto e diritti. Lo stato di diritto nell’era della globalizzazione*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 26.

como era concebido na tradição do direito continental, mas voltaremos a esta questão posteriormente. Por ora, basta afirmar que é no momento atual de intensificação da crise do Estado de Direito e crescente protagonismo do poder judiciário na solução de conflitos em que a noção de dignidade humana tem sido trazida ao centro do debate jurisprudencial, coincidência que pode sinalizar uma inter-relação entre os dois fenômenos.

1.2 Ruídos nas relações entre as noções de dignidade humana e autonomia individual

Ideas about descriptions of dignity are linked to beliefs about what is involved in living a good life, and to ideas of the Good more generally. As Alasdair Macintyre has shown, such ideas are culturally specific, and consensus in relation to them is difficult to maintain in a pluralist society.⁴⁸

Nas palavras de Henette-Vauchez, “the legal concept of human dignity has become inescapable”⁴⁹, sendo uma peça cada vez mais presente e central na solução de casos judiciais de maior repercussão e complexidade. Entretanto, trata-se de uma centralidade problemática pela indefinição de seus termos que, para alguns, tem servido aos tribunais como um *knockdown argument*⁵⁰. Embora o momento histórico posterior à Segunda Guerra Mundial tenha desencadeado um movimento global no sentido de incluir a dignidade da pessoa humana no debate jurídico perante os órgãos jurisdicionais dos diversos países, o consenso a respeito desse conceito tem-se limitado ao reconhecimento de sua existência e de sua importância e não são poucos os juristas críticos quanto ao seu uso *indiscriminado*⁵¹ e excessivamente dado a subjetividades em

⁴⁸ FELDMAN, op. cit., p. 686.

⁴⁹ HENNETTE-VAUCHEZ, op. cit., p. 33.

⁵⁰ Cf. J. Q. WHITMAN, op. cit.; J. Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 113, 2004.

⁵¹ C. L. ROCHA. *O Princípio Constitucional da Igualdade*, Editora Lê, Belo Horizonte, 1990. C. L. A. ROCHA. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social [S.1.], 1999. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>.

“Princípio de frequente referência, tem sido igualmente de parca ciência pelos que dele se valem, inclusive nos sistemas normativos. Até o papel por ele desempenhado é diversificado e impreciso, sendo elemento em construção

que a dignidade “frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores”⁵².

Este não é só um problema circunscrito ao campo jurídico. Já Proudhon advertia para os perigos dos discursos universalistas que pretendem impor uma determinada visão de mundo ao apontar que “chi dice umanità vuole ingannarti”. Como os trabalhos de Hartmann⁵³ e Schmitt⁵⁴ evidenciaram, os problemas começam quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence a um valor como seu, e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensura, tornando-se tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.

Não deve estranhar, portanto, que discursos jurídicos sobre a dignidade tenham esta ambiguidade captada por Feldman ao afirmar que, no direito, “*once it becomes a tool in the hands of lawmakers and judges, the concept of human dignity is a two-edged sword*”⁵⁵.

O principal problema diz respeito ao sentido da noção de dignidade que se visa respeitar: se dentro de um registro universalista de construção de direitos indisponíveis que o Estado deve proteger por sobre o consenso dos indivíduos; se dentro de uma perspectiva de proteção da individualidade. Em outros termos, o problema diz respeito às inter-relações entre as noções de dignidade humana e autonomia, concepções correlacionadas que tomam ossatura estruturalmente diferentes em função das premissas que servem de solo para os respectivos discursos.

Tratando-se de uma das questões mais difíceis no campo da filosofia moral e da ciência política moderna, este estudo não se ocupa de reconstruir historicamente a evolução do problema, mas apenas apontar as principais questões que nascem desta relação ruidosa.

permanente mesmo em seu conteúdo”.

⁵² BARROSO, op. cit.

⁵³ N. HARTMANN. *Ethik*, 3^a ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1949, p. 576 (“Jeder Wert hat wenn er einmal Macht gewonnen hat über eine Person die Tendenz, sich zum alleinigen Tyrannen des ganzen menschlichen Ethos aufzuwerfen, und zwar auf Kosten anderer werte, auch solcher, die ihm nicht material entgegengesetzt sind”).

⁵⁴ C. SCHMITT. *Die Tyrannei der Werte*. Hamburg: Lutherisches Verlagshaus, 1979.

⁵⁵ D. FELDMAN. Human dignity as a legal value: Part 1. Public Law 1999 Win 682-702, p. 685.

Para propor a questão em termos de tensão no discurso sobre dignidade, é oportuno trazer a crítica proposta por Ruth Macklin, filósofa importante no debate sobre bioética que, em 2003, publicou um editorial no prestigioso *British Medical Journal* em que apontou que “dignity as a useless concept[...] it means no more than respect for persons or their autonomy”. No editorial, ela questiona o uso excessivo da noção de dignidade humana no debate bioético:

Why, then, do so many articles and reports appeal to human dignity, as if it means something over and above respect for persons or for their autonomy? A possible explanation is the many religious sources that refer to human dignity, especially but not exclusively in Roman Catholic writings. However, this religious source cannot explain how and why dignity has crept into the secular literature in medical ethics. Nor can the prominence of the concept in human rights documents, since only a small portion of the literature in medical ethics addresses the links between health and human rights. Although the aetiology may remain a mystery, the diagnosis is clear. Dignity is a useless concept in medical ethics and can be eliminated without any loss of content⁵⁶.

Como observou Waldron, Ruth Macklin – assim como Pinker - não está interessada em compreender as problemáticas em torno dos discursos sobre dignidade, mas tão somente criticar a resistência religiosa de matiz judaico-cristã a avanços tecnológicos na área de biociência da qual ela é ativista - em particular uso terapêutico de células-tronco que reacenderam o debate sobre quando se inicia a vida e o *status* do feto e do embrião⁵⁷. Apesar desta ressalva, com a qual podemos inclusive partilhar, há algo revelador no discurso de Macklin que merece ser apreendido, na medida em que esta definição

⁵⁶ R. MACKLIN, 2003.

⁵⁷ J. WALDRON. *Dignity, rank and rights*. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 475 “But they say this just because they are annoyed that Catholics and other “theocons” oppose substantive positions (e.g., about stem- cell experimentation) that Pinker and Macklin support and because they fear that the word “dignity” might intensify that opposition. Pinker and Macklin are not really interested in the analysis of dignity. They oppose the Catholic use of the word because they are politically annoyed by the positions it conveys. They have little interest in what “dignity” might mean if it were not associated with such opposition to abortion or stem- cell research or whatever”.

remete a discussão sobre a noção de dignidade ao ponto nevrálgico da tensão no coração da teoria liberal no que concerne à noção de autonomia individual. Aceitando-se a afirmação de que o respeito à dignidade humana se resume à proteção da autonomia individual, é preciso se perguntar com qual representação de ‘sujeito/pessoa’ o direito trabalha ao garantir a este sujeito abstrato o respeito às escolhas pessoais e quais são os limites desta escolha. Como apontou Rosen:

*What is important is the connection that is made between dignity and rational agency, on the one hand, and (via autonomy) choice on the other. On this view, it is rational agents who are the central (if not the only) beneficiaries of dignity and it is their power of choice that requires respect. Does this conception of dignity play a central role in modern dignity discourse? Yes indeed! [...] not surprisingly, the voluntarism associated with autonomy conception of human dignity is forcefully rejected by the Catholic Church (as well as by many other religious groups), for example by Pope John Paul II in his encyclicals *Veritatis Splendor* (1993) and *Evangelium Vitae* (1995)⁵⁸.*

Na teoria jurídica, a noção de autonomia só se tornou objeto de intenso debate no coração a partir dos anos 1970 quando “after a long period of sterility, due to the domination of the positivist approach, in the early 1970s the publication of John Rawl’s *A Theory of Justice* led to a major development of theoretical political reflection in the West”⁵⁹. A relevância de Rawls reside no fato de que sua formulação constitui um ponto de partida de reconstrução da teoria liberal contemporânea a partir da noção de autonomia da vontade, como fundamento dos direitos. Como Santoro enfatizou, o problema desta abordagem que coloca a “autonomia individual como âncora/fundamento para os direitos individuais diz respeito ao desacordo quanto ao sentido de ‘autonomia’”⁶⁰. A proposta de Santoro para o impasse em torno da noção de autonomia da vontade, qual seja “l’insostenibilità del concetto di ‘indipendenza sostanziale’ e l’inevitabilità dell’incompletezza delle giustificazioni che gli individui

⁵⁸ ROSEN in WALDRON, op. cit., p. 1457.

⁵⁹ SANTORO, *Autonomia individuale, libertà e diritti: una critica dell’antropologia liberale*, p. 9.

⁶⁰ SANTORO, op. cit., p. 13.

possono fornire per i loro principi morali”⁶¹ dentro de uma problemática das teorias clássicas que excluem “ogni rivelanza del singolo nel giudicare si gli ostacoli posti ala sua possibilità di agire sono lesivi o meno dela sua libertà”⁶².

Retomando a regra wittgensteiniana segundo a qual não é possível seguir uma regra privada porque crer em uma regra significa seguir esta regra - na medida em que um processo interno precisa de critérios externos⁶³ -, Santoro coloca o debate sobre o sentido de autonomia individual na relação entre indivíduo e sociedade, ou indivíduo e comunidade. Toda vez que o indivíduo age de acordo com as expectativas da sociedade, não emerge grandes questões para o direito. O conflito surge “quando il soggetto percepisce la regola che gli viene proposta dalla comunità come diversa da quella che egli ritiene di dover seguire”⁶⁴.

*L’argomento di Wittgenstein contro il linguaggio privato consente di riprendere la discussione sull’autonomia individuale muovendo dalla tesi che il soggetto non può essere ‘certo’ di agire in base ai desideri che veramente desidera avere. Esso però comporta un radicale cambiamento prospettico: consente di passare dal livello psicologico, che, come abbiamo visto, non fornisce in realtà alcuna informazione sull’autonomia dei soggetti, a quello sociologico*⁶⁵.

Neste sentido, o homem autônomo é aquele que produz novas metáforas a partir de velhas palavras, e “ciò che garantisce l’autonomia è il successo delle metafore che il soggetto usa”⁶⁶. Neste sentido,

Nelle società contemporanee, connotate dal politeismo dei valori e caratterizzate da una pluralità di giochi linguistici, e cioè da una pluralità di strategie di legittimazione cognitiva confligenti, un individuo si configura spesso non come ‘autonomo’ tout court,

⁶¹ SANTORO, op. cit., p. 464.

⁶² Ibidem, p. 453.

⁶³ L. WITTGENSTEIN. *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, Oxford, 1953, trad. ing. rev. Wiley-Blackwell, Oxford, 2009, pará. 201 e 508.

⁶⁴ SANTORO, op. cit., p. 468.

⁶⁵ SANTORO, op. cit., p. 465.

⁶⁶ SANTORO, op. cit., p. 469.

*ma come autonomo rispetto a un determinato gioco linguistico*⁶⁷.

Partindo da premissa wittgensteiniana, tal como proposta por Santoro, a dignidade se apresenta como uma velha palavra cujos sentidos estão em constante disputa em vários jogos linguísticos das sociedades contemporâneas. O direito é um destes jogos linguísticos que, na modernidade, assume ainda maior relevância enquanto estratégia de legitimação cognitiva de uma comunidade.

A identificação do direito como símbolo dos valores de uma determinada sociedade não é uma novidade. Ainda no séc. XIX, Durkheim afirmava que o estudo sobre a natureza dos laços que mantêm a sociedade coesa, a solidariedade social, só poderia ser realizado através do estudo do direito, enquanto símbolo visível de um “fenômeno completamente moral que, por si próprio, não se presta à observação exata nem, sobretudo, à medida”. Durkheim impunha que “fato interior que nos escapa, pelo fato exterior que o simboliza [...] esse símbolo visível é o direito”⁶⁸.

Ao contrário de Durkheim e do positivismo jurídico novecentista que definia o direito como conjunto de normas jurídicas sancionadas, a concepção jusrealista do direito introduz na teoria jurídica a noção de que o direito é uma práxis, dando ênfase à atividade judicial e centrando análise na forma através da qual os juízes julgam.

O judiciário é, neste sentido, o *locus* privilegiado de análise de processos de construção dos significados normativos ou o que os positivistas indicam como “o sentido *correto* das normas”, a partir de uma reflexão que possibilite problematizar os espaços discursivos disputados pela comunidade de intérpretes⁶⁹. É diante dos casos concretos que o significado das velhas palavras, como dignidade humana, são sintetizados em metáforas, e disputadas pelos atores que querem garantir o sucesso das metáforas que usam. De um lado, as partes invocam a dignidade humana de tal forma a garantir-lhes algo que creem ter direito; e de outro lado, o judiciário também disputa internamente o sentido da expressão e, ao julgar, *comunica* à sociedade os termos do jogo linguístico no qual estamos todos inseridos.

⁶⁷ SANTORO, op. cit., p. 470-471.

⁶⁸ E. DURKHEIM. *A Divisão do trabalho social - vol. 2*. Presença, Lisboa, 1984, p. 79.

⁶⁹ SANTORO, op. cit.

Uma percepção do direito nestes termos impõe reconhecer uma crise do modelo das fontes do direito⁷⁰, as dimensões e implicações do crescente diálogo entre as cortes nacionais, internacionais e supranacionais, bem como a tendência de supremacia do poder judiciário que tem sido chamado a se pronunciar sobre temas que há pouco tempo não poderiam ser pensadas em termos de questões judiciais.

Novas situações resultantes de avanços tecnológicos impõem debate sobre os limites e possibilidades desta nova tecnologia no âmbito da bioética e do biodireito, com redefinição dos sentidos das velhas palavras *vida*, *morte* e *corpo*, etc.. Multiplicam-se os casos, cada vez mais corriqueiros nas sociedades multiculturais, em que o indivíduo percebe a regra jurídica geral como diferente daquele que ele considera que deve seguir e o judiciário tem sido a via preferencial para reivindicação do respeito à diferença. Por fim, o judiciário também tem sido cada vez mais chamado a se pronunciar sobre casos em que a regra jurídica geral já não representa as convicções de uma sociedade que, marcada pela crescente dificuldade de construção de consenso, encontra ela mesma na judicialização um instrumento de luta por reconhecimento de novos direitos.

Estes são os desafios no exercício da jurisdição na modernidade, fenômeno que pode ser lido no sentido de colocar o poder judiciário cada vez mais inserido na plataforma da disputa por uma linguagem de legitimação política dos temas controversos na contemporaneidade. São nestes casos onde preferencialmente a noção de dignidade humana tem sido mais disputada, como o estudo de caso em perspectiva de direito comparado confirmou.

Para ilustrar a tensão permanente no uso da dignidade e sua inter-relação ruidosa com a noção de autonomia individual, convém, neste ponto, trazer à luz o famoso caso conhecido como “o arremesso de anões”, julgado pelo *Conseil d’État français*⁷¹ em 1994

⁷⁰ E. SANTORO. *Diritto e diritti. Lo stato di diritto nell’era della globalizzazione*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 21. La legge come guida indiscutibile delle decisioni giudiziali è diventata un mito ormai inservibile. Anche gli ordinamenti dell’Europa continentale devono rinunciare definitivamente all’idea che “il diritto” concide con “le leggi”. Oggi nel definirei l “diritto” vigente in qualsiasi paese dell’Unione Europea non si può prescindere né dal diritto comunitario, né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, né dalla giurisprudencia della Corte Europea dei diritti dell’uomo

⁷¹ Cf. CE, Ass., 27 de outubro de 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*; Ville d’Aix-en-Provence. Rec., p. 372, concls. P. FRYDMAN. Posição confirmada pelo

e constante em quase todos os textos que refletem o significado da dignidade humana. O caso é interessante porque diz respeito à luta do sr. Wackeneim pelo direito de continuar a trabalhar se apresentando, em bares noturnos da pequena cidade de Morsang-sur-Orge, na região de Versalhes, em um espetáculo conhecido como arremesso de anões. Ele recorreu da decisão administrativa que o proibia de realizar a apresentação de seu show sob o argumento de que a atração consistia tratamento degradante. Recorrendo em todos os níveis de jurisdição, o caso foi levado ao *Conseil d'État*, órgão jurisdicional máximo no que tange à competência para julgar direito administrativo na França, que decidiu pela legalidade da proibição, em nome da dignidade humana:

Il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale, sur le fondement de l'article L.131-2 du code des communes, de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public, dont une des composantes est le respect de la dignité de la personne humaine. L'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine. En l'espèce, l'attraction de "lancer de nain", qui conduit à utiliser comme projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle, porte atteinte, par son objet même, à la dignité de la personne humaine. Légalité de l'interdiction prononcée par l'autorité de police municipale alors même que des mesures de protection ont été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition contre rémunération.

O caso foi levado até o então Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas onde, mais uma vez, o sr. Wackeneim viu o seu pedido ser negado, mesmo tendo argumentado que o direito ao trabalho era parte da sua dignidade e que o Estado, ao proibi-lo, havia violado a sua dignidade humana. Refletindo sobre o caso, que contrapõe dois pontos de vista diferentes sobre o sentido da dignidade humana, Michael Rosen sintetizou o problema nestes termos:

Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas em 26 de Julho de 2002, Wackeneim, in R.T.D.H, 2003. 1017, note LEVINET.

*Does the State's duty to protect 'the dignity of the human person' entail that it has the right to prohibit people from choosing to behave in an indignified way? Perhaps my behaving in an undignified way is not a particularly good use of my power of choice, but should I not still be allowed to choose to do so?*⁷².

Como o estudo comparado conduzido por Susan Millns sobre a temática aponta, os países respondem de forma diferente a esta pergunta⁷³. Realizando um estudo comparado sobre os discursos sobre a dignidade na jurisdição inglesa e francesa, Millns apontou que o traço que assemelha ambas as experiências jurídicas é a incerteza, ainda que o estudo tenha buscado delinear similitudes e divergências relevantes. Enquanto a França se preocupa mais em proteger a dignidade humana em registro universalista e de indisponibilidade, a jurisdição inglesa trabalha a noção de 'indignidade' a partir da qual consegue dar especial valor à individualidade e ao que Millns chama de dignidade individual.

*Where the UK judiciary has (indirectly and implicitly) juridified dignity, it has leaned more towards the opposite, that is the characterisation of certain situations as undignified. This was noted in the area of medical interventions and, particularly, in order to justify decisions to withdraw treatment from patients. It is, thus, through a consideration of death and dying that the UK has discovered dignity, while in France the concept has been most extensively developed in the context of beginnings of life issues. Moreover, the UK preference for developing the concept of indignity has provided opportunity to pay closer attention to the unique situation of the individual (who existence is characterised as degrading) than to the more collective and universal interpretation of dignity as a common feature of all humanity which is preferred in France. This suggests that in the former country it is personal dignity which is targeted for protection as opposed to human dignity which is the latter's objective.*⁷⁴

⁷² ROSEN, op. cit., p. 69.

⁷³ S. MILLNS. *Respect for Human Dignity: an Anglo-French comparison*. University of Kent at Canterbury, Canterbury, 2004.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 347.

O direito comunitário e o sistema europeu de proteção de direitos humanos, em especial a partir do papel da Corte Europeia de Direitos Humanos, é um ponto de confluência que, segundo Millns, reconecta e dialoga com ambas as vertentes, reforçando a necessidade de compreensão da perspectiva tal qual proposta pela ECtHR. Neste momento, os apontamentos de Millns sobre as divergências são elucidativas das possibilidades discursivas que o presente estudo de caso procura identificar. Voltando ao caso Wackenheim, o uso da dignidade humana informa sobre o papel do Estado e o espaço dedicado à autonomia da vontade. Vejamos o que Kant tem a dizer sobre esta indagação.

1.3 A perspectiva kantiana e os espaços de consonância

Em *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Kant estabelece as bases de sua deontologia ética ao estabelecer o princípio supremo da moral. A partir de uma construção discursiva fundante da modernidade, Kant estabelece a distinção entre as pessoas, cujo valor é inestimável e por isto têm dignidade (Würde), e as coisas, cujo valor pode ser estimado e por isto têm um preço.

But suppose there were something the existence of which in itself has an absolute worth, something which as an end in itself could be a ground of determinate laws; then in it, and in it alone, would lie the ground of a possible categorical imperative, that is, of a practical law. Now I say that the human being and in general every rational being exists as an end in itself, not merely as a means to be used by this or that will at its discretion; instead he must in all his actions, whether directed to himself or also to other rational beings, always be regarded at the same time as an end. All objects of the inclinations have only a conditional worth; for, if there were not inclinations and the needs based on them, their object would be without worth. But the inclinations themselves, as sources of needs, are so far from having an absolute worth, so as to make one wish to have them, q that it must instead be the universal wish of every rational being to be altogether free from them. Thus the worth of any object to be acquired by our action is always conditional. Beings the existence of which rests not on

our will but on nature, if they are beings without reason, still have only a relative worth, as means, and are therefore called things, whereas rational beings are called persons because their nature already marks them out as an end in itself, that is, as something that may not be used merely as a means, and hence so far limits all choice (and is an object of respect).⁷⁵

Enquanto tudo o mais que existe na terra é regido pela regra de causalidade no mundo da natureza, os seres finitos dotados de razão são os únicos seres morais, ou seja, que *devem* agir de forma *justa*, o que impõe o reconhecimento dos deveres morais de forma a que o agir humano seja digno. O agir moral não é, para Kant, resultado de um aprimoramento ou estudo específico, mas a razão ordena como cabe aos homens agir, mesmo que nenhum exemplo disso possa ser encontrado, sem levar em consideração as vantagens que tal comportamento pudesse ter. A sua metafísica dos costumes se ocupa de identificar os princípios morais universais que, assim como os princípios universais da natureza, norteiam todo o agir humano e identificam os princípios de aplicação daqueles.

Lançando as principais bases do humanismo liberal moderno, Kant coloca a dignidade humana como um princípio moral segundo o qual o homem é um fim em si mesmo e não deve, jamais, ser tratado como meio. Nos termos kantianos, o Estado aparece como uma instituição ética e juridicamente subordinada ao indivíduo que, dotado de razão, é capaz de alcançar às regras morais universais, sendo, portanto, um sujeito moral.

Aqui reside a famosa tese kantiana segundo a qual cada ser humano, exatamente porque é autônomo, tem o direito de ser livre.

Para Kant, os conceitos de dignidade, pessoa, autonomia, e liberdade são conceitos em recíproca remissão. Ao fundar a dignidade e a personalidade moral na liberdade, identificando esta com a autonomia (compreendida, por sua vez, como propriedade da vontade de um ser racional de prescrever, para e por si mesma, os princípios e as

⁷⁵ I. KANT. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785; trad. ing. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*” in Id., *Practical Philosophy*, Cambridge University press, Cambridge, 1996, AK 4:426.

regras para ação, de tal modo que essas passem pelo teste racional da universalidade) Kant enuncia paradigmaticamente a fórmula e a divisa do ideal moderno ético, cuja natureza é essencialmente iluminista. A dignidade da pessoa decorre, para Kant, da liberdade e da autonomia, enquanto capacidade ou poder legislador, visando a autorrealização da humanidade em todas as suas disposições naturais.⁷⁶

O homem é dotado de dignidade humana porque é um ser moral, capaz de alcançar as leis morais universais pela razão e, exatamente por esta característica inerente, *devem* ser livres. As repercussões desta perspectiva no direito para fins de definição de quem pode ser sujeito de direito também foram objeto de intensa crítica⁷⁷. O conceito de liberdade é a pedra fundamental da filosofia moral kantiana. Para Kant:

O conceito de liberdade é um conceito racional puro e que por isto mesmo é transcendente para a filosofia teórica, ou seja, é um conceito tal que nenhum exemplo que corresponda a ele pode ser dado em qualquer experiência possível, e de cujo objeto não podemos obter qualquer conhecimento teórico: o conceito de liberdade não pode ter validade como princípio constitutivo da razão especulativa, mas unicamente como princípio regulador desta e, em verdade, meramente negativo. Mas no uso prático da razão o conceito de liberdade prova sua realidade através de princípios práticos, que são leis de uma causalidade da razão pura para determinação da escolha, independentemente de quaisquer condições empíricas (de sensibilidade em geral) e revelam uma vontade pura em nós, na qual conceitos e leis morais têm sua fonte.

⁷⁶ O. GIACOIA JUNIOR. *Nietzsche x Kant: uma disputa a respeito de liberdade, autonomia e dever*. Casa da Palavra, São Paulo, 2012, p. 22.

⁷⁷ Sobre teoria voluntarista, cf. E. R. RABENHORST. Dignidade humana e moralidade democrática, Brasília Jurídica, Brasília, 2001, p., 69, “Uma teoria voluntarista do direito subjetivo diminui consideravelmente o número de sujeitos de direitos. De acordo com ela, apenas agentes morais, no sentido específico do termo – qual seja, o de indivíduos autônomos, capazes de pensar, deliberar ou escolher –, poderiam ser detentores de direitos. Visivelmente, uma teoria desse tipo parece excluir, de pronto, os embriões, as crianças muito jovens, os deficientes mentais profundos e os comatosos. No mais, ela ignoraria, por completo, qualquer pretensão de um direito dos animais. No máximo, seguindo o ponto de vista kantiano, ela permitiria dizer que nós, humanos, é que possuímos deveres morais e jurídicos para com os animais”.

As leis práticas incondicionais (ou leis morais) estão baseadas neste conceito positivo de liberdade. Entretanto, do ponto de vista humano, “cuja escolha é sensivelmente afetada, e por isso não conforma por si mesma à vontade pura, mas a esta se opõe amiúde, as leis morais são imperativos (comandos ou proibições) e realmente imperativos (incondicionais) categóricos”. Dentro destes termos, a liberdade constitui a capacidade de seguir regras morais incondicionais impostas pelo homem a si próprio. Sobre a vontade, Kant anota que:

If, then, there is to be a supreme practical principle and, with respect to the human will, a categorical imperative, it must be one such that, from the representation of what is necessarily an end for everyone because it is an end in itself, it constitutes an objective principle of the will and thus can serve as a universal practical law. The ground of this principle is: rational nature exists as an end in itself. The human being necessarily represents his own existence in this way; so far it is thus a subjective principle of human actions.[4:429]

O que nos interessa neste debate são dois pontos: primeiro, quanto de Kant há nas proposições jurídicas do pós-guerra e na jurisprudência concernente à dignidade humana na atualidade; e segundo, quais as consequências práticas da deontologia kantiana no que concerne à autonomia da vontade.

Começemos pela segunda questão. A deontologia kantiana pressupõe uma noção do *homem*⁷⁸ como um ser racional, cujas ações são pautadas pela liberdade de escolha no

⁷⁸ Sobre o grifo na palavra *homem*, como os estudos feministas mais tarde trataram de problematizar, a diferença entre os sexos parece ser o arquétipo de todas as diferenças sobre a qual se funda o debate contemporâneo em torno da oposição conceitual essencial, aquela que distingue o idêntico e o diferente, sobre o assunto cf. RADIMSKA, Radka. La différence des sexes en tant que fondement de la vision et de la division du monde, 2003, *Sens public*, n. 0, 10. 6. 2003. A relação entre idêntico/diferente, fundamentada na oposição de valores contrapostos (quente/frio, leve/pesado, claro/escuro), está na base da classificação que opõe o masculino ao feminino, presente nos diversos sistemas ideológicos, sobre o assunto cf. F. HÉRITIER. *Maschile e femmine: il pensiero della differenza*. Laterza, Roma, 2010. Em Kant, como em todo o pensamento iluminista, o *homem* é dotado de Razão, enquanto que às mulheres o filósofo reservava um lugar inferior por

que concernem deveres e obrigações jurídicas e, nestes termos, responsável pelos seus atos e imputável juridicamente. Retornando à pergunta de Michael Rosen sobre o caso do Sr. Wackeneim, a deontologia kantiana responderia que sim, que é dever do Estado de proteger a dignidade humana, que por sua vez engloba o dever de proibir pessoas de escolherem se comportar de forma ‘indigna’, protegendo a liberdade do indivíduo de se colocar *certas* regras morais e agir dentro dos cânones da moral universal.

É nesta perspectiva que a noção kantiana de dignidade humana pode constituir um obstáculo às reivindicações por espaços de autonomia no sentido de individualidade. Esta instrumentalização facilmente justifica a negação de direitos e escolhas individuais que, nos termos kantianos, significariam ‘escolher viver de forma indigna’. Na medida em que “l’autonomia di cui parla Kant non è propriamente l’autonomia degli individuo, ma è piuttosto la capacità degli esseri umani di non essere deterministicamente ‘causati’ o ‘motivati’ da fattori oggettivi, di farsi guidare dalla ‘ragion pura’⁷⁹”, Santoro aponta que:

*La fondazione kantiana del rispetto per la persona è paradossalmente “impersonale”: si deve rispettare non il concreto essere umano, ma l’astrazione che è presente in lui, non la dignità del singolo, ma la dignità della legge morale; non lo specifico individuo, ma l’umanità che è in ognuno, non la volontarietà delle decisioni, ma la loro “razionalità”.*⁸⁰

Com efeito, Santoro defende que toda concepção de autonomia individual (kantiana, existencialista ou neopositivista) é “insoddisfacenti come pietre angolari del liberalismo e ancoraggio dei diritti fondamentali⁸¹ e, refletindo sobre a crítica que Berlin lança a Kant, Santoro aponta que “è in virtù di una tale nozione di autonomia e dell’anichilimento dell’individualità singola che essa comporta, che la dottrina kantiana appare agli occhi di Berlin”⁸². A deontologia kantiana supõe um Estado ético cujo papel

serem incapazes de agir segundo a Razão, vivendo em estado de minoridade eterna.

⁷⁹ SANTORO, 1999, p. 43.

⁸⁰ SANTORO, 1999, p. 44.

⁸¹ SANTORO, 1999, 37.

⁸² Ibidem.

principal está na proteção das leis morais e da humanidade que está em todos os seres humanos, tendo o Estado, também ele, o *dever* de proteger a dignidade mesmo contra a vontade do homem concreto.

Em relação a primeira questão, saber o quanto do pensamento kantiano há nas promessas do pós-guerra exige retornar aos textos emblemáticos e refletir a forma de juridicização deste tipo de abordagem. Quando o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”, a ética deontológica kantiana é informadora, na medida em que o texto parece *reconhecer* a liberdade e igualdade *inerentes* a todos os seres humanos que, porque dotados de *razão* e consciência, *devem* agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Kant exerceu profunda influência em toda a teoria jurídica positivista e, especialmente a partir das declarações de direito do pós-guerra, nos textos normativos mais importantes do pós-guerra. Sobre a inter-relação entre o pensamento kantiano e a estrutura jurídica contemporânea aponta o filósofo Giacoia Junior:

*O sentido atual dos conceitos de dignidade, liberdade e personalidade está profundamente impregnado da filosofia crítica de Kant. Por aí podemos perceber o laço sólido e o vínculo indissolúvel entre, por exemplo, Kant e a constituição brasileira, entre Kant e a bioética atual, entre Kant e a carta da ONU sobre os direitos humanos universais.*⁸³

Se não há muita disputa quanto ao reconhecimento das raízes filosóficas nas promessas de 1948⁸⁴, alguns teóricos têm buscado reconstruir um significado atual para a noção de dignidade menos como um valor, no sentido kantiano (Wülde), e mais como uma noção de *status*. O problema pode ser colocado nos termos propostos por Hennette-Vauchez, qual seja o de que é preciso confrontar a ortodoxia segundo a qual o princípio da

⁸³ GIACIOIA JUNIOR, op. cit., p. 24.

⁸⁴ Cf. ROSEN, op. cit; C. Dupré. *Unlocking human dignity: towards a theory for the 21st century*. European Human Rights Law Review, 2009, 2, 190-205, p. 190;

dignidade humana pertence ao paradigma dos direitos humanos.

How is it possible to construct dignity, simultaneously, as a status and guarantee that no one will be stripped of it? If dignity primarily refers to (moral) duties and (legal) obligations, what is to become of those who refuse to comply? Because there are no clear-cut answers to questions of such importance, it matters that we confront the relatively unchallenged orthodoxy according to which the human dignity principle belongs to the human rights paradigm⁸⁵.

Waldron procura enfrentar esta ortodoxia ao negar que exista ressonância do pensamento kantiano na jurisprudência moderna sobre dignidade⁸⁶, mas parece revelante que ele acene para a possibilidade que, através de uma nova abordagem da perspectiva kantiana, como acenam os estudos Elizabeth Anderson, talvez ambas as linhas interpretativas possam convergir⁸⁷.

Para ele, os usos modernos da noção de dignidade se relacionam com a noção jurídica de *dignitas* no direito antigo, contrapondo a noção kantiana de dignidade como valor

⁸⁵ HENNETTE-VAUCHEZ, op. cit., p. 57.

⁸⁶ WALDRON, op. cit., p. 425, “I should repeat that I have no doubt about the importance of the ideas that Kant associates with “dignity” in the Groundwork definition: fundamental worth or value beyond price, the insistence that human persons are not to be traded off against each other. But, taken on its own, it has had a deplorable influence on philosophical discussions of dignity and it has led many legal scholars to just assume that “dignity” in the law must convey this specific Kantian resonance. 46 Kant’s later work does indeed accord with the idea of dignity as a ranking status. But not the Groundwork’s fundamental equation of *Würde* with “value beyond price,” at least not without the elaboration that Elizabeth Anderson has offered”.

⁸⁷ Waldron, op. cit., . 411, “A more promising approach is indicated in a recent paper by Elizabeth Anderson. 44 Anderson explores the notion of “commanding value,” which if it works may bridge the gap between dignity as value- beyond-price and dignity as rank or authority. She is interested in the way Kant appropriated and transformed contemporary ideas about honor: a man of honor treats his independence and self- esteem as something above price; he would not trade it for anything in the world, certainly not for the sake of material interest. This bridges exactly the gap that I am worrying about.”. Cf. E. ANDERSON, “Emotions in Kant’s Later Moral Philosophy: Honor and the Phenomenology of Moral Value”, in *Kant’s Ethics of Virtue*, Walter de Gruyter, Berlim-New York, 2008.

(*Würde* como *worth*)⁸⁸ à noção jurídica de dignidade como *status*. A tese igualitarista de Waldron baseia-se em uma noção de dignidade como um *status* normativo em que muitos direitos humanos podem ser entendidos como incidentais deste *status*.

*A good account of human dignity will explain it as a very general status. But it will also generate an account of it as noble bearing and an account of the importance of the ban on humiliating and degrading treatment. That is what I am trying to do with an account of dignity as a high- ranking status, comparable to a rank of nobility— only a rank assigned now to every human person, equally without discrimination: dignity as nobility for the common man.*⁸⁹

Waldron, entretanto, não avança em temas concernentes à autonomia como espaço de proteção da individualidade e, portanto, permite uma compreensão em termos de consonância na medida em que sua percepção de proteção da dignidade avança em um discurso universalista – pois nós decidimos que somos todos iguais e merecedores dos direitos antes reservados aos nobres. Os argumentos, entretanto, não permitem, como bem observou Rosen, entender que é porque o conceito tem um *background* independente que as questões são mais complexas e antagônicas do que Waldron faz parecer⁹⁰.

To those who read these documents with eyes informed by post-1789 egalitarianism, the connection between dignity and rights may seem evident and trivial. Looking back at the antiegalitarianism with which the concept of dignity is associated in the Catholic tradition, however, shows that it should not be taken for granted. Indeed, the contrast between dignity and rights is still alive. Take the Cairo Declaration on Human Rights in Islam (1990 by the Organization of the Islamic Conference) whose Article 6, in contrast

⁸⁸ WALDRON, op. cit., 377 “The first thing to say about this definition is that “dignity” here is the English translator’s term, not Kant’s. Kant uses the German term *Würde*. There is a well- established practice of translating *Würde* as “dignity.” But the two words have slightly different connotations. 33 *Würde* is much closer to “worth” than our term “dignity” is”.

⁸⁹ WALDRON, op. cit., 348.

⁹⁰ ROSEN in WALDRON, op. cit., p. 1308.

*to the Universal Declaration, asserts that women have “equal dignity” but, conspicuously, not equal rights*⁹¹.

Criticando o que considera uma simplificação do problema sobre a dignidade, Rosen reflete a convergência do pós-guerra em termos de “a complex combination of Kant’s moral philosophy, Schiller’s moralized aesthetics, and the abolition of status hierarchies associated with the French Revolution” que se deu com o apoio da Igreja Católica que, enfim, endossou o seu comprometimento com a democracia, política de respeito aos direitos e à ordem social baseada no fundamento da igualdade⁹², o que possibilitou, de um lado, a convergência da concepção teológica de dignidade com a concepção liberal de direitos humanos iguais e, de outro, tornou profundas as tensões conceituais e sociopolíticas sobre a noção de dignidade:

Certainly, the liberal-humanistic and the theistic conceptions of human dignity (at least in the latter’s modern, Catholic form) have come to agree on a very great deal in accepting certain central social and political rights for adult human beings— the rights associated with democratic self- government and basic social equality— but, when it comes to questions of medical and biological ethics— issues such as abortion, suicide, sexual morality, medical experimentation, and genetic engineering— there is simply no common ground. On the one side, valuable beings are seen as rational agents and what is to be protected is, fundamentally, their autonomous agency; on the other, we have the denial that human choice can ever override the intrinsic and inviolable value that attaches to all “human life”.⁹³

Os espaços de consonância da jurisprudência hoje são portanto, e não por acaso, prioritariamente questões em que não existe necessidade de problematização dos espaços de proteção da individualidade, mas apenas afirmação do princípio da igualdade e dos direitos civis e políticos sobre os quais o acordo se mantém íntegro – e

⁹¹ *Ib.*, p. 1408.

⁹² Para Rosen, este endosso significou a pacificação da Igreja com os ideais da Revolução Francesa, depois de 160 anos.

⁹³ *Ibidem.*

não por acaso são estes os casos mais ressaltados por Waldron para defender sua tese de dignidade como *status* – ou quando a proteção da individualidade é negada ou relativizada em função de um valor afirmado pela Corte como superior à proteção da autonomia e da agência racional, quando estas se afastam daquilo que uma dada comunidade entende ser o ‘melhor’ e o ‘bom’.

1.4 Sobre os espaços de dissonâncias

Os espaços de dissonância são, nestes termos, residuais. Os discursos judiciais que se afastam – ou fogem - da perspectiva kantiana são, para os fins deste estudo, dissonantes do quadro fundante do paradigma de proteção dos direitos humanos fundado no pós-guerra. Enquanto espaços residuais, guardam uma grande variedade de outros sentidos em disputa – e portanto, outras perspectivas sobre o que é ‘bom’ e ‘desejável’- seja criticando o discurso universalista e a tirania dos valores, seja problematizando sob outro recorte a noção de autonomia individual, mais voltada à afirmação de individualidades irredutíveis e impassíveis de serem reconduzidas a um discurso universal, recolocando o debate em termos de escolhas políticas e espaços de disputas sociais.

Tomada no sentido kantiano como um valor – e portanto nos espaços dos discursos consonantes - a dignidade funda um discurso universal que pode conflitar com reivindicações de proteção de individualidade, especialmente nos casos em que as escolhas pessoais sejam percebidas como ‘indignas’ o que, como vimos, pode ensejar uma negação de direitos.

Se no campo da filosofia, os limites do pensamento kantiano parecem um assunto da história da filosofia, tamanha a mudança paradigmática sobre o qual se pautou a reflexão filosófica no séc. XX, também nas ciências sociais os limites e as ideologias constitutivas do projeto de modernidade foram objeto de estudo e intensa desconstrução. É portanto com surpresa que filósofos tem sido chamados a refletir sobre um assunto que, se na filosofia parece uma questão datada de um projeto de modernidade cujas premissas foram desconstruídas pela filosofia do séc. XX, no direito

têm, particularmente nos últimos vinte anos, atraído e intrigado o interesse acadêmico⁹⁴. É bastante sintomático que, no prefácio de seu novo livro sobre o tema, o primeiro em que se debruçou sobre a noção de dignidade – Michael Rosen inicie a apresentação do problema em termos de uma provocação do amigo e advogado de direitos humanos, Christopher McCrudden, que perguntara durante um café o que os filósofos tinham a dizer sobre dignidade⁹⁵. Parece, portanto, como também infere o filósofo Giacoia Junior, que este legado entre direitos humanos e democracia nas sociedades contemporâneas, recuperado pós-1945 em termos de discurso sobre dignidade, é ao mesmo tempo formador da modernidade política e razão da crise permanente e sistemática deste mesmo projeto político de modernidade. Este pode ser um bom ponto de partida para refletir sobre os espaços de autonomia individual nos discursos jurisprudenciais sobre a dignidade, qual seja o do limiar desta tensão, que talvez demarque o hiato entre a modernidade e a pós-modernidade.

Se esse legado [entre direitos humanos e democracia nas sociedades contemporâneas] é formador da modernidade política, a crise permanente e sistemática do projeto político moderno – o limiar para a pós-modernidade e a travessia do Rubicão para o que poderíamos considerar como uma pós-humanidade – coincide com o combate sem quartel movido por Nietzsche contra a filosofia crítica de Kant, em particular a suas concepções de lei moral, dever incondicionado, imperativo categórico, consciência moral e virtude, e, com elas, a sua ética deontológica (uma moral dos deveres), normativa, na medida em que reconhece obrigações e formula preceitos que são regras de conduta, com pretensão de validade geral, mas legitimadas pelo livre consenso

⁹⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ. *A Human Dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence*. I CON (2011), vol. 9, n. 1, 32-57; ROSEN, M. *Dignity: its history and meaning*. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2012.

J. WALDRON. *Dignity, rank and rights*. Oxford University Press, Oxford, 2012. L. R. BARROSO. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*, Fórum, Belo Horizonte, 2013; I. W. SARLET. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, . In: LEITE, George Salomão et al. (coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

⁹⁵ ROSEN, op. cit., p. i.

*racional*⁹⁶.

Esta tensão pode ser vista em termos do combate movido por Nietzsche contra Kant. De fato, no campo da filosofia, Nietzsche foi o arquiteto responsável pela mais profunda crítica e desconstrução daquele que foi o último grande modelo de filosofia moral e de ideal de modernidade política, razão pela qual suas observações permanecem válidas para compreender as crises e fissuras no projeto político de modernidade e, portanto, nos discursos dissonantes a partir dos quais o judiciário tem aberto espaços de proteção da individualidade.

Em *A Genealogia da Moral*, Nietzsche se ocupa de perscrutar “a *origem* de nossos preconceitos morais”⁹⁷. A filosofia crítica de Nietzsche, como observa Delleuze, contém dois movimentos: primeiro, relaciona todas as coisas e toda origem das coisas a valores; e segundo, refere os mesmos valores ‘fundantes’ a algo que seja sua origem e que decida o seu valor⁹⁸.

Com a ironia que lhe é peculiar, a crítica nietzschiana avança sobre os pontos centrais da tese kantiana, acusando Kant de ter sido “colhido pelo imperativo categórico e com ele retornou de novo, de coração e por engano, para ‘Deus’, ‘alma’, ‘liberdade’ e ‘imortalidade’, igual a uma raposa que retornou a sua jaula”⁹⁹. Nietzsche nega a validade de toda e qualquer metafísica ao

⁹⁶ GIACOIA JUNIOR, op. cit., p. 25.

⁹⁷ F. NIETZSCHE. *Zur Genealogie der Moral*. Eine Streitschrift, 1887, trad. br. Companhia das Letras, São Paulo, 2009, p. 7.

⁹⁸ G. DELEUZE. *Nietzsche e a Filosofia*. Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1976, p. 5 “Genealogia quer dizer ao mesmo tempo valor da origem e origem dos valores. Genealogia se opõe ao caráter absoluto dos valores tanto quanto a seu caráter relativo ou utilitário. Genealogia significa o elemento diferencial dos valores do qual decorre o valor destes. Genealogia quer dizer, portanto, origem ou nascimento, mas também diferença ou distância na origem. Genealogia quer dizer nobreza e baixaza, nobreza e vilania, nobreza e decadência na origem. O nobre e o vil, o alto e o baixo, este é o elemento propriamente genealógico ou crítico. Mas assim compreendida, a crítica é ao mesmo tempo o que há de mais positivo. O elemento diferencial não é a crítica de valor dos valores sem ser também o elemento positivo de uma criação. Por isso a crítica nunca é concebida por Nietzsche como uma reação, mas sim como uma ação. Nietzsche opõe a atividade da crítica à vingança, ao rancor ou ao ressentimento”.

⁹⁹ F. NIETZSCHE. *Die fröhliche Wissenschaft*, trad. port. Companhia das Letras, São Paulo, 2012, aforismo 335.

afirmar que se tratam de estruturas de poder que constroem a noção de responsabilidade para julgar e condenar as pessoas a partir de preconceitos (em Kant, juízos de valor) pessoais alçados de forma ilegítima como lei universal.

Nós, modernos, temos sobre os gregos a vantagem de possuir dois conceitos que nos servem de alguma maneira de consolo, em face de um mundo em que todos se comportam como escravos e no qual, por isso mesmo, a palavra “escravo” faz recuar de pavor: falamos da “dignidade do homem” e da “dignidade do trabalho”¹⁰⁰.

A crítica nietzschiana vai além ao afirmar que, mesmo partindo-se das premissas de que uma tal lei universal moral exista e seja inteligível ao ser humano – o que pareceria improvável – ainda assim esta lei universal não se aplicaria à individualidade. Como aponta Giacoia Junior, “do ponto de vista de Nietzsche [...] uma lei que vale para todos, precisamente em razão de sua universalidade, não pode valer para uma singularidade autêntica e genuinamente pessoal [...] nossas virtudes não podem ser as virtudes de todo mundo, meu ideal não pode ser o ideal de nenhum outro, menos ainda o ideal de todos, sob pena de suprimir a individualidade irredutível de cada qual”¹⁰¹. Nesta perspectiva, a dignidade do homem e a dignidade do trabalho são fantasmas que constituem os produtos indigentes da escravidão que se esconde de si mesma¹⁰². Esta última provocação nietzschiana pode ser útil para compreender os impasses nos discursos sobre dignidade, especialmente quando reivindicações por direitos econômicos, sociais e culturais estão em jogo.

¹⁰⁰ F. NIETZSCHE. Escritos sobre Direito. São Paulo: Ed. Loyola, 2009, p. 55.

¹⁰¹ GIACOIA JUNIOR, op. cit., p. 27.

¹⁰² NIETZSCHE, 2009, p. 56.

CAPÍTULO 2.

A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Este capítulo busca, a partir do mapeamento da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (ECtHR), construir uma cartografia dos usos da noção de dignidade humana que permita visualizar as circunstâncias em que a dignidade humana tem sido invocada pela Corte para, a partir deste quadro, analisar o respectivo grau de estabilidade e coerência discursiva, bem como as repercussões práticas desta retórica na proteção da individualidade. É consonante o uso da dignidade humana nas situações em que a noção é tematizada ou existe ruído, elementos dissonantes? Quais são eles e em que direções apontam? Estas são as questões que a investigação buscará responder no presente capítulo, ressaltando que este mapeamento servirá como quadro de referência, pela estabilidade do padrão proposto, pelo volume de decisões¹⁰³ e pela autoridade persuasiva da jurisprudência da Corte¹⁰⁴.

2.1. A Convenção Europeia de Direitos Humanos e o protagonismo da Corte Europeia de Direitos Humanos (ECtHR)

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem uma das mais fecundas jurisprudências em matéria de direitos humanos, integrando o primeiro modelo de sistema regional de proteção de direitos humanos, com a adoção da Convenção para a Proteção dos Direitos

¹⁰³ A ECtHR é uma das mais prolíficas cortes internacionais, tendo, sendo estatísticas oficiais da própria Corte, ultrapassado a marca de 17.000 julgamentos ao longo de sua história, tendo um caselaw vasto e muito influente. Mais informações em

http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592013_ENG.pdf

¹⁰⁴ Cf. S. CIUFFOLETTI. Dal Fenomeno del *Judicial Borrowing* al Dialogo Transnazionale fra Corti. I Nuovi Orizzonti del Dibattito Dottrinale. Tese de doutorado, A.A. 2010/2011, Università degli Studi Pisa. E. A. YOUNG, “Foreign Law and the Denominator Problem”, 119 Harv. L. Rev., 2005. H.L.A. HART, *Essays On Bentham: Jurisprudence And Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Chicago, 1986.

Humanos e das Liberdades Individuais, também conhecida como Convenção Europeia de Direitos Humanos (ECHR), em 1950¹⁰⁵. Este sistema exerce forte influência sobre os demais sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos que se criaram a partir de 1945, em especial Sistema Interamericano de Direitos Humanos, criado em 1969 a partir dos cânones estabelecidos em 1950.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos é, neste sentido, um documento paradigmático de seu tempo e de seu contexto histórico. Aprovado consensualmente pelo recém-criado Conselho da Europa¹⁰⁶, o texto resume a aspiração de uma Europa unida, e constitui em certa medida o novo mito fundante de uma nova Europa como conjunto de países ligados por “their common heritage” voltados à garantia do “their economic and social progress”. O pano de fundo deste momento é o que Zolo chamou de ideologia do globalismo jurídico¹⁰⁷, enquanto explicação para as transformações das estruturas políticas e dos aparatos normativos que se deram em função do aprofundamento dos ditos processos de globalização¹⁰⁸. Marca definitivamente, enquanto primeiro instrumento jurídico internacional, o processo de internacionalização do direito e do controle social que, nos últimos cinquenta anos, alterou significativamente a forma de vida, das comunicações e das expressões do direito.

Ao lado dos Estados e das tradicionais instituições internacionais, como as Nações

¹⁰⁵ A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi adotada em 4 de novembro de 1950 pelo Conselho da Europa e aberta à assinatura no mesmo dia. Constitui o primeiro instrumento jurídico internacional em matéria de direitos humanos. Sofreu várias alterações através de protocolos aditivos à Convenção durante os anos, que ampliaram o rol dos direitos protegidos e alteraram significativamente a estrutura e competência de seu sistema de monitoramento. A ECHR entrou em vigor em 1953, quando as exigências do art. 66 da própria Convenção foram satisfeitos, tendo sido atingido o número mínimo de 10 assinaturas.

¹⁰⁶ O Conselho da Europa (*Council of Europe*, ou no francês *Conseil d'Europe*) foi criado pelo Tratado de Londres de 1949 “to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress” (art. 1). O Conselho é constituído pelo Conselho dos Ministros, Assembléia Parlamentar e Secretário Geral da instituição que tem personalidade jurídica de direito internacional.

¹⁰⁷ Cf. D. ZOLO. *I Signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998.

¹⁰⁸ Cf. D. ZOLO. *Globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza & Figli Spa, 2005.

Unidas, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio, perfilam-se novos sujeitos do ordenamento jurídico internacional: as uniões regionais – in primis a Europa –, as alianças político-militares como a OTAN, as cortes penais internacionais, as corporations multinacionais, as organizações para a regulação financeira internacional, as organizações não-governamentais, em geral. E as lado dos tratados, das convenções e dos costumes emergem novas fontes do direito internacional, como os atos normativos das autoridades regionais, a jurisprudência das cortes penais ad hoc, os veredictos das cortes arbitrais e, com particular relevo, as elaborações normativas as transnational law firms, isto é, dos grandes escritórios associados de advogados e especialistas em leis que operam, sobretudo, nos setores do direito comercial, do direito tributário e do financeiro.¹⁰⁹

O preâmbulo da Convenção cita a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 em dois momentos: primeiro, para afirmar a influência desta na escrita do texto da ECHR; e no final, para dizer que a presente Convenção deveria ser lida como um primeiro esforço no sentido de aplicar, no sentido de efetivar (“*enforce*”), coletivamente alguns direitos inscritos na Declaração.

Como abordamos no primeiro capítulo, a Declaração resume a promessa do pós-guerra, em viés do cosmopolismo universalista kantiano. Reafirmando que o objetivo do Conselho da Europa é “the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms”, o preâmbulo aponta para a crença de que a construção de um modelo internacional de proteção dos direitos humanos, dotado de poder vinculante e sistema de monitoramento próprio, como instrumentos imprescindíveis para consolidar uma política de direitos humanos e uma cultura democrática duradoura no continente europeu¹¹⁰, e o faz mirando a Declaração Universal dos Direitos Humanos que “aims at securing the universal and effective

¹⁰⁹ D. ZOLO, op. cit., p. 70.

¹¹⁰ Ainda no preâmbulo da ECHR, temos que “Reaffirming their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the human rights upon which they depend”.

recognition and observance of the Rights therein declared”.

No texto original de 1950, o sistema de monitoramento da Convenção era composto por dois órgãos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos, disposto no art. 19.1; e a Corte Europeia de Direitos Humanos, disposta no art. 19.2. Apesar de substancialmente alterado em 1998, a partir da aprovação do protocolo 11¹¹¹, esta estrutura inicial é importante porque serviu de modelo para a construção do sistema de monitoramento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 em vigor até os dias atuais, em que a Corte não funciona de forma *perene*, realizando reuniões mensais ou bimestrais, recebendo uma quantidade relativamente pequena de processos, em virtude da existência de um filtro procedimental.

Com sede em Estrasburgo, a ECtHR começou a funcionar em 1959 e os primeiros julgados datam de 1960, tornando-se um *case* importante de sucesso de jurisdição internacional em matéria de direitos humanos¹¹², com o julgamento de casos importantes em que a Corte desenvolveu, jurisprudencialmente, contornos conceituais de noções vagas como tortura, tratamento cruel ou a noção de vida privada, alçando-se como uma verdadeira corte de direitos.

O sistema de monitoramento original da Convenção já apontava no sentido de garantir ao indivíduo um protagonismo enquanto sujeito de direito internacional, reconhecendo a possibilidade de que indivíduos peticionassem diretamente à Comissão, desde que o Estado-parte houvesse declarado aceitar a competência da Comissão para receber estes casos (art. 25). A Corte, nos termos do art. 47 do texto original, só estava autorizada a julgar casos encaminhados pela Comissão, em que esta houvesse declarado a impossibilidade de resolver amigavelmente a questão junto ao Estado.

Até 1998, a Corte não era uma *full-time court*¹¹³ e não tinha plenas competências jurisdicionais, sendo portanto a aprovação e implementação do protocolo 11 em 1998

¹¹¹ Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby. Strasbourg, 11.V.1994. Since its entry into force on 1 November 1998, this Protocol forms an integral part of the Convention (ETS No. 5).

¹¹² Cf. J.P. MARGUENAUD. *La Cour Européenne des Droits de L’Homme*. Dalloz, Paris, 2002; E. DUBOUT, S. TOUZE. *Les Droits Fondamentaux: Charnieres entre Ordres et Systemes Juridiques*. Pedone, Paris, 2010.

¹¹³ Apenas em 1998, com a aprovação do Protocolo 11, a Corte se tornou *full-time*.

uma mudança de paradigma do modelo de monitoramento da Convenção que, a partir de então, ratifica e reforça o protagonismo da ECtHR e aprofunda a judicialização das questões relativas à proteção de direitos humanos, intensificando a relação desta com as cortes constitucionais e a crescente rivalidade com a Corte de Luxemburgo¹¹⁴, incentivando novas mudanças estruturais, procedimentais e diplomáticas com vistas a clarificar a relação entre a ECtHR e as Cortes constitucionais, de um lado, e a ECtHR e o Tribunal de Luxemburgo, de outro¹¹⁵.

2.2. A centralidade da noção da dignidade humana

A centralidade da noção da dignidade humana no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos é resultado da atividade jurisprudencial da ECtHR¹¹⁶. Em seu *caselaw*, a Corte consolidou o entendimento de que “the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom”¹¹⁷. No sistema de pesquisa de jurisprudência da Corte, o HUDOC, há 1.158 julgados em que a Corte utilizou, no julgado, a expressão “human dignity”¹¹⁸.

¹¹⁴ O Tribunal de Justiça da União Europeia, também conhecido como Corte de Luxemburgo, é órgão jurisdicional da UE, interpreta o direito da UE a fim de garantir a sua aplicação uniforme em todos os Estados-Membros.

¹¹⁵ O Protocolo 16, aprovado em 2013 e aberto a assinatura, sem ainda ter entrado em vigor, é exemplificativo das mudanças a que a ECtHR ainda será objeto.

¹¹⁶ A noção de dignidade humana não foi juridicizada em 1950, ano de promulgação da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Há, entretanto, nesta Convenção, referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, como vimos, é toda baseada na noção de dignidade humana. Citação expressa à noção em texto normativo do Conselho da Europa se dá no preâmbulo do Protocolo n. 13 à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Individuais concernentes à abolição da Pena de Morte em Todas as Circunstâncias, de 3/5/2002, onde se lê: “hereto, Convinced that everyone’s right to life is a basic value in a democratic society and that the abolition of the death penalty is essential for the protection of this right and for the full recognition of the inherent dignity of all human beings”.

¹¹⁷ *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 65, ECHR 2002-III; e *V.C. v. Slovakia*, no. 18968/07, § 105, ECHR 2011.

¹¹⁸ O sistema HUDOC permite realizar pesquisas avançadas por vários critérios (data, órgão julgador, ementa/indexação, por legislação) e tipo de decisão (julgamentos, decisões, casos comunicados, *legal summaries*, opinião consultiva, relatório, resoluções).

TABELA 1 - Usos da noção da dignidade humana na jurisprudência da ECtHR

Julgamentos	1.159
Decisões	475
Casos comunicados	69
Súmulas vinculantes (legal summaries)	79
Opiniões consultivas	-
Relatórios	47
Resoluções	65

Fonte: Pesquisadora

Do ponto de vista cronológico, e levando em consideração apenas o critério quantitativo, é possível perceber como a noção da dignidade humana foi se infiltrando no discurso judicial da corte de forma mais expressiva nos últimos 10 anos.

**TABELA 2 - Usos da noção de dignidade humana na jurisprudência da ECtHR:
*Grand Chamber e chambers***

Ano	Nº de julgamentos
1959-1993 ¹¹⁹	29
1994-1997	18
1998	7
1999	7
2000	10
2001	19
2002	15
2003	25

¹¹⁹ A pesquisa no banco de dados do HUDOC, ano a ano, foi realizada colocando, como datas de início e final da pesquisa, as seguintes datas (1/jan.; 31/dez.) respectivamente.

2004	32
2005	38
2006	43
2007	75
2008	90
2009	95
2010	119
2011	126
2012	181
2013	129

Fonte: Pesquisadora

Em função do volume da jurisprudência da ECtHR, este estudo centrou o foco de análise nos 96 julgamentos do *Grand Chamber*¹²⁰ da ECtHR em que a expressão ‘human dignity’, bem como nos casos emblemáticos do discurso da Corte sobre dignidade que são objeto de reflexão na literatura especializada. A partir do mapeamento destes casos, procurou-se recolher e trabalhar a jurisprudência da Corte, o que só foi possível porque tornou-se usual que, em julgamentos importantes, a Corte revisite sua jurisprudência, sendo possível mapear as construções discursivas da Corte como um todo a partir dos julgados da *Grand Chamber*, pelo menos em relação aos temas que foram objeto de sua apreciação. Em *N. v. United Kingdom*, por exemplo, a *Grand Chamber* revisitou toda a jurisprudência da Corte sobre o tema da expulsão, nos termos do art. 3º da Convenção, para decidir sobre a legalidade da expulsão requerida pelo Reino Unido.

¹²⁰ A *Grand Chamber* é composta por 17 juízes da corte, nos termos do art. 26 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, redação dada pelo Protocolo n. 14 à Convenção.

TABELA 3 - Usos da noção de dignidade humana na jurisprudência da *Grand Chamber*

Ano	Nº de julgamentos
1994-1997	3
1998	1
1999	6
2000	4
2001	8
2002	2
2003	3
2004	4
2005	7
2006	4
2007	4
2008	5
2009	8
2010	4
2011	6
2012	13
2013	4
2014	10

Fonte: Pesquisadora

2.3. O mapa dos usos jurisprudenciais sobre dignidade humana na Corte Europeia de Direitos Humanos

Apesar de ampla, a jurisprudência da ECtHR sobre dignidade humana está concentrada nos casos que se referem aos arts. 3º, 8º, e 14º da Convenção e nos arts. 1º, 2º e 3º do Protocolo 1, o que é indicativo da existência de padrões de racionalidade.

Nos arts. 3º e 14 da Convenção, a dignidade humana é afirmada pela Corte como fundamento da proibições. No primeiro caso, concernente à proibição da prática de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas e degradantes, a dignidade é o

fundamento da proibição. No maior parte deste *caselaw*, trata-se de violações relacionadas aos limites punitivos do Estado não consensuais onde a questão sobre a proteção da individualidade não é problematizada. Nos poucos casos que se distanciam do debate no campo da punitividade e a Corte é chamada a se pronunciar sobre questões concernentes ao direito à morte digna, onde direito à vida e proibição de tratamento cruel podem colidir, a Corte demonstra uma utilização consonante que abre pouco espaço à proteção da individualidade, exatamente nos termos kantianos que proíbem alguém de tratar a si mesmo de forma ‘indigna’, o que é problemático do ponto de vista das novas questões no campo da bioética, resultante dos avanços tecnológicos no campo da medicina.

A proibição da discriminação, inscrita no art. 14, constitui um importante marco discursivo de tutela do direito à igualdade e a tratamento equânime, relacionando-se com o gozo de todos os direitos humanos protegidos na Convenção. Não há neste campo grande tensão discursiva quanto ao espaço de proteção da individualidade, mas, especialmente nos últimos anos, a Corte tem construído uma jurisprudência importante de proteção de grupos vulneráveis e, em algumas situações, encontrado espaço para, a partir da definição do alcance da proibição, avançar na proteção de direitos econômicos, sociais e culturais, inter-relacionando a proibição da discriminação com a proibição inscrita no art. 3º e no art. 8º, outros dois artigos centrais para a compreensão do discurso judicial da ECtHR sobre dignidade.

Sob a noção de vida privada, protegida nos termos do art. 8º, concentram-se os julgamentos mais relevantes do ponto de vista da proteção da individualidade porque a noção de vida privada abriu a possibilidade de reivindicações de direitos muito diferentes entre si, mas que são reconduzidos pela Corte à noção de auto-determinação e autonomia da vontade. Em todos os casos, a dignidade aparece como o bem jurídico protegido, ainda que o sentido do uso da noção seja objeto de debate e dissenso em muitos casos, como veremos na análise da jurisprudência.

O fato de não ser possível reconduzir a totalidade da jurisprudência da ECtHR em termos de retórica de respeito à dignidade humana, como fonte de todas as liberdades, aponta para uma construção não kantiana da noção de dignidade humana, o que *di per se* é relevante de se ter em vista quando da análise de sua respectiva jurisprudência e

seus múltiplos elementos discursivos. É bem possível especular que, no caso dos artigos não tematizados a partir da dignidade humana, como o art. 1º que protege o direito à vida, por exemplo, a Corte tenha construído jurisprudencialmente o sentido desta proteção a partir de outro bem jurídico, a vida. Se esta conjectura estiver correta, a Corte pode se ver diante da necessidade de sopesar bens jurídicos em conflito diante de um caso concreto, como veremos melhor a partir da análise da jurisprudência da Corte.

2.3.1. Artigo 3º: Proibição de tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

O debate sobre os limites da punitividade tem, na proibição inscrita no art. 3º da Convenção, o labirinto de possibilidades discursivas a partir da qual a Corte encontrou o espaço para se inserir no debate do campo punitivo, pronunciando-se desde admissibilidade de penas corporais em escolas como método de punição¹²¹ a condições prisionais¹²², penas perpétuas¹²³, pena de morte¹²⁴, limites à soberania estatal no que

¹²¹ Em relação às penas corporais, a ECtHR enfrentou poucos casos e sempre com grau de complexidade baixo em relação àqueles enfrentados pelo CAP (Comitê contra a Tortura das Nações Unidas). Entretanto, em casos esparsos, a questão sobre as penas corporais - sempre em situações disciplinares foram do âmbito estatal penal - consistirem em violação do art. 3º foram levados à apreciação da corte. Cf. *Tyrer v. United Kingdom*, 5856/72, julgado no dia 25 de Abril de 1978; *Costello-Roberts v. United Kingdom*, 13134/87, julgado no dia 25 de Março de 1993.

¹²² A ECtHR iniciou, nos últimos quinze anos, um *caselaw* específico concernente ao direito do preso a condições prisionais dignas. Na esteira dos trabalhos desenvolvidos pelo CPT – Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura – a Corte começou a impor jurisprudencialmente parâmetros mínimos de condições prisionais. O caso *Novoselov v. Russia* é, por este motivo, muito importante. Pela primeira vez a Corte entendeu que as condições prisionais de Novorossiysk onde Andrey Ivanovich Novoselov cumpriu pena privativa de liberdade por seis meses em função de condenação por crime de lesão corporal, constituíram tratamento degradante. Cf. *Novoselov v. Russia* - 66460/01, ECHR, 2005. A Corte entendeu serem degradantes as condições em que o apelante cumpriu pena privativa de liberdade, citando inclusive trechos dos três Informes Gerais do Comitê Europeu de Prevenção à Tortura (CPT) que alertam para o perigo que comporta o fenômeno da superlotação prisional para a efetivação dos demais direitos dos presos. Nas prisões em que o número de detentos é maior do que a sua capacidade, necessariamente o

concerne à política migratória¹²⁵, limites à produção de prova válida¹²⁶ e legalidade de certos ritos judiciais¹²⁷, proibição de alimentação forçada de preso¹²⁸, identificação de

direito à privacidade, saúde e certa quantidade de horas ao ar livre ficam comprometidos, por questões de segurança e impossibilidade administrativa de gerir a instituição (CPT/Inf 92.3). Para além dos dois critérios usualmente utilizados pela ECtHR no momento de julgar se uma dada circunstância constitui violação ao art. 3º da Convenção, a Corte impôs mais dois critérios, quando o caso diz respeito à violação decorrente de condições prisionais precárias: 1. critério da cumulação dos efeitos das condições prisionais; 2. critério da duração da detenção. Quanto ao critério da cumulação dos efeitos das condições penitenciárias, a ECtHR afirma que é necessário analisar todos os aspectos da detenção, para verificar se estas, entre si, não se compensam. Cf. *Valasinas v. Lithuania*, no. 44558/98, §§ 100-101, ECHR 2001-VIII; *Nurmagomedov v. Rússia*. N.º. 30138/02, 16 de Setembro de 2004; *Peers v. Greece*, no. 28524/95, §§ 70-72, ECHR 2001-III. O mesmo raciocínio tem sido usado para as condições de detenção provisório. Cf. *Kalashnikov v. Russia*, no. 47095/99, §§ 96-97, ECHR 2002-VI; e *Mayzit v. Russia*, n. 63378/00, ECHR, 2005.

¹²³ Sobre os requisitos para conformação da pena perpétua aos termos da Convenção, relevante diálogo entre a ECtHR e a Corte Constitucional Alemã. Cf. *Case of Vinter and Thers v. The United Kingdom*, 66069/09, 130/10, 3896/10, julgado em 9/7/2013; *Case of Kafkaris v. Cyprus*, 21906/04, julgado em 12/2/2008.

¹²⁴ Em relação à pena de morte, o discurso da Corte exige uma reflexão ulterior. Apesar de ter realizado julgados importantes que do ponto de vista pragmático que resultaram em limitação da possibilidade de uso da pena capital, nunca a declarou uma pena cruel *em si*. No caso *Soering*, a restrição se deu através de construção argumentativa baseada na noção de que o procedimento judicial imposto àquele condenado a pena de morte – conhecido como ‘corredor da morte’ – cria um grau de angústia e desespero que constitui um tratamento desumano. Com a adoção do Protocolo 6 em 28 de abril de 1983, a pena de morte foi declarada ilegal em todos os Estados partes do Conselho da Europa, entretanto, em casos de extradição, a Corte tem sido chamada a se pronunciar, a exemplo do caso *Soering*, sobre a questão. Cf. *Soering v. The United Kingdom*, 14038/88, julgado em 7/7/1989; *Öcalan v. Turkey*, 46221/99, julgado em 12/5/2005.

¹²⁵ Cf. *Cruz Varas v. Sweden*, Documento número 15576/89, julgado 20 de março de 1991; *Vilvarajah v. Reino Unido*, Serie A, n.º 215, julgado em 30 de outubro de 1991; *Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, 46827/99, 46951/99, julgado em 4/2/2005; *Saadi v. Italy* (2008); *D. v. THE UNITED KINGDOM - 30240/96 [1997]* ECHR 25 (2 May 1997).

¹²⁶ A ECtHR entendeu ter havido tratamento degradante em caso de administração forçada de eméticos para produção de prova, no caso específico para retirada forçada de substâncias ilícitas do corpo de mula. Cf. *Jalloh v. Germany*, n. 54810/00, julgado em 11/07/2006.

¹²⁷ Em 2014, a Corte condenou a Rússia por manter os réus em jaulas durante o julgamento, sob o argumento de que a prática constitui tratamento degradante. Cf. *Svinarenko and Slyadnev v. Russia*, 2014.

¹²⁸ Cf. *Nevmerzhitsky v. Ukraine*, no. 54825/00, ECHR, 2005.

certos tipo de ameaça como prática de tortura psicológica¹²⁹, casos de não investigação de acusação de tratamento cruel¹³⁰ e, mais recentemente, proibição de processos estruturais discriminatórios¹³¹, construindo uma ponte entre a proibição da discriminação (art. 14) e a proibição de tratamento degradante. Todos estes casos formam um *caselaw* fundante da jurisprudência da Corte em matéria de direitos humanos, constituindo um aspecto importante da autoridade persuasiva que a Corte conquistou nesta temática.

Em todos estes casos, há pouco espaço para problematização quanto ao lugar da proteção da individualidade porque, apesar de muito diferentes entre si, tratam de reconhecimento dos limites do poder punitivo do Estado e, na jurisprudência mais recente, expandida para o reconhecimento da obrigação estatal de prevenir e punir qualquer conduta particular que possa ensejar tratamento cruel, desumano ou degradante. Toda esta jurisprudência diz respeito a tratamentos não consensuais ou, para usar a classificação de Millns, tratamentos degradantes não consentidos¹³², em contraposição à difícil colocação de um discurso sobre dignidade em casos do que Millns procurou classificar como tratamentos degradantes consentidos, onde o indivíduo não partilha a mesma percepção sobre o significado de um determinado fato que uma dada comunidade, não sendo para este degradante aquilo que aos olhos de uma comunidade está marcado pela reprovação moral.

Na primeira categoria, a de tratamentos degradantes não consentidos, a tensão discursiva é menor. Com efeito, na maior parte dos casos concernentes à punitividade, o discurso da Corte é perfeitamente explicável em termos consonantes, tanto a partir da

¹²⁹ Cf. *Gaften v. Germany*, 22978/05, julgado em 01/06/2010, caso em que a Corte declarou que os métodos para alcançar a informação – ameaça de estupro e de tortura – constituem prática de tortura.

¹³⁰ Cf. *Labita v. Italy*, n. 26772/95, ECHR, 2000.

¹³¹ A discriminação racial pode, em certas circunstâncias, constituir tratamento degradante nos termos do art. 3º. Cf. *East African Asians v. the United Kingdom*, nos. 4403/70, § 208; *Cyprus v. Turkey*, § 309 e 310; *Moldova e outros v. Romania*, nº 41138/98 and 64320/01), ECHR, 2005, § 113: “*In the light of the above, the Court finds that the applicants’ living conditions and the racial discrimination to which they have been publicly subjected by the way in which their grievances were dealt with by the various authorities, constitute an interference with their human dignity which, in the special circumstances of this case, amounted to “degrading treatment” within the meaning of Article 3 of the Convention*”.

¹³² MILLNS, op. cit., p. 266-270.

perspectiva do paradigma do pós-guerra, quanto na abordagem waldroniana. A Corte simplesmente reconhece, em situações de fato e de direito muito diferentes entre si, limites ‘humanitários’ ao uso da força, respeitando entretanto o direito do Estado de investigar, processar e punir os indivíduos com um amplo espaço político para decidir quanto à forma de punição adequada, haja vista o recurso constante da Corte em casos delicados à noção de margem de apreciação, como é o caso em questões concernentes aos limites de possibilidade de imposição de pena perpétua e à pena de morte. Em todos estes casos, o discurso jurisprudencial é universalista, dando ênfase ao valor do ser humano e na indisponibilidade dos direitos resguardados sob a proibição inscrita no art. 3º.

Nos últimos anos, entretanto, a ECtHR se viu confrontada com questões mais complexas, do ponto de vista teórico e sociopolítico, uma vez que não se inserem dentro do quadro consolidado do *caselaw* sobre o assunto e, recorrendo mais uma vez à classificação operada Millns, tratam-se de casos de tratamentos degradantes consentidos (a partir da perspectiva de uma dada comunidade), ou seja, aqueles que têm seus vórtices na tensão entre a proteção da autonomia universal impessoal e a proteção da individualidade, como o caso do arremesso de anões é um exemplo singular na jurisprudência francesa. Neste campo, a ECtHR se pronunciou sobre os limites do consenso em casos que demonstram a dificuldade com que as jurisdições lidam com esta questão, na medida em que exterioriza a desigualdade de tratamento em função de preconceitos culturalmente orientadas.

Não se pode falar ainda em um novo *caselaw* na temática porque, de um lado, são poucos os casos endereçados à ECtHR e, de outro, esta tem buscado soluções retóricas ou processuais para se esquivar de enfrentar esta categoria de questões através de artifícios processuais. Entretanto, em três casos julgados, alguns indicativos de como a Corte se pronunciará já existe.

Começemos a análise jurisprudencial por estas poucas, porém sintomáticas decisões da ECtHR, para depois tratarmos a jurisprudência concernente tratamentos degradantes não consentidos. O primeiro caso é *Laskey, Jagaard and Brown v. United Kingdom*¹³³ que, depois de passar por toda a jurisdição interna inglesa até o pronunciamento final da

¹³³ Cf. *Laskey, Jagaard and Brown v. United Kingdom*, 24, ECHR, 1997;

House of Lords, em julgamento que dividiu a Corte¹³⁴, chegou à ECtHR em termos de proteção da vida privada (art. 8º) como óbice à investigação e processamento dos danos físicos causados a um dos participantes de sessões de sadomasoquismo. É possível interferir na vida privada para punir um tratamento degradante ou o consentimento, nestes casos, é válido e constitui óbice à punição? Esta é verdadeira questão para a qual a House of Lords deu uma resposta bastante eloquente no sentido de sobrepujar o interesse público ao consenso utilizado para causar dano ‘*for no good reason*’. Analisando a jurisprudência inglesa e francesa em perspectiva comparada, Millns anotou que, apesar de não citar expressamente o discurso do *Conseil d’Etat* no caso do sr. Wackeneim, a *House of Lords* faz um tipo de “*explanation of their decision which echoes the public morality discourse employed by the Conseil d’Etat*”¹³⁵, deslizando do discurso público moral para uma proteção da saúde pública para justificar a intervenção na vida privada foi diferente daquele utilizado pela House of Lords. Enquanto esta invocou o interesse público, a ECtHR recorreu à noção de que a intervenção na esfera privada estaria justificada para proteger a saúde pública.

*The capacity attributed to the homosexual sado-masochists in Brown to disrupt social moeurs through their private conduct is quite remarkable. In this respect their bodies have symbolic power, capable of reaching out from the private domain to produce palpable effects in the public sphere. This ‘spill over’ effect with its wider implications justifies the repression of the activities for similar reasons to those put forward in R. v. Coney in which prize-fighting had been outlawed.*¹³⁶

Os outros dois casos dizem respeito à reivindicação política por reconhecimento do direito à morte digna, que está sendo disputada em termos de conflito entre a proibição inscrita no art. 3º e o direito à vida, tema longe de um consenso no campo democrático e, entretanto, tem buscado irritar o judiciário e obrigá-lo a se pronunciar sobre o espaço

¹³⁴ Neste caso, a House of Lords ficou dividida em três votos a favor do processamento e dois votos contrários. Cf. *R v. Brown* (1993) 2 ER 75.

¹³⁵ MILLNS, op. cit., p. 267.

¹³⁶ *Ibidem*.

de proteção da autonomia sobre o corpo em casos de doenças graves¹³⁷.

Em todos os casos, entretanto - tanto em relação a violências não consensuais, quanto em relação a violências consensuais -, a posição da Corte em relação ao art. 3º é consonante com o modelo de proteção impessoal da autonomia, pautado na universalidade e indisponibilidade dos direitos protegidos neste artigo, reafirmando em reiterados casos a fundamentalidade e a centralidade dos valores protegidos pelo art. 3º da Convenção, elevados à núcleo duro dos direitos humanos e, neste sentido, inderrogáveis¹³⁸.

No campo dos tratamentos degradantes não consentidos, a ECtHR assumiu um espaço de destaque nesta seara, porque foi a primeira corte internacional, inclusive antecipando-se aos tratados e leis nacionais, que avançou no sentido de definir os termos da proibição inscrito no art. 3º, a partir do estabelecimento de critérios para classificar os conceitos jurídicos, de um lado, e, a partir disto, hierarquizar a gravidade das violações, de outro. Como apontou o juiz Gerald Fitzmaurice, em seu voto dissidente no julgamento do caso *Tyrer v. United Kingdom* (1978), o significado das expressões contidas na proibição “deve vir de fora”, já que “a Convenção não define ou explica de qualquer maneira os termos que ela contém (‘tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante’), uma expressão tal como ‘de acordo com o Artigo 3º’ carece de significado, uma vez que o artigo não atribui significado algum a estes termos”¹³⁹.

¹³⁷ Cf. *Pretty v. United Kingdom*; *Burke v. United Kingdom*; *Ada Rossi and others v. Italy*.

¹³⁸ Cf. *Selmouni v. France*, § 95: “95. The Court reiterates that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see the following judgments: *Ireland v. the United Kingdom* cited above, p. 65, § 163; *Soering* cited above, pp. 34-35, § 88; and *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports* 1996-V, p. 1855, § 79)”.

¹³⁹ No original: The Convention does not define or explain in any way the terms it contains ("torture or ... inhuman or degrading treatment or punishment"), an expression such as "within the meaning of Article 3 (art. 3º)" lacks all significance, as the Article ascribes no meaning to these terms. Any meaning to be given to them must come from outside. (Fitzmaurice, 1978).

Em dois casos paradigmáticos, o *Greek Case*¹⁴⁰ e *Ireland v. United Kingdom*¹⁴¹, a Corte estabeleceu as bases do discurso jurisprudencial que, a partir dali, deu a tônica da posição da ECtHR em todos os casos que envolvessem o debate sobre violação do art. 3º da Convenção. Nestes julgados, a Corte estabeleceu dois critérios para decidir sobre o campo de proteção abarcado pelo art. 3º¹⁴²: o critério de intensidade de sofrimento¹⁴³ e

¹⁴⁰ *The Greek Case*, November 18, 1969, (1969) 12 Y.E.C.H.R.

¹⁴¹ *Ireland v. United Kingdom*, n. 5310/71, julgado em 18 de Janeiro 1978.

¹⁴² Em 1999, quando a *Grand Chamber* julgou pela primeira vez três casos por violação do art. 3º - *Selmouni v. France*; *V. v. The United Kingdom*; *T. v. The United Kingdom* -, a ECtHR já havia consolidado uma jurisprudência sobre o assunto, e estabelecido os critérios da intensidade de sofrimento e da apreciação relativa como dois pontos essenciais da exegese do art. 3º. Em *Selmouni*, a Corte condenou a França por tratamento desumano e degradante, nos termos da proibição do art. 3º, e reiterou entendimento no sentido que “in respect of a person deprived of his liberty, recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3” (pará 99). Nos outros dois casos, *V. v. The United Kingdom* e *T. v. The United Kingdom*, ambos julgados em 16/12/1999, o *Grand Chamber* se viu confrontado com o debate sobre as condições de cumprimento de pena de menores condenados por homicídio qualificado de criança de 2 anos. O caso tinha tido grande repercussão midiática no Reino Unido, pelas circunstâncias do delito. Neste julgado, a Corte entendeu não ter havido violação do art. 3º da Convenção, apesar de reconhecer a dureza do regime a eles imposto, sob o argumento de que há possibilidade de revisão e progressão de regime. Cf. *Selmouni v. France*, no. 25803/94, ECHR, 1999; *V. v. The United Kingdom*; *T. v. The United Kingdom*.

¹⁴³ O critério da intensidade de sofrimento é utilizado em dois momentos decisivos da clivagem. Primeiro, quando a Corte analisa o *minimum* de sofrimento necessário para que a situação/conduita constitua uma violação ao art. 3º da Convenção, e depois para diferenciar o tipo de tratamento cruel ilegal e ilegítimo a que a pessoa foi submetida. Esta tem sido a tônica das decisões da ECtHR que, caso a caso, em um trabalho artesanal, busca trabalhar os conceitos e as variantes do caso concreto para verificar o *quantum* de sofrimento a pessoa em concreto sofreu com aquela situação. Sendo assim, idade, estado de saúde, gênero, duração da violação são pontos decisivos no momento da qualificação da violação por parte da ECtHR. Este critério está explícito em *Ireland v. The United Kingdom*, 162: “As was emphasised by the Commission, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (art. 3º). The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc.”. Cf. *Ireland v. the United Kingdom*, § 167; *Tyrer v. United Kingdom*, (5856/72) [1978], ECHR 1, § 30; *V. v. the United Kingdom [gc]*, n. 24888/94, § 71 ECHR 1999.

o critério de apreciação relativa do caso¹⁴⁴.

Em linhas gerais, como a Corte sintetizou no caso *Pretty v. United Kingdom*¹⁴⁵, o *caselaw* da Corte define tratamento cruel os casos que atingem um grau mínimo de severidade e envolve injúria física ou intenso sofrimento físico ou mental¹⁴⁶, enquanto que tratamento degradante é designado a casos que não atingem aquele grau de desumanização, mas situações que mostram falta de respeito ou diminuição da dignidade humana, causando sentimentos de humilhação, angústia, medo ou inferioridade capazes de destruir a resistência física e moral do indivíduo¹⁴⁷.

Sofrimentos naturais decorrentes de doenças podem vir a entrar no escopo da proteção do art. 3º se exacerbados pelo tratamento, ou risquem de ser, com condições prisionais inadequadas ou medidas de extradição que as autoridades possam ser consideradas responsáveis¹⁴⁸. Nos últimos quinze anos, a ECtHR tem reservado a noção de tratamento degradante para identificar violações de direitos e garantias individuais relacionadas especificamente às condições prisionais ou de detenção provisória, enquanto reserva à noção de tratamento desumano qualquer tipo de abuso cometido por policial ou agente estatal, onde existe relação de poder-submissão. A ECtHR reserva ao termo “tortura” apenas aos atos mais graves, onde intencionalmente um alto nível de sofrimento foi infligido à pessoa, normalmente com premeditação, motivação e finalidade, como elementos constitutivos da prática de tortura¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Em quase todos os julgamentos que envolvem o art. 3º da Convenção, a ECtHR remarca que, para além do critério da intensidade de sofrimento, é preciso levar em consideração as circunstâncias do caso concreto. No caso *Soering v. Reino Unido*, apenas para dar um exemplo, a Corte, na sua decisão, remarcou a idade e fez fortes referências aos atestados médicos que apontavam a fragilidade da saúde mental do requerente.

¹⁴⁵ *Pretty v. United Kingdom*, cit.

¹⁴⁶ Cf. *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, p. 66, § 167; *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 71, ECHR 1999-IX).

¹⁴⁷ Cf. *Price v. the United Kingdom*, no. 33394/96, §§ 24-30, ECHR 2001-VII, and *Valašinas v. Lithuania*, no. 44558/98, § 117, ECHR 2001-VIII.

¹⁴⁸ Cf. *D. v. the United Kingdom and Keenan*, both cited above, and *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, ECHR 2000-I).

¹⁴⁹ Este entendimento foi firmado no julgamento do caso *Ireland v. United Kingdom*. Neste, o juiz Gerald Fitzmaurice, em voto dissidente, criticou as premissas do discurso proferido pela Corte que distinguiu os dois termos da proibição (tortura, de um lado; outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, de outro), na medida em que ele vislumbrava nesta construção

jurisprudencial uma restrição do uso do termo ‘tortura’ [aos casos mais graves], o que lhe parecia inadequado, uma vez que o texto buscava incluir na noção de tortura os demais ‘tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes’, e não distingui-los. Nestes termos, o juiz apontou que *“The notion of torture which emerges from the judgment is in fact too limited. By adding to the notion of torture the notions of inhuman and degrading treatment, those who drew up the Convention wished, following Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, to extend the prohibition in Article 3 (art. 3) of the Convention – in principle directed against torture (cf. Collected Edition of the "Travaux Préparatoires", volume II, pp. 38 et seq., 238 et seq.) – to other categories of acts causing intolerable suffering to individuals or affecting their dignity rather than to exclude from the traditional notion of torture certain apparently less serious forms of torture and to place them in the category of inhuman treatment which carries less of a "stigma" - to use the word appearing in the judgment. The clear intention of widening the scope of the prohibition in Article 3 (art. 3) by adding, alongside torture, other kinds of acts cannot have the effect of restricting the notion of torture. I might advance the hypothesis that, if Article 3 (art. 3) of the Convention referred solely to the notion of torture, it would be difficult not to accept that the combined use of the five techniques in the present case fell within its scope. I do not see why the fact that the Convention, with the sole aim of increasing protection of the individual, condemns not only torture but also other categories of acts should lead to a different conclusion”*. Neste caso, a Corte se pronunciou sobre duas grandes categorias de alegação de tortura da Irlanda contra o Reino Unido: a primeira dizia respeito à violência física utilizada contra detidos; a segunda dizia respeito a cinco técnicas de interrogatório, que incluíam a privação de sono, utilização de emissões sonoras com fins de desorientação, além de obrigar os detidos a ficarem muitas horas em pé, além de um interrogatório “profundo”, ou seja, longo e agressivo. O então Comitê Europeu de Direitos Humanos, ao apreciar a questão, havia firmado entendimento no sentido de que a primeira categoria de alegações não constituía tortura, mas tão-somente tratamento desumano, mas que as cinco técnicas de interrogatório constituíram tortura. O processo foi então levado a julgamento perante a ECtHR. Divergindo do entendimento fixado pela Comissão, a Corte entendeu que a utilização das cinco técnicas de interrogatório constituía tratamento desumano, mas não havia atingido o grau de “severo sofrimento” necessário para constituir tortura. Cf. *Ireland v. United Kingdom*, parágrafo 167: “The five techniques were applied in combination, with premeditation and for hours at a stretch; they caused, if not actual bodily injury, at least intense physical and mental suffering to the persons subjected thereto and also led to acute psychiatric disturbances during interrogation. They accordingly fell into the category of inhuman treatment within the meaning of Article 3 (art. 3). The techniques were also degrading since they were such as to arouse in their victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance. On these two points, the Court is of the same view as the Commission. In order to determine whether the five techniques should also be qualified as torture, the Court must have regard to the distinction, embodied in Article 3 (art. 3), between this notion and that of inhuman or degrading treatment. In the Court's view, this distinction derives principally from difference in the intensity of the suffering inflicted. The Court considers in fact that, whilst there exists on the one hand violence which is to be condemned both on

Um discurso ulterior deve ser feito em relação à jurisprudência da Corte sobre a pena perpétua. Sobre a questão, a Corte mantém entendimento, baseado na margem de apreciação, de que o Estado é livre para decidir quais são as durações apropriadas das penas em seus respectivos sistemas punitivos, não sendo papel da Corte decidir sobre o assunto¹⁵⁰, como se legislador fosse. No importante caso *Vinter and Others v. The United Kingdom*¹⁵¹, a Corte estabeleceu parâmetros, já presentes no julgamento de *Kafkaris*, para que a pena perpétua seja compatível com a Convenção:

109. (...) Second, in determining whether a life sentence in a given case can be regarded as irreducible, the Court has sought to ascertain whether a life prisoner can be said to have any prospect of release. Where national law affords the possibility of review of a life sentence with a view to its commutation, remission, termination or the conditional release of the prisoner, this will be sufficient to satisfy Article 3 (see Kafkaris, cited above, § 98).

110. There are a number of reasons why, for a life sentence to remain compatible with Article 3, there must be both a prospect of release and a possibility of review.

moral grounds and also in most cases under the domestic law of the Contracting States but which does not fall within Article 3 (art. 3) of the Convention, it appears on the other hand that it was the intention that the Convention, with its distinction between "torture" and "inhuman or degrading treatment", should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering. Moreover, this seems to be the thinking lying behind Article 1 in fine of Resolution 3452 (XXX) adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1975, which declares: "Torture constitutes an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment". Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood".¹⁴⁹ Com esta decisão, a ECtHR impôs uma grande restrição à quantidade de condutas que podem ser qualificadas como "tortura". O termo ficou com o uso restrito àquelas situações em que um severo sofrimento é infligido a uma pessoa de forma deliberada e premeditada, marcada com o estigma de crueldade intencional.

¹⁵⁰ Cf. *T. v. the United Kingdom* [GC], no. 24724/94, § 117, 16 December 1999; *V. v. the United*

Kingdom [GC], no. 24888/94, § 118, ECHR 1999-IX; and *Sawoniuk v. the United Kingdom* (dec.), no. 63716/00, ECHR 2001-VI.

¹⁵¹ *Vinter and Others v. United Kingdom*, n. 66069/09, 130/10 and 3896/10, ECHR, 2013.

Neste julgado, a Corte visitou a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã no *Life Imprisonment case (1977)*¹⁵² sobre a compatibilidade da prisão perpétua em casos de homicídio qualificado e o princípio da dignidade humana, inscrito no art. 1º da Lei Fundamental Alemã. Neste caso, a Corte Constitucional Alemã decidiu que, para respeitar a dignidade humana e o Estado de Direito, o Estado só poderia aplicar a pena perpétua assegurando ao prisioneiro possibilidades consideradas concretas e realistas de que este pudesse vir a obter sua liberdade. Constituiria, nos termos da sentença, violação da dignidade humana negar *a priori* qualquer possibilidade de que o condenado possa vir a conquistar a liberdade, negando-lhe o direito à esperança. O julgamento consolidou, na jurisprudência alemã, o ideal da reabilitação como um requisito necessário a qualquer comunidade que tenha a dignidade humana como pedra angular do sistema jurídico, mesmo que em alguns casos concretos a liberdade não possa vir a ser alcançada, por razões singulares e apreciadas individualmente por autoridade judicial.

A ECtHR, retomando a *ratio decidendi* daquele julgado, afirmou que as considerações realizadas pela Corte Constitucional Alemã sobre a centralidade da noção da dignidade humana se aplicam à Convenção e à hermenêutica realizada pela Corte, realizando um diálogo judicial com a jurisprudência alemã¹⁵³. Esta referência pode ser lida em termos

¹⁵² Cf. *Life Imprisonment case (lebenslange Freiheitsstrafe)* of 21 June 1977, 45 BVerfGE 187.

¹⁵³ *Vinter and Thers v. The United Kingdom*, *op. cit.*, § 113, “Furthermore, as the German Federal Constitutional Court recognised in the *Life Imprisonment case* (see paragraph 69 above), it would be incompatible with the provision on human dignity in the Basic Law for the State forcefully to deprive a person of his freedom without at least providing him with the chance to someday regain that freedom. It was that conclusion which led the Constitutional Court to find that the prison authorities had the duty to strive towards a life sentenced prisoner’s rehabilitation and that rehabilitation was constitutionally required in any community that established human dignity as its centrepiece. Indeed, the Constitutional Court went on to make clear in the subsequent *War Criminal case* that this applied to all life prisoners, whatever the nature of their crimes, and that release only for those who were infirm or close to death was not sufficient (see paragraph 70 above). Similar considerations must apply under the Convention system, the very essence of which, as the Court has often stated, is respect for human dignity (see, *inter alia*, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 65, ECHR 2002-III; and *V.C. v. Slovakia*, no. 18968/07, § 105, ECHR 2011 (extracts))”.

de autonomia kantiana, mas pode também ser lida em termos não kantianos, como possibilidade demiúrgica de construir a própria vida. Esta instabilidade aparece também no uso da dignidade em *Soering*, onde a Corte também não se pronuncia sobre pena de morte em si, mas declara violação da dignidade humana o grau de sofrimento psíquico e mental que os procedimentos preparatórios à execução da pena pode infligir ao indivíduo.

A partir do texto do mesmo art. 3º da Convenção, a jurisprudência da ECtHR avançou na imposição de limites à atuação estatal em procedimentos de expulsão e extradição¹⁵⁴, campo em que o Estado *reinava* absoluto. Como aponta Alvarino, “a técnica utilizada pela Corte foi a de beneficiar de forma indireta um direito não previsto na Convenção por meio da “atração” de outro direito que ali estava”¹⁵⁵, incluindo na Convenção o direito de não ser extraditado ou expulso para países onde existem motivos sérios para crer que possa ser submetido à tortura, que já estava garantido no art. 3º da Convenção das Nações Unidas para o Combate à Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes (1984)¹⁵⁶. A proibição não impede a extradição, mas impõe responsabilidade para o Estado nacional, entendimento consolidado em 1989, no julgamento do caso *Soering v. United Kingdom*¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Tecnicamente, a expulsão se aplica tão somente a estrangeiros, enquanto a extradição se aplica indistintamente a nacionais ou estrangeiros, salvo se a legislação local impuser alguma restrição à possibilidade de se extraditar um nacional. No âmbito do sistema europeu, o art. 3º do protocolo adicional nº4 à Convenção proíbe a extradição do cidadão e impõe a proibição de que qualquer cidadão seja privado do direito de retornar ao seu território.

¹⁵⁵ J. R. ALVARINO. *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*, Universas Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, p. 234.

¹⁵⁶ Art. 3º da Convenção das Nações Unidas contra a tortura : 1. Nenhum Estado parte expulsará, entregará ou extraditará uma pessoa para um outro Estado quando existam motivos sérios para crer que possa ser submetida a tortura.

2. A fim de determinar da existência de tais motivos, as autoridades competentes terão em conta todas as considerações pertinentes, incluindo, eventualmente, a existência no referido Estado de um conjunto de violações sistemáticas, graves, flagrantes ou massivas dos direitos do homem.

¹⁵⁷ A extradição de *Soering* só foi autorizada quando os Estados Unidos, país requerente, se comprometeram a não submetê-lo ao corredor da morte e a tomar uma série de garantias para que ele não sofresse o procedimento penal que, nos termos da ECtHR, consistiria em pena desumana. Neste campo, a ECtHR impõe que devem ser apreciados os riscos reais, ou seja, a possibilidade concreta de uma

Em 1997, com o julgamento de *D. v. United Kingdom*¹⁵⁸, a Corte expandiu o sentido de sua própria construção jurisprudencial no que tange às garantias substanciais em processos de expulsão ou extradição, permitindo que sejam analisados casos em que “não esteja ligado a fatores direto ou indiretamente ligados à responsabilidade de autoridades públicas daquele país ou que, analisados individualmente não infringe o standard requerido no artigo 3^o” (pará 44). Pela primeira vez, a Corte negou a possibilidade de expulsão, com base em circunstâncias específicas da pessoa (idade, condições médicas, padrão do país receptor, etc.), sem, no entanto, fazer referência expressa à noção de dignidade humana. No caso, tratava-se de cidadão caribenho, gravemente doente, portador do vírus HIV, sem família no país receptor, que alegava possibilidade deterioração de sua saúde em caso de expulsão¹⁵⁹.

peço ser submetida a um tratamento ou pena desumana, no país destinatário Cf. *Soering v. The United Kingdom*, 14038/88, julgado em 7/7/1989; *Cruz Varas v. Sweden*, n. 15576/89, ECHR, 1991; *Vilvarajah v. United Kingdom*, Serie A, n.º 215, 1991; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, n. 46827/99, 46951/99, ECHR, 2005; *Saadi v. Italy*, 2008.

¹⁵⁸ *D. v. United Kingdom* - 30240/96 [1997] ECHR 25 (2 May 1997)

¹⁵⁹ *D. v. United Kingdom*, n. 30240/60, ECHR, 1997. “49. *It is true that this principle has so far been applied by the Court in contexts in which the risk to the individual of being subjected to any of the proscribed forms of treatment emanates from intentionally inflicted acts of the public authorities in the receiving country or from those of non-State bodies in that country when the authorities there are unable to afford him appropriate protection (see, for example, the Ahmed judgment, loc. cit., p. 2207, para. 44). Aside from these situations and given the fundamental importance of Article 3 (art. 3º) in the Convention system, the Court must reserve to itself sufficient flexibility to address the application of that Article (art. 3º) in other contexts which might arise. It is not therefore prevented from scrutinising an applicant's claim under Article 3 (art. 3º) where the source of the risk of proscribed treatment in the receiving country stems from factors which cannot engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities of that country, or which, taken alone, do not in themselves infringe the standards of that Article (art. 3º). To limit the application of Article 3 (art. 3º) in this manner would be to undermine the absolute character of its protection. In any such contexts, however, the Court must subject all the circumstances surrounding the case to a rigorous scrutiny, especially the applicant's personal situation in the expelling State. 50. Against this background the Court will determine whether there is a real risk that the applicant's removal would be contrary to the standards of Article 3 (art. 3º) in view of his present medical condition. In so doing the Court will assess the risk in the light of the material before it at the time of its consideration of the case, including the most recent information on his state of health (see the Ahmed judgment, loc. cit., p. 2207, para. 43). 51. The Court notes that the applicant is in the advanced stages of a terminal and incurable illness. At*

Esta decisão é, ao mesmo tempo histórica e isolada, uma vez que todos os casos posteriores foram negados, inclusive a partir de uma disputa sobre o sentido das obrigações assumidas pelo Estado, criticada pelo Reino Unido como uma “porta dos fundos” a que imigrantes poderiam se utilizar para aceder direito à saúde¹⁶⁰.

A partir de *Kudla v. Poland*¹⁶¹, a Corte expandiu o alcance da proibição contida no art. 3º para incluir condições prisionais compatíveis com o respeito à dignidade humana como um dever do Estado¹⁶². Neste julgado, a ECtHR ressaltou a necessidade de que Estado garanta a devida assistência médica a fim de garantir a saúde¹⁶³ e o bem-estar do preso.

93. Under this provision the State must ensure that a person is detained in conditions

the date of the hearing, it was observed that there had been a marked decline in his condition and he had to be transferred to a hospital. His condition was giving rise to concern (see paragraph 21 above). The limited quality of life he now enjoys results from the availability of sophisticated treatment and medication in the United Kingdom and the care and kindness administered by a charitable organisation. He has been counselled on how to approach death and has formed bonds with his carers (see paragraph 19 above). 53. In view of these exceptional circumstances and bearing in mind the critical stage now reached in the applicant's fatal illness, the implementation of the decision to remove him to St Kitts would amount to inhuman treatment by the respondent State in violation of Article 3º”.

¹⁶⁰ Cf. *N. v. The United Kingdom*, n. 26565/05, ECHR, 2008, em que o Reino Unido arguiu que “*The practical effect of extending Article 3 to cover the applicant's case would be to grant her, and countless others afflicted by Aids and other fatal diseases, a right to remain and to continue to benefit from medical treatment within a Contracting State. It was inconceivable that the Contracting States would have agreed to such a provision. The Convention was intended primarily to protect civil and political, rather than economic and social, rights. The protection provided by Article 3 was absolute and fundamental, whereas provisions on health care contained in international instruments such as the European Social Charter and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights were merely aspirational in character and did not provide the individual with a directly enforceable right. To enable an applicant to claim access to health care by the “back door” of Article 3 would leave the State with no margin of appreciation and would be entirely impractical and contrary to the intention behind the Convention*”.

¹⁶¹ *Kudla v. Poland*, n. 30210/96, 2000.

¹⁶² Cf. *Enea v. Italy*, n. 74912/01, 2009. *A. and Others v. The United Kingdom*, n. 3455/05, 2009.

¹⁶³ Cf. *Enea v. Italy*, n. 74912/01, 2009; *A. and Others v. The United Kingdom*, n. 3455/05, 2009; *Paladi v. Moldova*, n. 39806/05, 2009.; *M. S. S. v. Belgium and Greece*, n. 30696/09, 2011.

which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance.

Este foi o primeiro de muitos julgamentos sobre condições prisionais e direito à assistência médica dos presos¹⁶⁴, tendo o *caselaw* da Corte confirmado, em *Budina v. Russia* que “*that State responsibility could arise for “inhuman and degrading treatment” where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or incompatible with human dignity”*”.

Outro ponto importante na jurisprudência da Corte sobre o art. 3º diz respeito a sinalizações de diálogo - ainda que excessivamente tímido na opinião dos juízes Tulkens, Spielmann, Sicilianos and Keller, em sede de voto concorrente - com a IACtHR sobre o direito à verdade, dentro de seu *caselaw* sobre o art. 3º, com o julgamento histórico, no caso *El-Masri v. “The Former Yugoslav Republic of Macedonia”*¹⁶⁵, tendo sido a primeira Corte a reconhecer que Khaled El-Masri, cidadão alemão, sofreu tortura e maus tratos pelas forças de segurança da Macedônia e consecutivamente por agentes da CIA, responsáveis por torturá-lo e transferi-lo arbitrariamente do território macedônico para duas prisões secretas da CIA no Afeganistão e na Albânia, tendo-o liberado quatro meses depois, quando confirmaram o erro – jamais reconhecido publicamente pela CIA ou pelos Estados Unidos. O caso foi primeiramente submetido à jurisdição estadunidense, tendo inclusive via recurso chegado à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos, que arquivou o caso. A decisão da ECtHR, que compreensivelmente teve grande repercussão na mídia internacional, significou a primeira confirmação da versão dos fatos, tal qual narrados

¹⁶⁴ *Enea v. Italy*, n. 74912/01, 2009; *A. and Others v. The United Kingdom*, n. 3455/05, 2009; *Paladi v. Moldova*, n. 39806/05, 2009.; *M. S. S. v. Belgium and Greece*, n. 30696/09, 2011.

¹⁶⁵ *El-Masri v. “The Former Yugoslav Republic of Macedonia”*, 2012.

pela vítima¹⁶⁶.

Como em todo caso de desaparecimento forçado, a Corte reconheceu que a dificuldade reside na reconstrução e documentação dos fatos, diante da absoluta ilegalidade e inexistência de sistemas burocráticos de controle ou garantias¹⁶⁷, condenando a Antiga República Yugoslava da Macedônia por violação dos arts. 3º, 5º e 8º e 13º. Em sede de voto concorrente, os juízes Tulkens, Spielmann, Sicilianos and Keller teceram considerações acerca do direito à verdade como *“the right to an accurate account of the suffering endured and the role of those responsible for that ordeal”*. Citando os casos *Velásquez Rodríguez v. Honduras* e *Contreras et al. v. El Salvador*, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito à verdade, os juízes analisaram as relações entre verdade e dignidade, defendendo que a Corte encaminhou o debate sobre o direito à verdade de forma muito tímida e dentro do art. 3º, quando eles defendem que este debate seria melhor trabalhado dentro do art. 13¹⁶⁸. Certamente a questão voltará a

¹⁶⁶ Khaled El-Masri, cidadão alemão, alegou que, viajando de férias para Skopje, capital da Antiga República da Macedônia, foi preso ao cruzar a fronteira de ônibus, tendo sido interrogado por agentes daquele país, levado e mantido em cativeiro incommunicável em um hotel da cidade, onde sofreu tratamento cruel, e depois entregue a agentes da CIA no aeroporto de Skopje, onde o torturaram brutalmente e depois o transferiram, em avião operado pela CIA, para o Afeganistão, onde ficou preso por outros 4 meses, tendo sido depois transferido para outra prisão clandestina na Albânia, até ter sido liberado para voltar para a Alemanha. Durante todo o período em que esteve ilegalmente presos, El-Masri foi submetido a uma série de tratamentos cruéis, tortura e tratamentos degradantes.

¹⁶⁷ Na jurisprudência da ECHR sobre o assunto de desaparecimento forçado, ver também *Varnava and others v. Turkey*, 2009 em que a Corte reitera que o desaparecimento forçado constitui uma violação da dignidade humana.

¹⁶⁸ Cf. Voto concorrente de Tulkens, Spielmann, Sicilianos and Keller no julgamento do caso *El-Masri v. “The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 2012, § 3 e 4: It could therefore be argued that the Court is implicitly acknowledging that the right to the truth has a place in the context of Article 3, although it does not really commit itself to such a finding, instead simply noting that there was an inadequate investigation which deprived the applicant of the possibility of being informed (see paragraph 193 of the judgment).

4. We consider, however, that the right to the truth would be more appropriately situated in the context of Article 13 of the Convention, especially where, as in the present case, it is linked to the procedural obligations under Articles 3, 5 and 8. The scale and seriousness of the human rights violations at issue, committed in the context of the secret detentions and renditions system, together with the widespread impunity observed in multiple jurisdictions in respect of such practices, give real substance to the right to an effective remedy enshrined in Article 13, which

ser analisada pela Corte e merecerá particular atenção.

Por fim, devem ser observadas com interesse as novas decisões da ECtHR que apontam para a possibilidade de enquadramento jurídico de violação do art. 3º as condições de vida precárias de certos grupos ou etnias que, excluídos dos direitos e garantias estatais, sofrem grandes violências policiais e administrativas, fora do cárcere e de qualquer procedimento penal estatal, a partir de formas sistemáticas de discriminação, em particular discriminação racial¹⁶⁹. No julgamento do caso *Cyprus v. Turkey*, a Corte apontou que “*the respondent State's attachment to these principles must be considered to be reflected in the situation in which the Karpas Greek Cypriots live and are compelled to live: isolated, restricted in their movements, controlled and with no prospect of renewing or developing their community*”. Neste cenário, a Corte entendeu que “*the conditions under which that population is condemned to live are debasing and violate the very notion of respect for the human dignity of its members*”. Nestes casos, a Corte parece construir as condições de possibilidade de um discurso de proteção de direitos sociais em termos do direito de não ser submetido a tratamento degradante, não mais em sede de processos de expulsão – onde já, ali, o Reino Unido criticava duramente a possibilidade de abertura de espaço discursivo para a proteção de direitos sociais sob o *caselaw* do art. 3º, especialmente pós julgamento do caso *D. v. United Kingdom* -, mais dentro dos territórios dos Estados signatários da Convenção, identificando condições de vida muito precárias, como àquelas em que vivem grande parte dos ciganos, como causas de severos sofrimentos que, em determinadas situações, podem constituir tratamento degradante. As reivindicações por direitos sociais sob este *caselaw* universalista, baseado na noção de direitos indisponíveis, pode vir a constituir um espaço político importante de reconhecimento da essencialidade do direito à

includes a right of access to relevant information about alleged violations, both for the persons concerned and for the general public.

¹⁶⁹ Cf. *East African Asians v. the United Kingdom*, nos. 4403/70, pg. 63, § 208; *Cyprus v. Turkey*, § 309 e 310; *Moldova e outros v. Romania*, n° 41138/98 and 64320/01), julgado em 12 de julho de 2005, § 113 : In the light of the above, the Court finds that the applicants' living conditions and the racial discrimination to which they have been publicly subjected by the way in which their grievances were dealt with by the various authorities, constitute an interference with their human dignity which, in the special circumstances of this case, amounted to “degrading treatment” within the meaning of Article 3 of the Convention.

habitação, do direito à saúde, à educação que seriam, neste recorte discursivo, um reconhecimento que não depende da política, mas da centralidade da dignidade humana universal e indisponível. Em outras palavras, sob o discurso universalista e indisponível do direito de não ser submetido à tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante, pode se estar em vias de afirmar um espaço político importante de reconhecimento de standards mínimos de condições de vida e, nestes termos, de afirmação e efetivação de uma série de direitos sociais que invariavelmente encontram resistências nos Estados signatários.

2.3.2. Artigo 8º: Direito à vida privada

O sentido da proteção inscrita no art. 8º da Convenção é o ponto a partir da qual se organiza o *caselaw* que merece mais atenção na jurisprudência da ECtHR hoje, em termos teóricos. Isto porque a proteção inscrita ali gradativamente serviu de abrigo a aspirações de proteção jurídica muito diferentes entre si, que vão desde a tutela dos direitos das pessoas transgênero, regras concernentes à procriação *in vitro*¹⁷⁰, o debate sobre o direito sexuais da mulher e o aborto, até questões relacionadas ao meio ambiente e o direito ao silêncio¹⁷¹, direito ao acesso a informações pessoais e familiar,

¹⁷⁰ Cf. *Evans. V. United Kingdom*, 2007, em que a Corte reconheceu o que o art. 8º “incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”, confirmando a decisão do Reino Unido que ordenava a destruição dos embriões armazenados em clínica especializada em reprodução *in vitro*, diante da retirada do consenso por parte do doador do sêmen, nos termos do *Human Fertilisation and Embryology Act* 1990. Sobre fertilização *in vitro*, ver também *S.H. and Others v. Austria*, 2011.

¹⁷¹ Cf. *Powell and Rayner v. the United Kingdom* (judgment of 21 February 1990, Series A no. 172, p. 18, § 40); *Guerra and Others v. Italy* (judgment of 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I; *Handyside v. the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 22, § 48. Especificamente em *Hatton and Others v. United Kingdom*, 2003, o caso trouxe perante a Corte o debate sobre o direito ao silêncio e a possibilidade de que o aumento da quantidade de vôos noturnos no Aeroporto Heathrow, Londres, pudesse constituir uma “intervenção na vida privada” arbitrária. Neste julgado, “the Court does not find that, in substance, the authorities overstepped their margin of appreciation by failing to strike a fair balance between the right of the individuals affected by those regulations to respect for their private life and home and the conflicting interests of others and of the community as a whole, nor does it find

em caso de crianças adotadas¹⁷², o direito de pessoas públicas à privacidade¹⁷³, direito à reputação¹⁷⁴, direito à cidadania política em termos arentianos de ‘direito a ter direitos’¹⁷⁵ e até o direito à moradia¹⁷⁶. Ao longo dos anos, a Corte julgou importantes casos e construiu sobre este artigo uma jurisprudência de proteção à individualidade e às escolhas pessoais, colocando a questão sobre a autonomia individual no centro do debate jurisprudencial. E muitos destes casos, especialmente quando se trata de aborto, engenharia genética, suicídio e moralidade sexual, tratam-se de questões onde, como Rosen salienta, não existe acordo entre o humanismo liberal e as concepções teísticas de dignidade humana¹⁷⁷. Os sentidos em disputa na definição do espaço de respeito à individualidade inscrita no art. 8º têm, na autonomia individual, um conceito central, sob a salvaguarda de uma noção de dignidade muito distante daquela kantiana e que, em

that there have been fundamental procedural flaws in the preparation of the 1993 regulations on limitations for night flights”.

¹⁷² Cf. *Odievre v. France*, 2003.

¹⁷³ Cf. *Van Hannover v. Germany* (n. 2), 2012.

¹⁷⁴ *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, ECHR 2004-VI, § 70; *Abeberry v. France* (dec.), no. 58729/00, 21 September 2004; and *White v. Sweden*, no. 42435/02, 19 September 2006. Ver também *dissenting opinion* do juiz Gyulumyan no caso *Aksu v. Turkey*, n. 4149/04 e 41029/04, ECHR, 2012.

¹⁷⁵ Em *Kuric and Others v. Slovenia*, a Corte condenou o Estado por violação do art. 8º, em conjunto com o art. 14º, por entender que “the ‘erased’ were not only denied access to Slovenian citizenship but were also bereft of any legal status conferring ‘the right to have rights’. This was a serious encroachment on human dignity” (§ 319). Ver concurring opinion do juiz Vucinic em que ele defende que a Corte deveria ter ido além na condenação da Eslovênia por grave violação de direitos humanos, na medida em que privou pessoas de serem tratadas como sujeitos de direito. Neste sentido, afirmou que “This absolutely fundamental right is directly provided for by Article 6 of the Universal Declaration of Human Rights and by Article 16 of the International Covenant on Civil and Political Rights. This *per se* testifies abundantly to the fact that we are dealing here with something extraordinary! Moreover, the right to legal personality is very well founded in universal and customary international human-rights law. This right is a fundamental precondition for the enjoyment not only of the basic human rights and freedoms, but also of the whole range of different substantive and procedural rights.

By their “erasure” the applicants were *de facto* deprived of their legal personality, because they had been simply and ruthlessly “erased” from the legal order of Slovenia. They ceased to exist as “legal subjects” – that is, as “natural persons” in the Slovenian legal system. They were treated as disposable objects and not as subjects of the law. Needless to say, this runs counter to the applicants’ inherent human personality and dignity”.

¹⁷⁶ *Chapman v. United Kingdom*, 2001.

¹⁷⁷ ROSEN in WALDRON, op. cit., p. 1308.

determinadas situações, confitam com a perspectiva de dignidade kantiana. Na verdade, ao proteger o direito à identidade pessoal e à autonomia individual, o caselaw do art. 8º se aproxima da definição de dignidade como autonomia nos termos propostos por Macklin¹⁷⁸ e Pinker¹⁷⁹ como representantes da resistência à noção universalista de dignidade no campo da bioética.

*Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings.*¹⁸⁰

Este não é, certamente, um registro universalista, caro à convergência do pós-guerra e derivações kantianas, porque muitas vezes as questões concernentes o art. 8º dizem menos respeito a algo que possa ser reconduzido a um discurso universalista - o que toda pessoa quer ou deve querer -, mas ao contrário, no mais das vezes a Corte se pronuncia acerca de um debate sobre o sentido de proteger a individualidade e a singularidade dos indivíduos, em questões referentes a identidades individuais e de grupos que muitas vezes estão em conflito com as percepções majoritárias na sociedade e espelhadas nas legislações e práticas sociais nacionais. Por por acaso, foi sob o art. 8º que a Corte apreciou o caso *Laskey*, analisado anteriormente em termos de conflito entre a proibição de tratamento degradante e respeito à vida privada. Enquanto o primeiro é analisado em termos de discurso universalista, o segundo tende a ser analisado pela Corte em termos não universalistas. Refletindo sobre este ruído, Millns aponta que o art. 3º realça aspectos objetivos da dignidade, enquanto o art. 8º juridicizou componentes subjetivos da dignidade.

This is perhaps why the interpretation of rights associated with sexual expression. Was nuanced in the Laskey case when European Court refused to find the criminal

¹⁷⁸ MACKIN, op. cit.

¹⁷⁹ PINKER, op. cit.

¹⁸⁰ Cf. *Goodwin v. United Kingdom*.

*conviction of a group of participants in homosexual sado-masochistic activities a violation of Article 8. Implicitly, in taking account of the need to ensure respect for the human person, especially that of the younger (albeit consenting) participants, the Court envisaged dignity in its objective guise and was unconvinced by a more subjective interpretation which would have permitted a finding of violation of respect for private life when the participants themselves saw nothing degrading in their private sexual activities*¹⁸¹.

Formalmente, o artigo protege, na primeira alínea, “*the right to the respect for his private and Family life, his home and his correspondance*” (art. 8º.1), para logo depois assegurar que “*there shall be no interference by public authority with the exercise of this rights*” (art. 8º.2), excetuado-se os casos “*in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*” (art. 8º.2). Existem, portanto, duas questões nodais: a primeira é o sentido do termo “vida privada” e a segunda diz respeito aos limites de intervenção estatal no exercício destes direitos.

Em relação à noção de vida privada, a Corte reconhece ser “*a broad term not susceptible to exhaustive definition*”¹⁸² que engloba “*the right to identify and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world*”¹⁸³. Em alguns julgados, a Corte reconheceu que o direito à reputação está englobado no art. 8º¹⁸⁴.

¹⁸¹ Millns, op. cit., p. 89.

¹⁸² Cf. Peck v. United Kingdom, 44647/98, ECHR (ser. A), 2003, §, 57; P.G. and J.H. v. United Kingdom, n. 44787/98, § 56, ECHR 2001/IX.

¹⁸³ Peck v. United Kingdom, n. 44647/98, 2003, § 57.

¹⁸⁴ Cf. D. Feldman, op. cit., p. 687. *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, ECHR 2004-VI, § 70; *Abeberry v. France* (dec.), no. 58729/00, 21 September 2004; and *White v. Sweden*, no. 42435/02, 19 September 2006. Ver também *dissenting opinion* do juiz Gyulumyan no caso *Aksu v. Turkey*, n. 4149/04 e 41029/04, ECHR, 2012 sobre “Roma dignity”:

“3. In the book dealt with in application no. 4149/04, the Roma are described in strong language “as a marginal group which is excluded and despised everywhere”. Among the Roma occupations listed, reference is made to some Roma “who make

There is a link, albeit not always clear, between the notions of dignity, honour, and reputation. Honour figures significantly in German constitutional law, which is founded on the idea of human dignity, but has little place in English law, although Birks has argued that a right to equality of respect underpins what he identifies as the development of a tort of contemptuous harassment, similar to the Roman delict of iniuria. Reputation, by contrast, is directly protected in important ways by English law¹⁸⁵.

Analisando questões sobre a interferência do meio ambiente na vida privada, a jurisprudência da ECtHR consolidou o entendimento de que “*article 8 protects the individual's right to respect for his or her private and family life, home and correspondence. There is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, but where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8*”¹⁸⁶.

O caso *Chapman v. United Kingdom* (2001) é, nestes termos, emblemático das problemáticas inerentes ao registro discursivo da Corte, apesar do julgamento ter sido um caso isolado e sem grande repercussão. Chamada a se pronunciar sobre o direito à moradia como parte do direito à vida privada e a vida familiar, a Corte negou o

a living from pickpocketing, stealing and selling narcotics”. Under one heading, the book states that “[t]he Gypsies of the central district of Ankara earn their living from stealing, begging ... *zercilik* [robbing jewellery stores] ...”. In another paragraph, “sorcery” is listed as one of the “most striking characteristics” of the Roma group concerned.

4. In the dictionaries which are the subject of application no. 41029/04, several terms beginning with the word “Gypsy” are defined in language that can only be regarded as derogatory and inflammatory, such as “‘Gypsy wedding’: a crowded and noisy meeting”, “‘Gypsy fight’: a verbal fight in which vulgar language is used” and “‘Becoming a Gypsy’: displaying miserly behaviour”.

5. These and several other expressions in the three books clearly disclose violations of Roma dignity, intolerance and a lack of respect for a culture that is different from the majority of society. Furthermore, the statements perpetuate stereotypes of and prejudices against the Roma and incite discrimination against a minority which is undoubtedly among the most vulnerable in Europe today, if not the most vulnerable. It has to be noted that the books were published with support from the Turkish authorities.”

¹⁸⁵ Feldman, op. cit., 687.

¹⁸⁶ *Hatton and Others v. United Kingdom*, op. cit., § 96.

pedido sob o argumento de que o art. 8º não reconhece o direito à moradia e “*while it is clearly desirable that every human being have a place where he or she can live in dignity and which he or she can call home, there are unfortunately in the Contracting States many persons who have no home*”. A Corte encerra o argumento com uma frase sugestiva: “*whether the State provides funds to enable everyone to have a home is a matter for political not judicial decision*”¹⁸⁷.

Ora, a questão, tal qual proposta, não é tão fácil se ser respondida quanto a Corte fez parecer. A distinção entre o que são ‘questões políticas’ e o que são ‘questões jurídicas’ é tudo, menos definitiva. A partir de uma leitura kantiana, se ter uma moradia é condição para “viver com dignidade”, este valor não deveria estar disponível na arena política, mas constituiria um direito inalienável de todos os seres humanos e razão de ser do Estado ético.

O fato da Corte reforçar a compreensão de que seria desejável que as pessoas tivessem uma casa para que pudessem “viver com dignidade”, de um lado, e depois dizer que resolver este problema é uma escolha política dos Estados (margem de apreciação), a Corte se afasta do quadro kantiano de referência, caminhando no sentido de desconstruir a noção de centralidade do indivíduo e da noção de dignidade humana nos parâmetros da promessa de 1948 e do espírito da Convenção de 1950, em benefício dos interesses da comunidade política estruturada nos Estados nacionais que, nos dias atuais, aprofunda a exclusão social, em benefício de uma cidadania excludente.

Para fins de análise da jurisprudência, é oportuno que esta problematicidade discursiva permaneça latente para compreender os elementos discursivos disputados na Corte hoje. Começemos esta análise pela jurisprudência sobre os direitos das pessoas transgêneros¹⁸⁸. Os casos são, em maior número, contra o Reino Unido e dizem respeito ao reconhecimento da redesignação sexual. Na maioria dos casos, por inexistir à época no Reino Unido instrumento jurídico capaz de proteger o direito das pessoas transgênero de requerer alteração da certidão de nascimento com a devida redesignação

¹⁸⁷ *Chapman v. United Kingdom*, op. Cit., § 99.

¹⁸⁸ *Rees v. the United Kingdom* judgment of 17 October 1986, Series A no. 106, the *Cossey v. the United Kingdom* judgment, cited above; the *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* judgment of 22 April 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II, and the *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom* judgment of 30 July 1998, *Reports* 1998-V, p. 2011; *Goodwin v. United Kingdom*, 2002.

sexual. Esta impossibilidade jurídica criava, na prática, espaço para uma série de violações de direitos humanos, envolvendo discriminação, assédio, agressões verbais e, muitas vezes, também física, bem como dificuldade de acesso a direitos.

O primeiro destes casos foi julgado em 1998, pela *Grand Chamber*. Em *Sheffield and Horsham v. United Kingdom*¹⁸⁹, o argumento utilizado pelos aplicantes era baseado na dignidade humana:

The applicants stated that under English law they continue to be regarded as being of the male sex and to suffer prejudice on that account. The failure to give legal recognition to their new gender has serious consequences for the way in which they conducted their lives, compelling them to identify themselves frequently in public contexts in a gender which they had renounced. This was a matter of profound hurt and distress and an affront to their dignity.

A Corte não condenou o Reino Unido, sob o manto argumentativo da noção de margem de apreciação¹⁹⁰ que, historicamente, tem permitido à Corte tergiversar sobre assuntos sobre os quais não quer avançar, sem afinar antes um discurso comum com o(s) Estado(s) que internamente mantém normativas distintas daquelas que, *a priori*, seria o

¹⁸⁹ *Sheffield and Horsham v. United Kingdom*, n. , 30 July 1998. Antes deste julgamento pela *Grand Chamber*, alguns casos semelhantes haviam sido julgados pela *chamber*, cf. *Rees v. the United Kingdom* judgment of 17 October 1986, Series A no. 106; *Cossey v. the United Kingdom*; *the X., Y. and Z. v. the United Kingdom* judgment of 22 April 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II.

¹⁹⁰ Em *Goodwin v. United Kingdom* (2002), a Corte volta a se pronunciar sobre este julgado e fazer considerações relevantes sobre como opera a noção de margem de apreciação. Nos § 92-93, lê-se que:

92. [...] In the previous cases from the United Kingdom, this Court has since 1986 emphasised the importance of keeping the need for appropriate legal measures under review having regard to scientific and societal developments. Most recently in the *Sheffield and Horsham* case in 1998, it observed that the respondent State had not yet taken any steps to do so despite an increase in the social acceptance of the phenomenon of transsexualism and a growing recognition of the problems with which transsexuals are confronted. Even though it found no violation in that case, the need to keep this area under review was expressly re-iterated”.

93. Having regard to the above considerations, the Court finds that the respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention.

indicativo da Corte. Sete, dos dezessete juízes que compõem a Grand Chamber, discordaram do julgamento. Em suas *joint partly dissenting opinion*, os juízes Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk e Voicu defenderam o direito das pessoas à reconhecimento de sua identidade de gênero.

We are convinced therefore in light of the evolution of attitudes in Europe towards the legal recognition of the post-operative transsexual that the States' margin of appreciation in this area can no longer serve as a defence in respect of policies which lead inevitably to embarrassing and hurtful intrusions into the private lives of such persons. If the State can make exceptions in the case of driving licences, passports and adoptive children (see paragraphs 16 and 44 of the judgment) solutions can be found which respect the dignity and sense of privacy of post-operative transsexuals.

Quatro anos depois, no famoso caso *Goodwin v. United Kingdom* (2002), a Corte mudou de posição e condenou o Reino Unido por violação do art. 8º da Convenção, numa decisão que constitui momento decisivo na virada da Corte no que tange à tutela dos direitos das pessoas transgênero. A Corte mostrou-se “quite influential in changing national legislation or practice on legal gender recognition across the Council of Europe region”¹⁹¹. De fato, em 2004, a Inglaterra aprovou a *Gender Recognition Act* e criou um instrumento interno que trata especificamente da proteção dos direitos das pessoas transgênero. A supracitada legislação é dividida em três partes, a primeira dedicada a “*applications for gender recognition certificate*”, em que se estabelece o procedimento e requerimentos para obtenção do certificado de reconhecimento de gênero; a segunda dedicada à “*Consequences of issue of gender recognition certificate etc.*”, em que é garantida a validade do documento para fins de casamento, filiação, seguridade social e pensão, bem como para as demais áreas da vida civil; e a terceira parte, intitulada “*Supplementary*” disciplina a proibição de divulgação de dados, entre outros pontos. A base argumentativa de *Goodwin v. United Kingdom* é tecido em termos de discurso

¹⁹¹ COJOCAIU, Constantin. Moving beyond Goodwin: a fresh assessment of the European Court of Human Rights' Transgender Rights Jurisprudence. In: *Interrights Bulletin*, vol. 17, n. 3, 2013, p. 118.

sobre dignidade e necessidade de ajustamento das regras estatais para respeitar a dignidade destas pessoas¹⁹². Em uma passagem relevante, a Corte aponta que “*that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost*” (pará 91).

Refletindo criticamente os termos da decisão, Cojocariu observa que “*the flipside of Goodwin is that it restricted access to legal gender recognition to ‘post-operative transsexuals’ and explicitly allowed states discretion to regulate the process of legal gender recognition*” e conclui que “*the fragile grounding of the Court’s transgender jurisprudence fatally undermines its effectiveness and therefore urgente revision is required*”¹⁹³.

No campo das biotecnologias, a Corte foi confrontada sobre os limites dos espaços de proteção à privacidade frente aos direitos da criança de conhecer sua filiação - nas situações em que a lei garante o anonimato -, inclusive para fins médicos de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias. Em ambos os casos – tanto em relação ao direito ao anonimato do doador de sêmen em *X, Y e Z v. United Kingdom*¹⁹⁴, quando em relação ao anonimato assegurado pelas leis francesas aos pais biológicos em casos de nascimentos secretos (*secret births*) em *Odievre v. France*¹⁹⁵ - a Corte recorreu à noção de margem de apreciação e respeitou as normativas internas que privilegiam o direito à privacidade em termos de agência racional dos envolvidos, sobrepunhando a vontade destes sobre os interesses da criança. Em sede de *dissenting opinion*, sete juízes criticam a posição majoritária da Corte, defendendo que o direito de ter acesso às informações sobre a própria história são corolários da liberdade e da dignidade humana que, nesta perspectiva, se sobreporia ao direito de privacidade.

Even for adopted children, being given access to information about one's origins and thereby acquiring the ability to retrace one's personal history is a question of liberty and, therefore, human dignity that lies at the heart of the rights guaranteed by the

¹⁹² Sobre a jurisprudência pós-Goodwin case, ver *I. v. United Kingdom*, 2002.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Cf. *X, Y and Z v. the United Kingdom*, ECHR, 1997.

¹⁹⁵ Cf. *Odievre v. France*, 2003.

*Convention.*¹⁹⁶

Três recentes decisões da ECtHR tiveram, a partir de 2010, impacto sobre saúde reprodutiva da mulher e regras concernentes às condições de realização do aborto¹⁹⁷. A Corte reconheceu ser violação do art. 8º e intervenção arbitrária na vida privada obstáculos à realização do aborto legal (dificultando o acesso à informação ou ao procedimento), impondo agilidade de procedimentos e acessibilidade à realização de aborto legal. Refletindo sobre estas decisões, Westerson criticou o silêncio da Corte sobre o sofrimento enfrentado pelas mulheres que vivem em países onde a prática é criminalizada e são obrigadas a viajar, enfrentando os custos da operação e o sofrimento psíquico da criminalização, para realizar o aborto e apontou que “the Court refused to approach abortion as such – in relation to women’s right to health, dignity, and self-determination – as a human right”¹⁹⁸. Neste sentido, Westerson observa que a Corte “failed to acknowledge that the option to travel abroad for abortion is not open to everybody and that being forced to travel to another country for a critical health service can entail suffering that rises to the level of cruel and inhuman treatment”¹⁹⁹.

Por fim, é importante analisar o impacto das decisões da Corte no que tange a operações e sistemas de vigilância. Sobre o tema, a Corte desenvolveu um *caselaw* que ressalta o debate sobre o direito à privacidade e à vida privada daqueles que podem ter a dignidade violada ao serem vigiados ou observados, impondo standards procedimentais e estabelecendo limites quanto à retenção (de material genético, por exemplo) e/ou uso dos dados capturados (em câmeras de segurança, em especial). Em *S. and Marper v. United Kingdom* (2008), a Corte declarou que “given the nature and the amount of personal information contained in cellular samples, their retention *per se* must be regarded as interfering with the right to respect for the private lives of the individuals

¹⁹⁶ *Odievre v. France*, 2003, joint dissenting opinion of Judges WILDHABER, Sir Nicolas BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS AND PELLONPÄÄ.

¹⁹⁷ Cf. *A, B, C v. Ireland*, n. 25579/05, ECHR, 2010; *RR. V. Poland*, n. 27617/04, ECHR, 2011; *P. e S. v. Poland*, n. 57375/08, ECHR, 2012.

¹⁹⁸ WESTERSON, Johanna. Reproductive health information and abortion services: Standards developed by the European Court of Human Rights. *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 122 (2013) 173-176, p. 175

¹⁹⁹ *Ibidem*.

concerned” bem como proibiu armazenamento de perfis genéticos (*‘DNA profiles’*) pela polícia por sua “capacity to provide a means of identifying genetic relationships between individuals”²⁰⁰, autorizando entretanto o armazenamento das impressões digitais de ambos os adolescentes e, confirmando assim, o precedente estabelecido em *Van der Velden v. the Netherlands* (2006)²⁰¹. A Corte condenou a publicação e divulgação de vídeos captados por câmeras de segurança que flagraram uma tentativa de suicídio por expor de forma desnecessária a vida privada do indivíduo²⁰².

Sobre o assunto, o art. 8º permite infringir esta regra apenas em casos em que o Estado tenha condições de demonstrar que a violação está de acordo com a lei e que tal intervenção é necessária, no sentido de proporcional, para os objetivos de uma sociedade democrática²⁰³. Para Feldman “the interference must not be so extensive as to defeat the very core of the right. These are demanding standards, and are essential to maintaining a balance between the core of human dignity and legitimate public interests. In this was, dignity is indirectly protected by Article 8”²⁰⁴.

Por fim, o art. 8º também engloba, em âmbito europeu, o direito à reputação que, em muitas situações, constitui uma limitação ao direito de expressão, constante no art. 10º da Convenção²⁰⁵. A liberdade de expressão engloba a liberdade de “hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises” (art. 10º, 1), submetendo o exercício desta liberdade aos deveres e responsabilidades que o exercício deste pressupõe

²⁰⁰ *S. Marper v. United Kingdom*.

²⁰¹ Cf. *Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV

²⁰² Cf. *Peck v. United Kingdom*, 44647/98, ECHR (ser. A), 2003.

²⁰³ FELDMAN, David. Human dignity as a legal value: Part 1. Public Law 1999 Win 682-702, p. 694.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ A liberdade de expressão é protegida no art. 19 Da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Art. 19: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. O direito à liberdade de expressão também é garantido no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, art. 19.

(10º.2)²⁰⁶.

Sobre o tema, a Corte reiterou a fundamentalidade do direito em questão em sociedade democráticas, como condição básica para o progresso e desenvolvimento de todos os indivíduos²⁰⁷. Sobre o assunto, Feldman aponta que:

*Article 8 of the ECHR contains no right to reputation or honour as part of private life. The nearest thing to it in the ECHR is the provision in Article 10(2) making the protection of the reputation of others a legitimate ground for interfering with the right to freedom to expression. However, the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 17, provides that everyone has the right to the protection of the law against attacks on his honour and reputation. While reputation may be more closely linked to status than to dignity, the two are related to each other, and while honour may not mean the same as dignity in this context, it is certainly linked to it.*²⁰⁸

Em recentes julgados entretanto, a Corte tem expandido a proteção o alcance da proteção da vida privada para também englobar o direito à reputação, ainda que a jurisprudência não tenha avançado nesta questão²⁰⁹. A Corte condenou em várias ocasiões países por violação do art. 10 por entender que eles foram “went beyond what would have amounted to a “necessary” restriction on the applicants’ freedom of expression”²¹⁰. Nestes casos, a noção de dignidade humana funciona como âncora do direito à reputação que exige limitação da liberdade de expressão. Esta leitura se confirma no § 70 do julgamento de *Chauvy v. France*, em que a Corte coloca a necessidade do juízo de ponderação entre dois direitos em conflito, o direito à liberdade

²⁰⁶ Art. 10.2: The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

²⁰⁷ Caso *Murat Vural v. Turkey*, n. 9540, 2014, § 61.

²⁰⁸ Feldman, op. cit., p. 696.

²⁰⁹ Cf. *dissenting opinion* do juiz Gyulumyan no caso *Aksu v. Turkey*, n. 4149/04 e 41029/04, ECHR, 2012.

²¹⁰ Case of *Cumpana And Mazare V. Romania*, 2004, § 121.

de expressão (art. 10) e o direito à reputação (art. 8):

In addition, in the exercise of its European supervisory duties, the Court must verify whether the authorities struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in this type of case, namely, on the one hand, freedom of expression protected by Article 10 and, on the other, the right of the persons attacked by the book to protect their reputation, a right which is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life²¹¹.

Esta construção da Corte, mais uma vez, se distancia da universo semântico kantiano ao separar direitos provenientes da dignidade humana e direitos provenientes das liberdades políticas, contrapondo os valores da dignidade humana aos valores da democracia.

Por fim, em *Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland* - certamente o caso que envolve mais complexidade -, a Corte foi confrontada com o questionamento de que a proibição de exibição pública de seus *posters*²¹² por autoridades suíças violaram seus direitos à liberdade de religião e direito à liberdade de expressão, garantidos nos artigos 9 e 10 da Convenção²¹³. O uso da noção de dignidade se concentrou como fundamento da proibição de clonagem humana, uma das bandeiras da associação²¹⁴. Neste caso, a Corte

²¹¹ *Chauvy and Others v. France*, 2004.

²¹² De acordo com o § 14 da decisão, “The poster in question, measuring 97 cm by 69 cm, featured in the upper part the following wording in large yellow characters on a dark blue background: “The Message from Extraterrestrials”; in the lower part of the poster, in characters of the same size but in bolder type, the address of the Raelian Movement’s website, together with a telephone number in France, could be seen; at the very bottom was the phrase “Science at last replaces religion”. The middle of the poster was taken up by pictures of extraterrestrials’ faces and a pyramid, together with a flying saucer and the Earth”.

²¹³ *Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland*, ECHR, 2012, § 3.

²¹⁴ *Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland*, parágrafo 11 “[...] The Raelian Movement’s doctrine is based on Raël’s alleged contact with the “Elohim”, extraterrestrials with “advanced technology”, who are said to have created life on earth and a number of world religions, including Christianity, Judaism and Islam. The Raelian Movement’s followers believe that scientific and technical progress is of fundamental importance and that cloning and the “transfer of conscience” will enable man to become immortal. In that connection the Raelian Movement has

recupera os termos da decisão da Suprema Corte Federal da Suíça que confirmou a proibição de exibição pública dos *posters* não em termos de limitação da liberdade de expressão simplesmente, mas porque o site da associação objeto da divulgação endereça o usuário ao site da empresa Clonaid, que realiza ilegalmente tentativas de clones humanos, prática vedada na Suíça.

21. As regards cloning, it was not the opinions expressed by the [applicant] association in favour of such practices (particularly in the book Yes to Human Cloning, published in 2001 and available via the [applicant]'s website) that were penalised, but the link with the company Clonaid, set up by the association itself, which offers various practical services in this area for payment. The issue is thus not simply, contrary to what the [applicant] has argued, the expression of a favourable opinion of cloning, protected by Article 16 of the Constitution, but the practice of that activity, in breach of its prohibition under Article 119 § 2 (a) of the Constitution. That provision, accepted in 1992 by the majority of the population and of the Swiss Cantons (in the form of Article 24 novies (a) of the Constitution), falls in particular within a policy of protection of human dignity, according to the conception thereof that is generally shared in this country (FF 1996 III 278; see also the response of the Federal Council to a question from R. Gonseth of 9 June 1997).

Em seu julgamento, a Corte reconhece que a decisão judicial impõe limitação justificada ao exercício da liberdade de expressão por parte da associação “*as to the legitimate aims pursued by the restriction, the Government indicated that it had sought to prevent crime, to protect health or morals and to protect the rights of others*”²¹⁵, estando em sua margem de apreciação o poder de fazê-lo (pará 65).

2.3.3. Artigo 14º: Proibição da discriminação

A proibição da discriminação é um ponto central de convergência dos discursos sobre

expressed opinions in favour of human cloning”.

²¹⁵ Idem, § 54.

dignidade humana no âmbito da jurisdição europeia em matéria de direitos humanos. Entendido como efetivação do direito à igualdade, a proibição da discriminação nos termos do art. 14 “*has no independent existence, since it has effect solely in relation to the enjoyment of the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and its Protocols*”²¹⁶.

Pragmaticamente, esta compreensão tem limitado as possibilidades discursivas sobre o alcance da proibição, na medida em que este entendimento impede que alegações de discriminação sejam analisadas de forma autônoma, como questão principal. Apesar da aprovação do Protocolo 12 sobre a temática, permanece alto o número de casos em que a Corte reconhece a violação de um determinado direito protegido na Convenção e declara não ter necessidade de enfrentar a questão em termos de proibição de discriminação, impedindo o aprofundamento da discussão sobre o sentido e o alcance da mesma. Apesar desta dificuldade, há uma teia discursiva estabelecida sobre o assunto e é possível identificar maior interação entre a proibição da discriminação e os arts. 3º e 8º que, como já analisamos, são outros dois artigos costurados em termos de respeito à dignidade. Mais interessante ainda é o fato de que ambos os artigos representativos de perspectivas distintas, e em algumas situações conflitivas, de autonomia individual: enquanto a proibição de tratamento desumano parte de uma noção de autonomia individual impessoal, o art. 8º é o espaço onde a Corte tem desenvolvido um discurso de dignidade em termos de proteção da individualidade.

A discriminação consiste, nos termos da Corte, em “*treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations*”²¹⁷. Os pontos argumentativos principais recaem, na análise dos casos, sobre o argumentos estatais para a justificação deste tratamento desigual²¹⁸. O julgamento acerca da motivação da negativa, a partir da qual o gozo de um direito é negado em razão da “*discrimination on*

²¹⁶ Lautsi v. Italy, 2011, § 81.

²¹⁷ Cf. see *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV.

²¹⁸ *Oršuš and Others v. Croatia* [GC], no. 15766/03, § 156, ECHR 2010. *A difference in treatment has no objective and reasonable justification if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality” between the means employed and the aim sought to be realised. Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible.*

any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status” (art. 14), tendo os Estados uma certa margem de apreciação na escolha das diferenças a partir das quais designará tratamentos normativos distintos²¹⁹. Quanto ao ônus da prova, a Corte consolidou o entendimento de que, diante de um processo em que se o requerente consegue demonstrar a diferença de tratamento, cabe ao Estado provar que esta discriminação é justificada²²⁰.

A noção de *status* é central para compreender o tipo de discriminação a que se visa combater, enquanto processo de separação que resulta em exclusão do gozo de um direito em função de características que, no processo de classificação, permite diferenciar para excluir um indivíduo ou grupo do gozo de um direito. A dignidade, portanto, se relaciona com a noção de *status*, mas não é idêntica²²¹. Em *P.V. v. Spain*, a Corte operou uma expansão do sentido da proteção contra discriminação ao abrir possibilidade discursiva de proteção coletiva de grupos em termos de proteção contra discriminação, reconhecendo que a lista dos motivos inscrita no art. 14 é não-exaustiva²²².

Questions of status of all kinds give rise to issues many of which are related to discrimination. A group’s dignity may be infringed by discriminatory treatment or

²¹⁹ 387. *The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment (see Gaygusuz v. Austria, 16 September 1996, § 42, Reports 1996-IV). The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background (see Rasmussen v. Denmark, 28 November 1984, § 40, Series A no. 87, and Inze v. Austria, 28 October 1987, § 41, Series A no. 126), but the final decision as to observance of the Convention’s requirements rests with the Court. Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must, however, have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved (see Жнал Tekeli v. Turkey, no. 29865/96, § 54, ECHR 2004-X, and, mutatis mutandis, Stafford v. the United Kingdom [GC], no. 46295/99, § 68, ECHR 2002-IV).*

²²⁰ Cf. *D.H. and Others v. the Czech Republic*, cited above, § 177.

²²¹ Feldman, op. cit., p. 695.

²²² Cf. *P.V. v. Spain*, 2010, em que “The Court emphasised that, although no issue of sexual orientation arose in the applicant’s case, transsexualism was a notion covered by Article 14, which contained a non-exhaustive list of prohibited grounds for discrimination”.

*legislation, and an individual's dignity may be hurt by being treated as an inferior under Family law, employment law or any other area*²²³.

Na interação com o art. 3º, a jurisprudência tem reconhecido que certas formas sistemáticas de severa discriminação podem consistir em tratamento degradante, nos termos da proibição do art. 3º²²⁴. Esta era uma compreensão discursiva histórica da Comissão Europeia que a Corte demorou a absorver, remontando ao caso *Ablulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*²²⁵, julgado em 1985, em que a Corte falhou ao não reconhecer a interpretação da Comissão segundo a qual a legislação de migração do Reino Unido, que distinguia os direitos dos residentes em função do sexo dos cônjuges, constituía tratamento discriminatório que atingia um grau de sofrimento alto, consistindo em tratamento degradante.

Em *Nachova and Others v. Bulgaria*, a Corte condenou a Bulgária por considerar que “*the authorities failed to investigate possible racist motives behind the events that led to the deaths of Mr Angelov and Mr Petkov*”. Na argumentação da ECtHR, a dignidade humana aparece como bem jurídico protegido que justifica a proibição da discriminação racial e violência racial que, exatamente por suas possíveis consequências, devem ser combatidas por todos os meios disponíveis por autoridades nacionais como requisito de sociedades democráticas²²⁶. O caso foi uma das primeiras condenações realizadas pela Corte por racismo, o que é bastante preocupante, como anota o juiz Bonello, em advertência realizada

²²³ Ibidem.

²²⁴ . Cf. *East African Asians v. the United Kingdom*, nos. 4403/70, § 208; *Cyprus v. Turkey*, § 309 e 310; *Moldova e outros v. Romania*, nº 41138/98 and 64320/01), ECHR, 2005, § 113: “*In the light of the above, the Court finds that the applicants' living conditions and the racial discrimination to which they have been publicly subjected by the way in which their grievances were dealt with by the various authorities, constitute an interference with their human dignity which, in the special circumstances of this case, amounted to “degrading treatment” within the meaning of Article 3 of the Convention*”.

²²⁵ *Ablulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, n. 9214/80; 9473/81; 9474/81, ECHR, 1985.

²²⁶ *Nachova and Others v. Bulgaria*, 2005, § 145 “[...] *Racial violence is a particular affront to human dignity and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism and racist violence, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment*”.

em 2002 em sede de *dissenting opinion*:

[It is] particularly disturbing that the Court, in over fifty years of pertinacious judicial scrutiny, has not, to date, found one single instance of violation of the right [guaranteed by Article 2 or Article 3] induced by the race ... of the victim” (see Anguelova v. Bulgaria, no. 38361/97, ECHR 2002-IV, dissenting opinion).

Os casos de condenação por discriminação racial são, ainda atualmente, raros, mas uma nova jurisprudência sobre a discriminação estrutural e sistemática da população cigana, em especial no que concerne ao direito à educação, tem alterado o *caselaw* da Corte que, historicamente, tendia a analisar apenas o caso concreto e, nestes recentes julgados, tem discutido a noção de “discriminação indireta” e tem utilizado o contexto social, histórico para embasar suas conclusões²²⁷.

Em interação com o art. 8º, existe um *caselaw* importante que relaciona a discriminação como resultante de uma interferência indevida na vida privada. Desde os primeiros julgados, a Corte trilhou um percurso jurisprudencial importante sobre o tema, tendo na famosa decisão no caso *Marckx v. Belgium* (1979)²²⁸, considerado que a legislação nacional – em especial direito de família e sucessório – violava os termos da Convenção, na medida em que realizava uma classificação discriminatória dos filhos em função do *status* de nascidos e não nascidos do casamento. Em *Evans v. United Kingdom*, a Corte reiterou o entendimento de que não precisa julgar especificamente o art. 14º, quando houver considerado que não houve violação do art. 8º (pará 95). Por fim, em *Kuric and Others v. Slovenia*, a Corte condenou o Estado por violação do art. 8º, em conjunto com o art. 14º, por entender que ao negar a cidadania eslovena aos petionários, em razão de sua origem e etnia²²⁹, o Estado os havia tratado de forma distinta daquela com que trata os “verdadeiros” estrangeiros, deixando-os em um limbo

²²⁷ Sobre esta recente mudança, ver a *dissenting opinion* do juiz Borrego Borrego no caso *D.H. v. Tchech Republic*, 2007.

²²⁸ *Marckx v. Belgium*, n., 1979, Series A, n. 31.

²²⁹ Os petionários eram cidadãos da República Federal Socialista da Jugoslávia e residiam na Eslovênia. Através de um tortuoso processo burocrático, não tiveram acesso à cidadania eslovena em 1992, quando o país tornou-se independente, tornando-se “erased” (§ 28-32).

jurídico que os impediu de viver legalmente na Eslovênia por quase 20 anos, apontando a Corte que “the ‘erased’ were not only denied access to Slovenian citizenship but were also bereft of any legal status conferring ‘the right to have rights’. This was a serious encroachment on human dignity” (pará 319). Retomando a concepção arentiana segundo a qual o primeiro e mais basilar direito humano, a que a ninguém deve ser negado, é o direito de pertencimento a uma comunidade política a que o indivíduo possa recorrer em sua constante luta por reconhecimento de direitos²³⁰, a Corte correlaciona dignidade e cidadania, em discurso universalista e igualitarista que impõe, como requisito de respeito à dignidade, o reconhecimento do direito a ter direitos, ou o direito ao pertencimento a uma comunidade política, como uma premissa que deve ser, ao mesmo tempo, afirmada e protegida pela humanidade.

Esta inter-relação – entre dignidade e cidadania política – está no centro do argumento jurisprudencial que reconheceu o direito ao voto dos presos, *Hirst (2) v. United Kingdom*, condenando o Reino Unido por violação do art. 3º do Prol. 1²³¹, que assegura o direito a eleições livres e o direito ao voto, em conjunto com o art. 14. Em uma decisão especialmente paradigmática do ponto de vista de *judicial borrowing*, a Corte considerou ter havido violação do art. 3º do prot. 1, sem nenhuma questão em separado nos termos do art. 14º. baseando sua argumentação a partir da experiência jurisdicional sul-africana e canadense:

36. [...] To deny prisoners the right to vote was to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility and ran counter to democratic principles of inclusiveness, equality, and citizen participation and was inconsistent with the respect for the dignity of every person that lay at the heart of Canadian democracy and the Charter.

E, logo depois, no pará. 38, a dignidade humana aparece no coração do julgamento

²³⁰ Cf. H. ARENDT. *The Origin of Totalitarianism*, Harcourt, Brace & World, New York, 1951.

²³¹ Art. 3º do Prot. 1: “The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

August and Another v. Electoral Commission and Others, julgado pela Corte Constitucional Sul-Africana em 1999 sobre o tema:

38. *On 1 April 1999, in August and Another v. Electoral Commission and Others (CCT8/99: 1999 (3) SA 1), the Constitutional Court of South Africa considered the application of prisoners for a declaration and orders that the Electoral Commission take measures enabling them and other prisoners to register and vote while in prison. It noted that, under the South African Constitution, the right of every adult citizen to vote in elections for legislative bodies was set out in unqualified terms and it underlined the importance of the right:*

“The universality of the franchise is important not only for nationhood and democracy. The vote of each and every citizen is a badge of dignity and personhood. Quite literally, it says that everybody counts.”

As perspectivas canadense e sul-africana apontam um discurso universalista onde o respeito à dignidade se funda, na ordem democrática, através do exercício do voto como expressão da cidadania política e parte do processo de construção de valores democráticos.

Sobre o direito dos presos, o caso *Stummer v. Austria* também é emblemático dos problemas concernentes ao *status* dos presos e dividiu a Corte ao meio. Neste caso, a posição majoritária não condenou a Áustria por excluir o peticionário do gozo do direito à pensão por tempo de contribuição, sob o argumento de que o Estado havia comprovado que a diferença no trabalho era justificada no *General Social Security Act*. Em sede de *joint partly dissenting opinion*, sete juízes discordaram da legitimidade da diferença de tratamento e, realçando a qualidade dos presos como grupo vulnerável, alertaram para a gravidade de desconhecer a seguridade social em termos de reconhecimento da dignidade humana, na medida em que se constitui em um direito essencial – e por isto universal – de realização plena da vida e das escolhas pessoais.

10. *Regarding the applicant’s current situation, he continues to receive emergency*

relief payments (to which he is entitled on account of having been covered by the Unemployment Insurance Act as a working prisoner), supplemented by social assistance for persons who are otherwise unable to provide for their basic needs. However, in our view, neither the emergency relief payments nor the social assistance can be compared to an old-age pension granted on the basis of the number of years worked and the contributions paid. The former constitute assistance, whereas the latter is a right. The difference is significant in terms of respect for human dignity. Social security forms an integral part of human dignity. [...] Lastly, as regards access to social services, the European Committee of Social Rights has highlighted former prisoners as a vulnerable group.

11. In these circumstances, we consider that the non-affiliation of working prisoners to the old-age pension system creates a distinction between prisoners and ordinary employees, which risks producing – and in the applicant’s case actually produces – a long-term effect going well beyond the legitimate requirements of serving a particular prison term. Some writers have had no hesitation in referring to this as double punishment. Such a situation sits ill with the idea that prisoners should not suffer any restriction of their rights beyond the necessary and inevitable consequences of imprisonment. Moreover, it does not serve the aim of rehabilitation, on which, by the Government’s own assertion, the system of prison work is based.

No que diz respeito à discriminação no acesso ou exercício do direito à educação (art. 2º, Prot. 1+art. 14), o *caselaw* da Corte impõe que o “the two sentences of Article 2 of Protocol n.1 must be interpreted not only in the light of each other but also, in particular, of Articles 8, 9 and 10 of the Convention”²³². No famoso caso *Lautsi v. Italy*, a Corte foi chamada a se pronunciar sobre a legalidade de símbolos religiosos - especificamente os crucifixos, símbolo do cristianismo -, nas escolas públicas na Itália, que se afirma como Estado laico. O argumento da laicidade foi central e é bastante *simbólico* que A Corte tenha recorrido à noção de tolerância e as raízes teológicas da concepção de dignidade humana para justificar que os crucifixos são símbolos de uma cultura de tolerância e dignidade humana fundantes da sociedade italiana. Mais do que

²³² Cf. Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, § 52.

símbolos religiosos, a Corte afirmou que os crucifixos são símbolos culturais da Itália e, por esta razão, a partir da margem de apreciação²³³, a Corte reconheceu o espaço de discricionariedade do Estado de decidir sobre o assunto²³⁴.

Por fim, duas decisões da Corte sobre discriminação de crianças ciganas em ambiente escolar são importantes para entender o discurso da Corte sobre a proibição de discriminação, englobando aspectos coletivos de violações da dignidade humana. Em *Orsus and Others*, a Corte condenou a Croácia por discriminação no exercício do direito à educação em relação a duas escolas croatas que resolveram separar as crianças em salas distintas, em função da habilidade linguística em croato. O entendimento majoritário da Corte entendeu que a diferença de tratamento não é justificável e foi realizada em razão da etnia *Roma*²³⁵. Em *D.H.*, a Corte condenou a República Tcheca por “*a nationwide practice of placing a disproportionate number of Roma children in schools for pupils with learning difficulties amounted to discrimination based on the applicants’ ethnic origin*” (§180). A qualidade deste tipo de abordagem é que permite a proteção coletiva contra processos discriminação, exatamente por levar em consideração elementos indiretos que indicam as formas e justificações discursivas do tratamento desigual.

²³³ Cf. *Lautsi v. Italy*, § 70: “The Court concludes in the present case that the decision whether crucifixes should be present in State-school classrooms is, in principle, a matter falling within the margin of appreciation of the respondent State. Moreover, the fact that there is no European consensus on the question of the presence of religious symbols in State schools (see paragraphs 26-28 above) speaks in favour of that approach.

This margin of appreciation, however, goes hand in hand with European supervision (see, for example, *mutatis mutandis*, *Leyla Şahin*, cited above, § 110), the Court's task in the present case being to determine whether the limit mentioned in paragraph 69 above has been exceeded”.

²³⁴ *Lautsi v. Italy*, § 58 e, nesta decisão, ver *concurring opinion* juiz Power.

²³⁵ Cf. *Orsus and Others v. Croatia*, 2010, § 147-148. Ver também *dissenting opinion* nesta decisão.

CAPÍTULO 3.

A DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este capítulo busca mapear os usos da noção de dignidade humana na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IACtHR) e do Supremo Tribunal Federal (STF), tomando a cartografia realizada no capítulo anterior, no âmbito da ECtHR, como um quadro de referência. A IACtHR guarda mais similitudes quanto à estrutura e jurisdição em relação à ECtHR, por se tratar também ela de uma corte internacional responsável pela interpretação e aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (“a Convenção”), dentro de um sistema regional de proteção de direitos humanos que, como já antecipamos no capítulo anterior, é posterior ao modelo europeu e nele teve sua fonte de inspiração, especialmente no que tange à estrutura de funcionamento e sistema de monitoramento que, como veremos, é muito parecida com aquela prevista inicialmente no sistema europeu de proteção de direitos humanos.

Em relação à jurisprudência do STF, o estudo comparado exigirá um esforço redobrado para equiparar sistemas normativos diferentes e campos de jurisdição distintas. O STF funciona dentro de um modelo misto de corte constitucional e corte de última instância recursal, absorvendo uma grande quantidade de petições e exercendo jurisdição bastante ampla no espectro do direito positivo brasileiro. O intuito permanece, entretanto, inalterado. O escopo é expandir o mapeamento de forma a permitir visualizar as circunstâncias em que a noção de dignidade humana é invocada como bem jurídico protegido de um determinado conjunto de direitos por ambas as Cortes para, a partir deste quadro, analisar o respectivo grau de estabilidade e coerência discursiva, bem como as repercussões práticas desta retórica na tutela dos direitos humanos.

3.1. O contexto de inserção do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e a aspiração de protagonismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IACtHR)

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²³⁶, ambas adotadas no 9º Encontro dos Estados Americanos na cidade de Bogotá em abril de 1948, marcam a criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, dentro da mesma ideologia de globalismo jurídico²³⁷ que, no contexto americano, teve particularidade de destacar ainda mais as ambições e ambivalências dos Estados Unidos, enquanto potência emergida da Segunda Guerra. A guerra fria, e as muitas guerras e ditaduras de temperaturas mais elevadas que marcaram o período que se seguiu a segunda guerra mundial no continente americano, respondiam à tensão entre dois modelos de convivência social que se sobressaíram no pós-guerra. Estados Unidos e União Soviética disputaram a hegemonia mundial e, à exceção de Cuba, o continente americano constituiu uma área de forte influência estadunidense e esteve, todo o tempo, sob grande foco de atenção. Assim, a consolidação da OEA respondeu a uma aspiração de modelo normativo internacional de proteção de direitos humanos, que só veio a se confirmar mais tarde, quando da adoção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, em 1969. O sistema, uma vez implantado, nunca exerceu sua jurisdição nos Estados Unidos que jamais ratificou a Convenção, ponto relevante de diferenciação em relação ao modelo europeu emergido da Segunda Guerra e capitaneado político e juridicamente pelas potências europeias.

A Carta da OAS de 1948, em seu art. 106, dispunha sobre a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (IACHR, doravante “a Comissão”), “*whose principal function shall be to promote the observance and protection of human rights and to serve as a consultative organ of the Organization in these matters*”. No mesmo artigo, a Carta previa a criação de “*An inter-American convention on human rights shall determine the structure, competence, and procedure of this Commission, as well as those of other organs responsible for these matters*”.

Com sede em Washington D.C., Estados Unidos, a Comissão foi criada oficialmente em

²³⁶ A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é a primeira declaração de direitos no pós-guerra. Data de abril de 1948, enquanto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas foi adotada em 10 de Dezembro do mesmo ano, mais de seis meses depois.

²³⁷ Cf. D. ZOLO, op. cit.

1959 e iniciou seus trabalhos em 1960, com vistas à preparação da Convenção Americana de Direitos Humanos. A esta altura, o modelo europeu já estava em funcionamento e constituiu uma forte influência no texto original da Convenção Americana de Direitos Humanos, particularmente em matéria de sistema de monitoramento²³⁸. A Convenção, também conhecida como Pacto da San José da Costa Rica, foi aprovada durante a Conferência de San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor em 1978 e, já no preâmbulo reafirma o intenção de consolidar no hemisfério “*a system of personal liberty and social justice based on respect for the essential rights of man*”, reconhecendo que tais direitos “*are not derived from one's being a national of a certain state, but are based upon attributes of the human personality*”, citando expressamente a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos²³⁹.

A Convenção dispõe sobre o sistema de monitoramento no capítulo VI, estabelecendo, a exemplo do sistema europeu, dois órgãos competentes para implementar os direitos e garantias previstos na Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 33,a) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33,b) em dinâmica similar àquela existente no modelo europeu até a entrada em vigor do Prot. 11 que alterou significativamente o sistema de monitoramento da Convenção Europeia de Direitos humanos e, conseqüentemente, o papel da ECtHR.

Em termos práticos, isto significa que também a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê protagonismo ao indivíduo enquanto sujeito de direito internacional, reconhecendo a possibilidade de que indivíduos peticionem diretamente à Comissão (art. 44), desde que o Estado-parte aceite a competência da Comissão para receber estes casos, nos termos do art. 45.

À Corte Interamericana de Direitos Humanos (IACtHR), a Convenção dedicou o capítulo VIII, no qual estabelece forma de funcionamento e eleição dos juízes, bem

²³⁸ Cf. F. K. COMPARATO. A afirmação histórica dos direitos humanos, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 362.

²³⁹ No preâmbulo da Convenção, lê-se que “*these principles have been set forth in the Charter of the Organization of American States, in the American Declaration of the Rights and Duties of Man, and in the Universal Declaration of Human Rights, and that they have been reaffirmed and refined in other international instruments, worldwide as well as regional in scope*”.

como estabelece que “only the States Parties and the Commission shall have the right to submit a case to the Court” (art. 61,1). Este sistema, em vigor até os dias atuais institucionaliza um filtro bastante severo dos casos que são levados à apreciação da IACtHR, tendo em vista que em mais de 40 anos de funcionamento a Corte julgou pouco mais de 250 casos. A Comissão é o órgão que, por excelência, realiza este filtro, absorvendo a maior parte das denúncias individuais. De acordo com dados oficiais mais atualizados disponíveis no site oficial da IACHR, a Comissão recebeu 1.598 denúncias individuais em 2010²⁴⁰, tendo, no mesmo ano, encaminhado apenas 15 casos à Corte²⁴¹. Em 2009, a Comissão recebeu 1.431 denúncias, tendo encaminhado apenas 12 casos à Corte. Em 2008, foram 1.323, e apenas 9 casos enviados pela Comissão à Corte. Ao contrário do que se poderia imaginar, não há uma tendência de aumento dos casos levados à Corte nos últimos dez anos²⁴². Tomando o ano de 2004 como base de comparação e o ano de 2014, a diferença entre a quantidade de casos levados à Corte pela Comissão é mínima. Em 2004, foram encaminhados 12 casos, e em 2014 foram encaminhados apenas 14 casos à apreciação da Corte, que exerce função consultiva (art. 64) e contenciosa (art. 63).

Se, de um lado, o acesso à Corte através da Comissão é dificultado, o acesso à Corte via denúncia estatal é muito pouco acionado, em todos os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, por questões políticas, diplomáticas e estratégicas entre os Estados.

A estes impedimentos ligados a dificuldades procedimentais, o número pequeno de julgamentos também espelha um problema político. Existe relutância de boa parte dos Estados signatários da Convenção de realizar a declaração, nos termos do art. 62, para se submeter à jurisdição da Corte. Em 2013, apenas 20 dos 35 Estados que conformam a OEA, reconheceram a competência contenciosa da Corte²⁴³.

²⁴⁰ Ver dados estatísticos em <http://www.oas.org/en/iachr/>

²⁴¹ Ver casos levados pela Comissão à Corte, por ano, em <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/cases.asp>

²⁴² CIDH. Relatório Anual – 2013, p. 4. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2013.pdf

²⁴³ Estes Estados são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. Cf. CIDH.

Praticamente todos os países da América Latina e América Central, durante as décadas de sessenta e setenta – quando a Convenção foi adotada e entrou em vigor, tendo a Corte começado a realizar seus primeiros julgamentos – viviam sob ditaduras militares e, não por acaso, a maioria deles não assinaram nenhum instrumento internacional de proteção de direitos humanos e, muito menos, se submeteram à jurisdição de uma corte internacional em matéria de direitos humanos. A história mostra que grande parte dos países hoje submetidos à jurisdição da IACtHR só ratificaram a Convenção ao longo da década de oitenta e início da década de noventa, quando viveram os respectivos processos de redemocratização e internacionalização do direito em matéria de direitos humanos²⁴⁴ e, não por acaso, os pontos em que a jurisprudência da IACtHR é mais conhecida e citada é sobre desaparecimento forçado e direito à verdade, dois temas ligados a estados de exceção e justiça de transição, temas latentes nestes mesmos países. Apesar desta imensa dificuldade estrutural e financeira²⁴⁵, a IACtHR se alça como uma das mais relevantes jurisprudências em matéria de direitos humanos, intervindo cada vez mais nos debates nacionais e reverberando suas construções discursivas mais persuasivas, ganhando repercussão no fórum judicial internacional.

3.2. A centralidade e os sentidos em disputa: mapeando os usos da noção de dignidade humana na Corte Interamericana de Direitos Humanos

A noção de dignidade humana é central nas fontes formais do sistema interamericano de

Relatório Anual – 2013, p. 4. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2013.pdf

²⁴⁴ O Brasil ratificou a Convenção em 7/9/1992. Apenas seis anos depois, em 12/10/1998, o Estado reconheceu a jurisdição da Corte, nos termos do art. 62. A Argentina assinou a Convenção em 1984 e, no mesmo, realizou a declaração na qual reconhecia a jurisdição da Corte em todas as matérias concernentes à aplicação da Convenção. Mais dados referentes ao Estado de ratificação pelos países, inclusive em relação a reconhecimento da jurisdição da Corte (art. 62) e competência da Comissão (art. 45) estão disponíveis em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm

²⁴⁵ Não é escopo deste trabalho analisar as razões pelas quais o sistema interamericano mantém este modelo de monitoramento que reduz o acesso individual à jurisdição da Corte e, em termos de política judicial, que priva a Corte de maior visibilidade. Certamente, existem razões factuais pautadas na imensa dificuldade operativa da Comissão e da Corte, que contam com recursos humanos e financeiros reduzidos para alcançar os objetivos a que se propõem.

proteção dos direitos humanos e na jurisprudência da IACtHR. A Convenção dedica o Capítulo II aos direitos civis e políticos (art. 3º a 25) e o capítulo III aos direitos econômicos, sociais e culturais²⁴⁶, dando a estes tratamento de direitos progressivos, em contraponto a primeira categoria de direitos, que seriam de aplicação imediata. Esta lógica foi, em alguma medida, subvertida pela jurisprudência da Corte que encontrou um espaço de guarida para os direitos sociais dentro dos chamadas direitos civis e políticos, em especial quando do tratamento jurisprudencial do alcance da proteção do direito à vida (art. 2º) e da não discriminação (art. 1º e art. 24), sendo a noção de dignidade humana essencial para a linha argumentativa da Corte.

Se ausente no texto dos artigos citados acima – e central na jurisprudência da Corte -, a dignidade humana aparece expressamente em três artigos do capítulo referente aos direitos civis e políticos, relacionada à proibição de tortura, penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (art. 5º)²⁴⁷, à proibição da escravidão e servidão (art. 6º)²⁴⁸ e à proteção da privacidade (art. 11º)²⁴⁹.

O texto do art. 5º, dedicado à proteção do direito à integridade pessoal, após repetir a fórmula clássica de proibição da tortura e demais tratamentos cruéis, desumanos e

²⁴⁶ Art. 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

²⁴⁷ Artigo 5º. Direito à integridade pessoal

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

²⁴⁸ Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

²⁴⁹ Art. 11. Right to privacy

1. Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized.

degradantes²⁵⁰, expressamente declara o direito à tratamento prisional digno ao afirmar que “*Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*”.

O termo ‘inerente’ parece funcionar como dispositivo de justificativa para o direito de toda pessoa a ser tratada com respeito, quase evocando os termos com os quais no preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 realizava uma operação similar, qual seja o de fundamentar o direito, dotando-o de universalidade e indisponibilidade, e do qual todo ser humano é portador, independente de qualquer variável interna ou externa ao sujeito.

Esta preocupação, presente no texto da Convenção e reforçada pela jurisprudência da Corte - que reiteradas vezes consolidou o entendimento de que este é um direito *jus cogens* -, afirma-se, nos termos do art. 27 da Convenção, que o direito à integridade pessoal não pode ter suas garantias suspensas em nenhum caso, exatamente por pertencer - junto com o art. 6^{o251} - ao núcleo duro dos direitos que derivam da dignidade humana e, exatamente por esta característica, precisam ser protegidos da ingerência política.

O art. 6^o, 2, dedicado à proibição da escravidão e da servidão, goza do mesmo *status* de *jus cogens* e figura na lista dos direitos cujas garantias não podem ser suspensas em nenhuma situação, pelas mesmas razões, constituindo um direito ainda mais central e

²⁵⁰ A gênese da proibição da tortura remonta às primeiras declarações de direito oitocentistas. Na Bill of Rights inglesa, de 1689, lê-se que “that excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”, fórmula repetida na Bill of Rights da Virgínia em 1776 e incluída na Constituição Federal dos Estados Unidos, através da emenda constitucional de 1791. No séc. XX, a fórmula moderna de proibição de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes se afirmou no art. 5^o da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, e repetida no art. 7^o do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, entre outros instrumentos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos. Sobre o assunto, cf. L. C. BERKSON, *The concept of cruel and unusual punishment*, Lexington Books, London, 1975; M. D. EVANS; R. MORGAN. *Preventing Torture: a study of the European Convention for the Preventing of Torture and Inhuman or Degrading treatment or punishment*, Oxford, 1998.

²⁵¹ Dos três artigos da Convenção que citam expressamente a dignidade humana, apenas o art. 11 não integra a lista do art. 27, podendo ter suas garantias limitadas em casos de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte

reconduzível em termos de dignidade humana. A proibição da escravidão e da servidão é ainda mais claramente reconduzível ao discurso universalista de indisponibilidade dos direitos que protege, na medida em que esta constitui uma prática que viola frontalmente a dignidade humana no esquema interpretativo kantiano, na medida em que reduz o que não pode ser reduzido à coisa e quantifica aquilo que está além do valor, que é o ser humano. Escravizar ou submeter a estado de servidão é reduzir o ser humano a condição de meio para se atingir um fim e, sendo o homem um fim em si mesmo, constitui uma prática que viola as leis morais e deve ser punido pelo Estado a fim de se respeitar a dignidade de todo ser humano.

Neste mesmo art. 6º, a dignidade humana é utilizada para limitar as formas de trabalhos forçados a que presos podem ser submetidos nos Estados que permitem esta prática, buscando com isto impedir que a sanção penal possa legitimamente reduzir o homem à escravidão ou servidão.

Por fim, no art. 11º,2, a noção de dignidade humana volta a ser expressamente citada no art. 11º dedicado ao direito à privacidade que a jurisprudência da Corte rapidamente dará um sentido novo ao alcance da proteção, realizando um diálogo com a jurisprudência dissonante da ECtHR sobre a temática e desenvolvendo um caselaw de proteção à proteção da individualidade e à construção de um direito à identidade pessoal e social, em termos de respeito à diferença em sociedades plurais.

Nos termos do art. 11º, todos têm direito a ter a dignidade reconhecida, paralelamente à afirmação do direito à honra e à reputação, direito que será construído jurisprudencialmente como um caso em que é reconhecida a possibilidade de conflito com outro direito protegido na Convenção, o direito à liberdade de expressão, rompendo discursivamente com elementos constitutivos da gramática kantiana a partir dos quais a dignidade é a fonte de todas as liberdades, sendo impossível classificar – como fazem a Corte e a ECtHR com naturalidade - os direitos que preservam a dignidade humana, de um lado, *versus* os direitos que decorrem da democracia, de outro.

*

A palavra ‘dignidad’ aparece em 48 casos da IActHR, entre julgamentos e decisões, a

partir do sistema de buscas de jurisprudência da própria Corte²⁵². São mais de 40 julgamentos - dos pouco mais de 250 julgados –, o que representa pouco menos de ¼ de todos os julgados da Corte, baseados na noção de dignidade humana e três opiniões consultivas paradigmáticas da Corte que expandem a centralidade da noção de dignidade humana no sistema interamericano de proteção de direitos humanos.

Todos os casos são julgados pelo pleno do tribunal, e a quantificação indica uma utilização constante da noção de dignidade humana na argumentação jurídica da Corte, mas é um dado que merecerá ulteriores análises o fato de que no último biênio (2013-2014) o sistema de pesquisa oficial da Corte não indique nenhuma ocorrência de decisão ou julgamento em que a palavra ‘dignidad’²⁵³, tendo entretanto esta noção sido importante na construção discursiva desenvolvida pela Corte na recente Opinião Consultiva 21/14²⁵⁴ sobre os direitos das crianças no contexto da migração.

TABELA 4 - Uso das noções de dignidade humana na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

IACtHR			
Ano	Nº	de Julgamentos	e Opiniões
	julgamentos	pedidos	de consultivas
		interpretação	das
		sentenças ²⁵⁵	

²⁵² O sistema de buscas da IACtHR não permite separar em função da natureza da decisão judicial.

²⁵³ O sistema de buscas da página oficial da IACtHR apresenta algumas dificuldades operacionais. Colocando a palavra ‘dignidade’ em inglês ou português, por exemplo, o buscador não encontra nenhum resultado. Esta dificuldade se amplia quando se buscam outros verbetes utilizados pela Corte mas que o sistema de busca não consegue rastrear, como por exemplo, “proyecto de vida”.

²⁵⁴ Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection. Advisory Opinion OC-21/14 of August 19, 2014. Series A No.21.

²⁵⁵ Da decisão da IACtHR, não cabe recurso, tendo em vista que todos os casos são julgados pelo pleno da Corte. Entretanto, cabe pedido de interpretação da sentença, quando há necessidade de esclarecimento ou resolução de controvérsia quanto à correta interpretação quanto ao sentido dos termos da sentença.

1997-2000	2	6	-
2001-2005	6	10	2
2006	2	2	-
2007	3	3	-
2008	1	4	-
2009	3	5	-
2010	2	2	-
2011	3	5	-
2012	6	7	-
2013	-	1	-
2014	-	-	1
Total	28	45	3

Fonte: Pesquisadora

A dignidade humana tem se tornado cada vez mais presente no *caselaw* da Corte, e não somente nos casos que versam sobre violação dos arts. 5º, 6º e 11, mas também em questões ligadas ao acesso à direitos econômicos, sociais e culturais²⁵⁶, direito das crianças, direito à vida privada e inclusive na parte referente a formas de reparação²⁵⁷. É paradigmática, neste sentido, a construção jurisprudencial sobre o alcance e o sentido da proteção do direito à vida, resguardado do art. 2º da Convenção, que trouxe para o coração da proteção do direito à vida, entendida como pré-requisito para o gozo dos demais direitos humanos, a noção de que esta proteção engloba o direito a que não haja

²⁵⁶ Cf. Opinião Consultiva 18/03 sobre direito dos migrantes; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, pár. 144.

²⁵⁷ Cf. Noção de ‘projeto de vida’ no *caselaw* da Corte. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, pár. 144; Caso Loyaza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones e Custas. Serie C, No. 33, sentencia de 27 de noviembre de 1998, §148. Em especial, ver *concurring opinion* do juiz Antônio Cançado Trindade, juiz e na ocasião presidente da IACtR, no Caso Villagrán Morales y Otros - Caso de los Niños de la Calle, Sentencia de 19 de Noviembre de 1999 “el proyecto de vida se encuentra vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su próprio destino (...) EL proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana (de los Derechos y Deberes del Hombre) de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana”. *Concurring opinion*.

impedimentos ao acesso das condições que garantam à pessoa uma existência digna. No caso *Niños de la Calle*, a Corte aponta que:

*[e]l derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.*²⁵⁸

Este é um ponto central de divergência com a jurisprudência da ECtHR que em momento algum trabalha o sentido e o alcance da proteção em função da dignidade, mas em função da vida como bem jurídico a ser tutelado.

É, neste sentido, paradigmático que a IACtHR construa a tese de que o direito à vida protege dois bens jurídicos indissociáveis, quais sejam, a vida e a dignidade humana. Do ponto de vista discursivo, é possível interpretar esta retórica em termos kantianos, onde a dignidade humana é o fundamento de todos os direitos e o bem jurídico a ser tutelado, revestido de racionalidade e indisponibilidade política que dá sentido à vida humana, que só deve ser protegida em função das garantias a uma vida digna. Entretanto, é possível também interpretar a sistematização da Corte que evoca o kantismo como justificativa universal resultante de um *vero e proprio* imperativo categórico, mas dentro de uma afirmação de autonomia não kantiana. Como veremos na análise da jurisprudência, a argumentação da Corte sobre o direito dos índios à vida e a condições de vida digna abre espaço para afirmação de individualidades e idendidades de grupo, em registro vanguardista no que concerne à tutela de direitos sociais, em

²⁵⁸ “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

especial do direito à terra. Nos votos em separado de alguns juízes, entretanto, encontram-se mais elementos da gramática kantiana, muitas vezes também em referência à tradição judaico-cristã, demonstrando outros elementos discursivos importantes para compreender o que os juízes consideram bom ou desejável e como articulam o discurso para garantir aquilo que consideram o justo ou o correto.

Entretanto, na maior parte dos casos o registro da Corte quanto ao uso da noção de dignidade humana é universalista e problematiza pouco a questão da autonomia. Todos os casos sobre a proibição de tratamentos desumanos e proibição da discriminação estão portanto englobados dentro do discurso consonante. Neste espectro, a maior parte dos casos diz respeito a graves violações de direitos humanos perpetrados pelo Estado ou ação de grupos paramilitares²⁵⁹ - incluindo assassinatos brutais e em massa, perseguições, torturas, estupros, sequestro de crianças, ameaças, entre outras práticas condenáveis - em regimes de exceção²⁶⁰, conflito armado²⁶¹, mas também dentro do sistema democrático contra dissidentes políticos²⁶², defensores de direitos humanos²⁶³, populações indígenas ligadas à disputa agrária²⁶⁴ e presos²⁶⁵, tendo a Corte em todos os

²⁵⁹ Cf. *Fernández Ortega y Otros v. Mexico*. Interpretacion de la sentencia. Serie C n. 215 e 224, 2010.

²⁶⁰ Cf. *Gelman v. Uruguay*. Fondo e reparaciones. Serie C n 221, 2011; *Gomes Lund Y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219;

²⁶¹ *Massacres de el Mozote y Lugares Aledanos v. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y costas. Serie C n. 252, 2012; *Contreras y Otros v. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Serie C n. 232, 2011; *Massacre del Rio Negro v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n. 250, 2012;

²⁶² Cf. *Cepeda Vargas v. Colombia*. Excepciones, fondo, reparaciones e costas. Serie C n. 213, 2010; *Maritza Urrutia v. Guatemala*. Fondo, reparaciones e costas. Serie C n. 103, 2003; *Lori Berenson Pejía v. Peru*. Fondo, reparaciones y costas. Serie C n. 119 2 128, 2004; *Rosendo Cantú v. Mexico*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n. 216 e 225, 2010.

²⁶³ Cf. *Castillo Gonzalez y Otros v. Venezuela*. Sentencia di Fondo. Serie C n. 256, 2012; *Valle Jaramillo y Otros v. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Serie C n. 192 e 201, 2009;

²⁶⁴ *Massacre Plán de Sanchez v. Guatemala*. Fondo, reparaciones. Serie C n. 105 e 116, 2004.

²⁶⁵ Cf. *Pacheco Teruel y Otros v. Honduras*, Serie C n. 241, 2012; *Garcia Asto y Ramirez Rojas v. Peru*. Serie C n. 137, 2005; *Penal Miguel Castro v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n. 160 e 181, 2006; *Vélez Loor v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n. 218, 2010.

casos emitido decisões paradigmáticas em que os Estados foram condenados por violação de vários direitos constantes na Convenção.

Por fim, a jurisprudência sobre direito à privacidade e reconhecimento da dignidade, nos termos do art. 11º, são aqueles que abrem espaços de maior dissonância, a exemplo do que acontece no âmbito da jurisprudência da ECtHR. Entretanto, são poucos os casos em que a noção de autonomia é problematizada. Pode-se e deve-se especular se o motivo para esta inclinação não se encontra também no tipo de questões que são levadas à apreciação da Corte. Esta ainda não julgou muitos casos complexos, do ponto de vista teórico, que exigem uma tomada de posição sobre o sentido da noção de dignidade humana na atividade jurisdicional: se para proteger a vontade individual ou se para negá-la em nome dos valores da comunidade. Quando o fez, nos poucos casos que julgou e que adentram em questões mais problemáticas, para os fins deste trabalho, como o caso *Artavia Murilo y Otros (Fertilizacion in vitro) v. Costa Rica*, a Corte acenou com acordos bastante dissonantes, causando desconforto por parte dos magistrados que reconheceram ali uma quebra na linha ‘evolutiva’ do caselaw da Corte sobre o tema.

3.2.1. Discursos consonantes

3.2.1.i. Proibição da discriminação

A proibição da discriminação encontra guarida em dois artigos da Convenção. Primeiro, no princípio geral da não-discriminação esculpido no art. 1º,²⁶⁶, para fins de gozo dos direitos protegidos na Convenção e, depois, no direito à igualdade perante a lei, inscrita no art. 25²⁶⁷. O tratamento jurisprudencial da questão estabeleceu que a obrigação geral

²⁶⁶ Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos:

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

²⁶⁷ Artigo 24 - Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

inscrita no art. 1,1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir sem discriminação os direitos protegidos pela Convenção, enquanto que o alcance do art. 24 protege o direito à igual proteção perante à lei²⁶⁸.

Nos termos da jurisprudência da Corte, o alcance do art. 1º,1 da Convenção relaciona a proibição da discriminação com o princípio da igualdade, tendo bastante consolidado o entendimento de que tal princípio floresce da unidade da família humana e está relacionada à dignidade de todo ser humano²⁶⁹, sendo portanto um princípio irreconciliável com noções de tratamentos privilegiados dentro de um quadro de referência de percepção de superioridade e, conseqüentemente, também irreconciliável com noções excludentes com base em argumentos discriminatórios em relação a quaisquer pessoas ou grupos sociais, tendo a Corte elevado o princípio da igualdade e não-discriminação ao patamar de *jus cogens*, permeando as ordens jurídicas internas e internacionais.

Com efeito, esta proibição enseja obrigações negativas e positivas para o Estado, como a Corte sinalizou na Opinião Consultiva 18/03, reiterando tal entendimento em muitos casos concernentes discriminações sistemáticas dos povos indígenas²⁷⁰. Nesta opinião consultiva, a Corte foi chamada a se pronunciar sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. Neste caso paradigmático, a Corte estabeleceu que os Estados têm obrigação de se abster de realizar ações que, direta ou indiretamente, criem situações de discriminação de fato e/ou de direito²⁷¹ e avançou na proteção dos direitos sociais dos trabalhadores, sem discriminação de seu *status* migratório, realizando um jurisprudência de vanguarda no que concerne aos direitos trabalhistas dos migrantes²⁷². E, na sequência, esclareceu que as obrigações estatais em relação ao princípio da igualdade não se encerram neste ponto.

Com efeito, a Corte consolidou o entendimento de que o alcance da proteção inscrita no

²⁶⁸ Atala Riffo, pará. 82.

²⁶⁹ Cf. Advisory Opinion OC-4/84, 83, para. 55; Condición jurídica y derechos humanos del niño

²⁷⁰ Cf. *Case of Indigenous Community Xákmok Kásek*,

²⁷¹ Cf. Advisory Opinion OC-18/03, 85, para. 103.

²⁷² Cf. A. D. VIEIRA; S. CIUFFOLETTI. Juridical status and rights of irregular migrants in an international comparative perspective: the normative realities of Brazil and Italy. *Sociology Study*, Vol. 3, Num. 7, July 2013 (Serial Number 26), 2013, p. 509 ss.

art. 1,1 implica obrigações positivas para o Estado que, enquanto agente promotor da igualdade, tem a obrigação de implementar ações para reverter quadros de desigualdade no seio de suas sociedades, agindo de forma proativa no sentido de garantir a igualdade de acesso aos direitos²⁷³, o que implica “*the special obligations to protect that the State must exercise with regard to acts and practices of third parties who, with its tolerance or acquiescence, create, maintain or promote discriminatory situations*”.

Especificamente no caso da OC 18/03, a Corte realizou um diálogo importante com o *caselaw* da ECtHR sobre o princípio da igualdade e reiterou o entendimento firmado em OC 17/02²⁷⁴ de que nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva à dignidade humana²⁷⁵ e, a partir da perspectiva da ECtHR, estabeleceu o critério da justificativa objetiva e razoável para diferenciar os casos de discriminação, nos termos do art. 1,1,, dos casos em que a diferença de tratamento encontra uma justificativa plausível no ordenamento jurídico.

3.2.1.ii. Direito à verdade

Outro ponto de grande interesse na jurisprudência da IACtHR diz respeito ao desenvolvimento da jurisprudência sobre direito à verdade. Tratando-se de um *case* interessante de construção jurisprudencial, já que o direito à verdade não é expressamente tutelado por nenhum instrumento jurídico do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, mas constitui um desenvolvimento da Corte e da Comissão, como forma de enfrentar o fenômeno dos desaparecimentos forçados em vários países da América, especialmente em situações de estados de exceção resultantes de quebra do sistema democrático. Esta jurisprudência guarda um especial interesse, por ser um dos baluartes com que a Corte busca se afirmar como corte de direitos e

²⁷³ Cf. Advisory Opinion OC-18/03, 85 para. 104; *Case of Indigenous Community Xákmok Kásek*, 83, para. 271; and UN, Human Rights Committee, General Comment No. 18, Non-discrimination, November 10, 1989, CCPR/C/37, para. 6.

²⁷⁴ Cf. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

²⁷⁵ Cf. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 19, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

interferir nas políticas estatais, tendo cada uma de suas decisões sobre o assunto bastante acompanhamento midiático e das demais cortes constitucionais e internacionais quando se confrontam com a questão do desaparecimento forçado que viola vários dos direitos protegidos pela Convenção, entre eles o direito à vida, à integridade física, moral e psíquica e a proibição de penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, bem como o direito à vida privada.

The right to the truth is not expressly recognized in the inter-American human rights instruments. Nevertheless, since their inception both the IACHR and the Inter-American Court have established the substance of the right to the truth and the obligations it creates for States, based on a comprehensive analysis of a group of rights recognized in the American Declaration on the Rights and Duties of Man and the American Convention on Human Rights.

Este debate se remete, com particular ênfase, em relações às ditaduras militares, conflitos armados e derivações de estados de exceção que, na América, terminaram por construir o que a Comissão chama de “*widespread phenomenon of forced disappearance*”.

O direito à verdade estabelece uma série de obrigações para os Estados em casos de desaparecimentos forçados, entre os quais é central o dever de tomar as medidas necessárias para investigar e, quando apropriado, punir os responsáveis, bem como indenizar de forma justa e adequada as vítimas²⁷⁶. O direito à verdade também inclui a obrigação, para o Estado, de estabelecer os fatos como aconteceram, localizar as vítimas onde estiverem ou seus restos mortais, e informar os parentes e a sociedade sobre os fatos, como forma de dignificar as vítimas e restituir a verdade, bem como ajudar a reconstruir a integridade cultural de uma dada sociedade.

O direito à verdade integra a gramática da chamada justiça transicional ou justiça de transição e, como era de se esperar, suscita uma série de questões concernentes ao tempo de punição e as possibilidades de reparação, particularmente nos casos em que

²⁷⁶ Inter-American Commission on Human Rights. *The right to truth in the Americas*. 2013.

existem leis de anistia cuja validade está sendo disputada politicamente.

A noção de dignidade humana é, mais uma vez aqui, o bem jurídico protegido pelo direito à verdade e, em termos kantianos, protege direitos inalienáveis que não podem ser negociados politicamente. Da forma como a Corte propõe a abordagem, não há outra saída política para os Estados democráticos que no passado viveram estados de exceção e violação brutal e sistemática de direitos humanos que através da realização do direito à verdade, como única forma de restituir a dignidade das vítimas, sendo primeiramente invocado como direito dos familiares das vítimas de desaparecimentos forçados de saber o destino de seus entes queridos como primeiro passo do processo de luto necessário para diminuir o sofrimento e a angústia advinda da incerteza do destino dos entes queridos²⁷⁷. Em várias ocasiões, a Corte reiterou que negar o acesso a estas informações é uma forma de tratamento desumano²⁷⁸ em relação aos membros da família que estão vivos e permanecem, durante longos anos, em busca de informações e, não raras vezes, com esperança de encontrá-los vivos. É neste ponto que a Corte correlaciona a proibição de tratamento ou pena cruel, desumano e degradante ao direito à verdade²⁷⁹.

Em *Massacre do Rio Negro v. Guatemala*, a Corte entendeu que:

The discovery and identification of the victims reveals an historical truth that contributes to closing the mourning process of the Maya Achí community of Río Negro;

²⁷⁷ Cf. *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4, para. 181; *Case of Anzualdo Castro v. Peru*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 22, 2009. Series C No. 202, para. 118; *Case of Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2010. Series C No. 219, para. 201; *Case of Gelman v. Uruguay*. Merits and Reparations. Judgment of February 24, 2011. Series C No. 221, para. 243.

²⁷⁸ Cf. *Case of Trujillo Oroza v. Bolivia*. Merits. Judgment of January 26, 2000. Series C No. 64, para. 114; *Case of González Medina and family v. Dominican Republic*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 27, 2012. Series C No. 240, para. 270; *Case of Contreras et al. v. El Salvador*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2011. Series C No. 232, para. 123.

²⁷⁹ Cf. *Case of Anzualdo Castro v. Peru*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 22, 2009. Series C No. 202, para. 113; *Case of Gudiel Álvarez (“Diario Militar”) v. Guatemala*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 20, 2012. Series C No. 253, para. 301.

contributes to the reconstruction of their cultural integrity; enhances the dignity of those who disappeared or who were presumably executed and that of their family members, who have struggled for decades to find their loved ones, and establishes a precedent to ensure that grave, massive and systematic violations such as those that occurred in this case never happen again.

Neste caso, a Corte reconheceu que, durante o período da guerra civil guatemalense, a prática de estupros em série e públicos contra as mulheres da comunidade indígena maia constituiu uma “practice was intended to destroy a woman’s dignity at the cultural, social, family and individual level”²⁸⁰ e que as crianças submetidas à execução arbitrária, tortura e ameaças e sequestros também foram vítimas da atrocidade estatal²⁸¹.

3.2.1.iii. Proibição de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

A partir da noção de dignidade humana, a Corte desenvolveu, em especial a partir de 2004, um *caselaw* importante no que tange à imposição de *standards* prisionais e limitação do poder punitivo do Estado de forma geral, muito próximo e em fino diálogo com o discurso e o desenvolvimento da jurisprudência da ECtHR sobre o alcance do art. 3º da ECHR. Neste sentido, a IACtHR se pronunciou sobre prisões ilegais, transporte de pessoas detidas em malas de carro²⁸², isolamento, regime de incomunicabilidade do preso, e condições prisionais em geral.

No âmbito do sistema interamericano, como já destacado, esta questão é envolta pela singularidade de que é o próprio artigo da Convenção que remete à dignidade humana

²⁸⁰ *Massacre del Rio Negro v. Guatemala*, op. cit., pará. 59.

²⁸¹ *Massacre del Rio Negro v. Guatemala*, pará. 59.

²⁸² Cf. *Caso Castillo Páez*, supra nota 26, párr. 66; y cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, supra nota 68, párr. 164, “constituye una infracción al artículo 5 de la Convención que tutela la integridad personal, ya que, aún cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

como bem jurídico a ser tutelado quando impõe que “all persons deprived of their liberty shall be treated with regard for the inherent dignity of the human person” (art. 5º,2)²⁸³.

Se o texto remete à filosofia kantiana e ao paradigma do jusnaturalismo racional²⁸⁴, onde a dignidade é um valor inerente, intrínseco ao ser humano e razão de ser da legislação e do Estado, a jurisprudência da Corte seguiu o mesmo caminho²⁸⁵ e tutelou o direito ao tratamento digno dentro de um discurso humanista e civilizatório, condenando os Estados por condições prisionais desumanas e regimes cruéis de confinamento. O *caselaw* da Corte identificou a superlotação, isolamento em celas pequenas, com falta de ventilação e luz natural, sem cama ou condições sanitárias adequadas, regimes de restrição de visitas ou negação total de contato com as pessoas, como violação ao direito à tratamento humano²⁸⁶. A Corte, a exemplo da ECtHR, também opera classificação da gravidade da violação, para fins de enquadramento no conceito de tortura²⁸⁷, restringindo o uso da noção aos casos mais graves.

No caso *Maritza Urrutia*, em que a Corte condenou a Guatemala por violação de muitos direitos protegidos pela Convenção, entre eles pelo crime de tortura, a Corte não declarou o regime de incomunicabilidade do preso um tratamento cruel em si, mas impôs restrição ao seu uso tendo em vista que “isolation from the exterior world

²⁸³ Esta é a mesma compreensão que a ECtHR tem acerca do sentido e do alcance do art. 3º da Convenção Europeia, mas naquele contexto esta asserção é resultado da atividade jurisprudencial da Corte. No âmbito do sistema interamericano, é o ponto de partida da discussão sobre condições prisionais. Na seara de condições prisionais, a Corte se refere constantemente ao *Standard Minimum Rules for the Treatment of prisoners* das Nações Unidas.

²⁸⁴ Em *A Filosofia Social*, J. Feinberg atenta para o perigo de que a noção de dignidade humana seja instrumentalizada como ideologia, toda vez que a explicamos através de uma tautologia como ‘valor inerente’ ou ‘valor intrínseco’.

²⁸⁵ Cf. Case of Tibi, Judgment of September 7, 2004. Series C No. 114, para. 150; Case of the “Juvenile Reeducation Institute”, Judgment of September 2, 2004. Series C No. 112, para. 151; and Case of Bulacio. Judgment of September 18, 2003. Series C No. 100, para. 126; Lori Berenson, Judgment of November 25, 2004.

²⁸⁶ Cf. Case of Tibi, para. 150; Case of the “Juvenile Reeducation Institute”, para. 152; and Case of Cantoral Benavides, 25, para. 89.

²⁸⁷ *Tibi*, para. 150 “prolonged isolation and compulsory incommunicado are, in themselves, cruel and inhuman treatment, which harm the physical and moral integrity of the individual and the right to respect for the inherent dignity of the human person.”

produces moral suffering and mental stress on any individual, which place him in an exacerbated situation of vulnerability, creating a real risk of aggression and abuse of authority in prisons.”²⁸⁸

Em *Hermanos Gomez Paquiyauri v. Peru*, a Corte foi confrontada com um caso emblemático do tipo de violação cometida no Perú durante o período em que se implementou uma política repressiva e anti-subversiva que desconhecia os direitos fundamentais e o respeito à dignidade humana, segundo definição do juiz Francisco Eguiguren Praeli, em sua *separate opinion*²⁸⁹. Dois irmãos, com 17 e 14 anos respectivamente, foram ilegalmente presos, torturados e mortos pela polícia peruana²⁹⁰. Neste caso, a Corte reiterou que pessoas ilegalmente detidas se encontram em situação agravada de vulnerabilidade, da qual surge o risco certo de que se violem outros direitos, como o direito à integridade física e a ser tratada com dignidade²⁹¹.

108. [...] Igualmente, esta Corte ha señalado que basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral⁹², y que cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su incomunicación fue inhumano y degradante. En este caso, los hermanos Gómez Paquiyauri no solo fueron ilegal y arbitrariamente detenidos, sino que se les

²⁸⁸ *Maritza Urrutia v. Guatemala*, pará. 87. Cf. também *Case of Bámaca Velásquez*, 210, para. 150; and *Case of Cantoral Benavides*, 25, para. 83.

²⁸⁹ *Hermanos Gomez Paquiyauri v. Peru*, 8 de Julho de 2004, *separate opinion* juiz Francisco Eguiguren Praeli, pará. 7.

²⁹⁰ *Hermanos Gomez Paquiyauri v. Peru*, pará 110 “En el presente caso, las presuntas víctimas, durante su detención y antes de su muerte, recibieron maltratos físicos y psíquicos consistentes en: ser arrojadas al suelo, golpeadas a puntapiés, un policía se paró sobre sus espaldas y otros policías les cubrieron la cabeza (supra párr. 67.f). Además fueron golpeadas a culatazos de escopeta y posteriormente asesinadas mediante disparos con armas de fuego en la cabeza, tórax y otras partes del cuerpo, presentando así evidencias de más lesiones y heridas de bala de las que hubieran sido suficientes para causarles la muerte, si esa hubiera sido la única intención de los agentes de la Policía Nacional del Perú.”/

²⁹¹ Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, supra nota 5, párr. 87; *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 15, párr. 96; *Caso Bámaca Velásquez*, supra nota 68, párr. 150; y *Caso Cantoral Benavides*, supra nota 26, párr. 90.

impidió que operaran en su beneficio todas las salvaguardas establecidas en el artículo 7 de la Convención Americana.

Como no caso em questão as vítimas eram crianças – na verdade uma criança e um adolescente, a Corte reiterou sua posição sobre o assunto e teceu comentários sobre a especificidade da condição das vítimas e as obrigações do Estado para com todas as crianças, lembrando que quando se trata da proteção dos direitos da criança, vige o princípio do melhor interesse da criança que se funda “on the very dignity of the human being, on the characteristics of children themselves, and on the need to foster their development, making full use of their potential”²⁹², em citação direta a sua Opinião Consultiva 17/02 sobre condição jurídica e direitos humanos da criança e à Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas.

Por fim, em *Castro Castro Prison v. Peru*, a Corte condenou o Peru por tortura e maus tratos contra as mulheres que cumpriam pena no presídio Castro e que, durante a transferência, foram submetidas à asfixia, isolamento, nudez forçada e, no caso de uma detenta, estupro²⁹³. Neste caso, a Corte considerou que, além do tratamento ter violado a dignidade pessoal, também constituiu violência sexual contra as requerentes²⁹⁴. A Corte

²⁹² Cf. Opinião Consultiva 17/02 sobre condição jurídica e direitos humanos da criança.

²⁹³ *Castro Castro Prison*, pará. 309-10 “309. On the other hand, in the present case it has been proven that one female inmate who was transferred to the Police Sanity Hospital was object of a finger vaginal “inspection”, carried out by several hooded people at the same time, in a very abrupt manner, with the excuse of examining her (supra para. 197(50)).

310. Following the jurisprudential and legal criterion that prevails both in the realm of International Criminal Law as in comparative Criminal Law, the Tribunal considers that sexual rape does not necessarily imply a non-consensual sexual vaginal relationship, as traditionally considered. Sexual rape must also be understood as act of vaginal or anal penetration, without the victim’s consent, through the use of other parts of the aggressor’s body or objects, as well as oral penetration with the virile member.

311. The Court acknowledges that the sexual rape of a detainee by a State agent is an especially gross and reprehensible act, taking into account the victim’s vulnerability and the abuse of power displayed by the agent.

²⁹⁴ *Castro Castro Prison*, pará. 306-7. “The Tribunal considers that these women, besides receiving a treatment that violated their personal dignity, were also victims of sexual violence, since they were naked and covered only with a sheet, while armed men, who apparently were members of the State police force, surrounded

entendeu que “said acts of sexual violence directly endangered the dignity of those women”.

Este entendimento da Corte abre espaço para uma interpretação diferente acerca do uso da noção de dignidade humana, especialmente no ponto em que a Corte diferencia dignidade pessoal e dignidade das mulheres. Abre-se aqui a possibilidade de leitura nos termos propostos por Waldron, segundo a qual a dignidade humana no direito se remete mais à noção de *honor*, em contraponto à metafísica kantiana que remete à dignidade à noção de *worth*²⁹⁵. A Corte aqui parece distinguir dois *status*, duas condições que são merecedoras de tratamento digno: a primeira diz respeito à dignidade devida a todos os seres humanos; e a segunda diz respeito à dignidade de um grupo específico, das mulheres.

Neste caso, a Corte parece ter escolhido realizar o julgamento através de duas operações consecutivas. No primeiro momento, analisou se os tratamentos impostos às detentas constituíram tratamento cruel em relação à dignidade geral a que todo ser humano é hoje merecedor, nos termos waldronianos²⁹⁶. Depois, a Corte verificou se este tratamento cruel tem motivação de gênero e se, nos termos em que foi praticado, foi especialmente grave e cruel porque foi cometido contra mulheres, tendo em vista que estes sujeitos de direito têm uma condição específica no ordenamento jurídico, exigindo portanto análise específica quanto à violação da dignidade das mulheres em geral.

Em seu *separate opinion*, o juiz Cançado Trindade saudou o percurso argumentativo da decisão, enfatizando a necessidade de um recorte de gênero.

them. What classifies this treatment as sexual violence is that men constantly observed the women. The Court, following the line of international jurisprudence and taking into account that stated in the Convention to Prevent, Punish, and Eradicate Violence against Women, considers that sexual violence consists of actions with a sexual nature committed with a person without their consent, which besides including the physical invasion of the human body, may include acts that do not imply penetration or even any physical contact whatsoever.

307. The Court points out the context in which said acts were carried out, since the women who suffered them were subject to the complete control and power of State agents, absolutely defenseless, and they had been injured precisely by State police officers.

²⁹⁵ Cf. J. Waldron. *Dignity, rank and rights*. Oxford University Press, Oxford, 2012.

²⁹⁶ Waldron, *op. cit.*

*In the present case of the Castro Castro Prison, where, for the first time in the history of this Court, the gender analysis is set forth – to my satisfaction as a Judge – by the representatives of the victims themselves and their next of kin (and not by the Commission) as the true plaintiff before the Court and as subjects of International Law, the human rights of women have been violated with special cruelty, constituting the aggravated international responsibility of the Respondent government.*²⁹⁷

Neste voto, ciente de que se tratava de um de seus últimos casos como juiz da IACtHr – e talvez exatamente por isto -, o Juiz Cançado Trindade se alonga em *seu separate opinion* e, a partir do pensamento de Simone Weil, reflete sobre a natureza da ‘raça humana’, da atividade judicante, bem como sobre o sentido da atividade desenvolvida por ele ao longo dos anos como juiz da Corte. É simbólico que o faça a partir de trechos especialmente emblemáticos da tradição cristã, buscando dar sentido aos acontecimentos e à vida humana propriamente – a dele e a das vítimas – dizendo que “everything has its time, a time to arrive and a time to leave. Regarding the surviving victims of the case of the Castro Castro Prison, they had their time of prolonged suffering, their time to suffer due to lack of punishment, but now they have their time for justice”. Este voto, particularmente simbólico acerca das crenças e convicções do juiz, constitui uma chave de interpretação sobre as possíveis razões de recurso constante ao jusnaturalismo, seja nos termos de Bartolomeu de Las Casas e F. de Vitoria sobre a questão do direitos dos índios²⁹⁸, seja ao racionalismo kantiano, quando evoca o “universal legal conscience awakens”.

3.2.1.iv. Direitos da criança

A sistemática da Convenção, bem como a práxis de seus órgãos de monitoramento,

²⁹⁷ Castro Castro Prison, separate opinion, juiz Cançado Trindade.

²⁹⁸ Cf. separate opinion juiz A. Cançado Trindade no caso Sawhoyamaya v. Paraguai, pará. 60-5. Depois de analisar o jusnaturalismo de ambos os autores e seus argumentos acerca do direito dos índios, o juiz Cançado Trindade aponta que “The penetrating discourses of F. Vitoria and B. de las Casas in the 16th century continue to echo in the human conscience and are, sadly, topical issues today” (Pará. 65).

dedica especial atenção à proteção da criança, consagrando o art. 19 à proteção de seus direitos. Assim, à criança, além dos direitos gerais a que são portadoras enquanto sujeitos de direito, a Convenção impõe o direito a medidas especiais de proteção, por sua condição de menor, por parte da família, da sociedade e do Estado²⁹⁹.

O *caselaw* da Corte fundamentou o sentido desta proteção especial aos direitos da criança na noção de dignidade humana, como bem jurídico a ser tutelado e a partir do qual derivam os direitos da criança. Em sua jurisprudência, a Corte reiteradas vezes consolidou o entendimento de que, em relação a esta temática, vige o princípio do melhor interesse da criança que, por sua vez, “is based on the dignity of the human being, on the inherent characteristics of children, and on the need to promote their development so that they can realize their full potential”³⁰⁰. É neste espírito que justificam-se as medidas especiais e atenção especial³⁰¹ em relação às crianças, nos termos do art. 19 da Convenção e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, respectivamente.

A infância é, portanto, afirmada como um momento especial de construção da identidade individual e social do ser humano e, em função da condição de desenvolvimento da criança, exige uma proteção especial de toda a sociedade, especialmente em relação à violência e à vida familiar a fim de que a dignidade humana da criança possa ser reconhecida e respeitada plenamente, sem que existam variáveis ou restrições que possam ser legitimamente colocadas para restringir estes direitos, exatamente porque a abordagem remete a um quadro de referência de universalidade e indisponibilidade dos direitos muito caras à tradição kantiana.

Em relação à violência, a Corte demonstra maior sensibilidade em relação a qualquer violação de direito ou privação de liberdade, quando o sujeito é uma criança, estabelecendo que os Estados devem ter maior cautela quando aplicam qualquer medida disciplinar em relação à criança, bem como demonstra menos tolerância com qualquer abuso de autoridade em relação a estas.

²⁹⁹ Art. 19 da Convenção: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

³⁰⁰ Cf. Forneron, pará. 49; Advisory Opinion OC-17/02, 51, paras. 56 and 60, and Case of Atala Riffo and daughters v. Chile, 50, para. 108.

³⁰¹ Cf. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Sobre o direito da criança à vida familiar, a Corte indicou que as crianças devem ficar sob a guarda dos pais e têm o direito a gozar da unidade familiar, exceto em casos excepcionais em que haja uma justificativa razoável que autorize uma medida restritiva que deve ser aplicada preferencialmente por tempo determinado. A jurisprudência da Corte também firmou parâmetros para o julgamento de casos concernentes à custódia e guarda de menores, buscando evitar que o princípio do melhor interesse da criança seja instrumentalizado para discriminar ou intervir na vida privada dos pais ou responsáveis legais da criança.

*The determination of the best interests of the child must be made based on an evaluation of the specific conduct of the parents and its negative impact on the well-being and development of the child, if applicable, or on the real and proved, not speculative or imaginary, harm or risk to the well-being of the child. Thus, speculations, presumptions, stereotypes, generalized considerations on the personal characteristics of the parents, or cultural preferences regarding traditional concepts of the family are inadmissible.*³⁰²

Em *Forneron and Daughters v. Argentina*, a Corte defendeu a criminalização como um meio apropriado de enfrentar o problema da venda de crianças em troca de dinheiro ou qualquer outra compensação porque tipo de prática “clearly affects fundamental rights such as the child’s liberty, personal integrity and dignity, and results in one of the most serious injuries to a child, whose condition of vulnerability is being taken advantage of by adults”³⁰³. Aqui novamente a Corte remete a dignidade à noção de “worth” e não de *status*. Quando se proíbe a prática de tráfico de pessoas e especificamente de crianças o que se busca é reafirmar o valor inestimável da vida humana que não pode ser reduzida à coisa e, portanto, quantificada em valores monetários. Quando a Corte afirma que o direito penal é uma boa arma para se lutar contra a prática detestável da venda de crianças o que a Corte reafirma é o valor absoluto do ser humano e a impossibilidade de se dispor deste bem jurídico.

³⁰² cf. Case of Atala Riffó and daughters v. Chile, 50, para. 109.

³⁰³ Forneron and Daughters v. Argentina, para. 140.

3.2.2. Discursos dissonantes

3.2.2.i. Direito à vida

Here the question of the ownership of ancestral land becomes one of the very essence, including the preservation of the right to life in a broad sense, which encompasses the conditions of a life with dignity and the necessary preservation of cultural identity.

A. C. Trindade. Separate Opinion. Caso Sawhoyamaya v. Paraguai.

Em 1999, com o julgamento do caso *Street Children*³⁰⁴, a IACtHR firmou o entendimento de que o alcance da proteção ao direito à vida, nos termos do art. 4º, inclui obrigações positivas para o Estado, no sentido de garantir o acesso a condições de vida digna³⁰⁵.

*The right to life is a fundamental human right, and the exercise of this right is essential for the exercise of all other human rights. If it is not respected, all rights lack meaning. Owing to the fundamental nature of the right to life, restrictive approaches to it are inadmissible. In essence, the fundamental right to life includes, not only the right of every human being not to be deprived of his life arbitrarily, but also the right that he will not be prevented from having access to the conditions that guarantee a dignified existence. States have the obligation to guarantee the creation of the conditions required in order that violations of this basic right do not occur, and in particular, the duty to prevent its agents from violating it.*³⁰⁶

A partir desta linha argumentativa, a Corte construiu um paradigma inovador de proteção ao direito à terra dos *desplazados*³⁰⁷ em geral, e em especial o direito à terra ancestral por parte de membros de comunidades indígenas³⁰⁸, dentro do debate sobre a

³⁰⁴ Cf. *Street Children*.

³⁰⁵ Cf. *Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay; Moiwana Community v. Surinam* (Judgment on the merits of June 15, 2005).

³⁰⁶ *Street children*, parágrafo 60.

³⁰⁷ Cf. *Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay; Mayagna Awas Tingni Community v. Nicaragua* (2001).

³⁰⁸ Cf. *Separate opinion* do juiz A. C. Trindade e ver C. Phuong, *The International*

questão do retorno. Partindo de uma perspectiva consonante, a Corte reflete a finalidade do Estado ético para depois subverter o sentido do registro kantiano e permitir, dentro do espaço discursivo do direito à vida, desenvolver uma jurisprudência de proteção de direitos sociais, trabalhando a noção de autonomia individual mais no sentido de possibilitar a cada pessoa o desenvolvimento de sua individualidade, a partir da garantia dos recursos necessários ao exercício desta, do que no registro de autonomia individual impessoal. Esta subversão resta evidente na abordagem do então presidente da IACtHR, juiz Sérgio Garcia-Ramírez, em *separate opinion*, no caso *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, em que a Corte por unanimidade condenou o Paraguai por violação dos art. 4º,1, em conjunto com o art. 1º,1, direito de propriedade (art. 21) em conjunto com o art. 1º,1, art. 8º e 25 da Convenção, e estabeleceu o prazo de três anos para que as terras fossem oficial e fisicamente entregues à Comunidade indígena Sawhoyamaxa, entre outras compensações, como forma de permitir aos índios o exercício coletivo de sua cultura e de seus valores.

*Such is the origin of the protective function of the State: it is vested with powers so that it fulfill its duties —otherwise, such power would lack an ethical basis and legal grounds—, which are aimed at furthering, in the best practicable conditions, the development of the human being, respecting its dignity and its own decisions. Needless to say, the State does not relieve individuals from running their lives, but rather it provides them —or should provide them— with favorable conditions for their self-development, which involves supplying a large number of pertinent means. This is where a number of rights including the right to work, education, health, and housing come into play, together with their corresponding duties.*³⁰⁹

O Juiz Sérgio Garcia-Ramírez coloca o dogma do humanismo no centro das suas razões de julgar e, apesar de não citar o pensamento kantiano como modelo de referência, aponta historicamente as bases do jusnaturalismo racional e os pontos basilares do

Protection of Internally Displaced Persons, Cambridge, University Press, 2004.

³⁰⁹ Cf. *Separate opinion* do juiz Sérgio Garcia-Ramírez, no caso *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, pará. 20.

projeto político moderno kantiano.

19. This rule, which is a dogma of humanism, one of very few unimpeachable dogmas that enables, and even calls for, a democratic society, charges the State with an ethically-driven, teleological task, and crystallizes the conviction that political society has been established, as propounded in the late 18th century, for the protection of natural rights and the well-being of people. This is what justifies the State. This idea, which influenced the anthropocentric constitutionalism of the 18th, 19th and 20th centuries, lies at the heart of International Human Rights Law and governs the language and the spirit of the American Convention.

No mesmo caso, o juiz Cançado Trindade também retorna ao debate sobre a finalidade do Estado para sedimentar, em seu *separate opinion*, o direito dos membros da comunidade indígena à terra dentro do escopo do art. 4º dentro de uma perspectiva kantiana:

En la melancólica "pósmodernidad" de la actualidad, parece haberse olvidado de los fines del Estado, consubstanciados, en última instancia, en la realización del bien común. El bien común es el bien de todos (inclusive de los hoy día marginados), y no solo de algunos. Con ésto, volvemos a los orígenes históricos tanto del Estado nacional, que existe para el ser humano, - y no viceversa, - como del propio Derecho Internacional, el cual no era en sus orígenes un derecho estrictamente interestatal, sino más bien el derecho de gentes. La realización del bien común presupone la garantía, por todos los Estados, de condiciones de vida digna de todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones.

Em outros julgados sobre o direito dos índios à terra, o juiz Cançado Trindade não se furtou de evocar Batolomeu de las Casas e o jusnaturalismo do séc. XVII, explicitamente inserido na tradição cristã. Em *Massacre de Plán de Sanchez*, em voto separado ele, argumentou que o princípio da fundamentalidade do princípio da dignidade humana e inalienabilidade dos direitos que lhe são inerentes é o fim do

ordenamento jurídico interno e internacional e base humanista do direito internacional dos direitos humanos.

3.2.2.ii. Direito à vida privada

Sob o art. 11º, a Corte consolidou uma importante jurisprudência de tutela da individualidade e da privacidade, entendida como verdadeiro limite à interferência estatal e afirmação da singularidade do indivíduo e do direito de auto-determinação. O caselaw sobre o assunto, como acontece no âmbito europeu, abriga diferentes aspirações de proteção de direitos de diferença que, historicamente, lutam por reconhecimento.

Todos os casos julgados pela IACtHR sobre o direito à vida privada apontam um constante diálogo com jurisprudência atual sobre dignidade humana como autonomia da vontade. É relevante pontuar a sincronicidade do discurso da IACtHR com o caselaw da ECtHR sobre o alcance da proteção inscrita no art. 8º, mas também, como veremos, é constante a citação, por parte da IACtHR, de outras jurisprudências concernentes à disputa de sentido quanto à noção de dignidade humana, em especial das cortes constitucionais que enfrentam questões semelhantes ou produziram, em temáticas distintas, esquemas interpretativos da noção de dignidade humana úteis à argumentação da corte. Neste sentido, a Corte reiteradas vezes declarou que “*the scope of protection of the right to a private life has been interpreted in broad terms by the international human rights courts, when stating that it goes far beyond the right to privacy*”³¹⁰, abarcando identidade pessoal e social, desenvolvimento da individualidade e da autonomia individual.

O caso *Atala Riffo v. Chile* é, neste sentido, paradigmático, porque correlaciona o direito à vida privada e a proibição da discriminação, condenando os termos da decisão judicial chilena que retirou a guarda das três crianças da senhora Atala Riffo porque esta, ao assumir relacionamento lésbico, teria pensando em seus próprios interesses e não no bem-estar das crianças. No processo cível, os representantes legais de Atala Riffo condenaram a decisão judicial por julgar que o juiz deu “*form and content, with the*

³¹⁰ Cf. *Atala Riffo, Artavia v. Costa Rica*.

force of a judicial decision, to a specific model of society, a view that is no doubt at the bottom of the issue presented and is discriminatory because it is based on stereotypes and patriarchal assumptions that do not accept and value diversity and pluralism within society”³¹¹. O caso foi bastante acompanhado pela mídia chilena e foi levado até a Corte Suprema do Chile que manteve a custódia das crianças com o pai, mesmo contra o teor dos depoimentos das crianças que preferiam permanecer com a mãe - a quem a justiça havia previamente concedido a guarda das três crianças em acordo com consensual com o pai, antes de assumir o novo relacionamento – sob os seguintes argumentos, sintetizados pela IACtHR:

*56. In this context, the Court concluded that: i) “no regard was given to the testimony in either the permanent custody proceeding or the provisional custody file with respect to the deterioration of the social, family and educational environment of the girls since the mother began to cohabit with her homosexual partner, or to the possibility that the girls could be the target of social discrimination arising from this fact”; ii) “the testimony of persons close to the girls, such as the house maids, refers to games and attitudes of the girls that reflect confusion about the sexuality of the mother, which they could have perceived in the new cohabitation scheme at their home”; iii) Ms. Atala “put her own interests before those of her daughters when she chose to begin to live with a same sex partner, at the same home where she raised and cared for her daughters, separately from the girls' father” and iv) “the potential confusion over sexual roles that could be caused in them by the absence from the home of a male father and his replacement by another person of the female gender poses a risk to the integral development of the children from which they must be protected.”*³¹²

A leitura da argumentação jurídica desenvolvida pela Suprema Corte Chilena traz para o centro do debate sobre a guarda das crianças as escolhas sexuais íntimas de Atala Riffo. E não só, estas escolhas foram julgadas como prejudiciais ao desenvolvimento das crianças, razão pela qual um ponto importante da decisão da IACtHR disse respeito

³¹¹ *Atala Riffo*, par. 42.

³¹² *Atala Riffo*, par. 56.

ao direito à vida privada para fins de escolhas sexuais. Neste ponto, novamente a IACtHR recorre à jurisprudência estrangeira – neste caso, remeteu-se à Suprema Corte de Justiça do México – especificamente sobre os direitos relacionados à tutela da dignidade humana como parte de seu argumento sobre a impossibilidade intervenção na vida privada para fins de discriminação.

*From human dignity [...] arises, among others, the free development of the personality, that is, every individual's right to choose, freely and in an autonomous manner, how to live their life, which includes, among other expressions, [...] their free sexual choice. [...] [a] person's sexual orientation, as part of their personal identity, [is] a relevant element in any life project they may have and that, as any other person, includes the desire to share their life with another person of the same or different sex.*³¹³

Neste caso, a Corte entendeu que o bem jurídico protegido pelo art. 11º é a dignidade humana que consiste na necessidade de proteção da “*self-determination and to freely choose the options and circumstances that give meaning to his or her existence, in accordance with his or her own choices and convictions*”³¹⁴, garantindo que “*the emotional life with the spouse or permanent partner, which obviously includes sexual relationships, is one of the main aspects of that realm or circle of intimacy*”³¹⁵.

Com este argumento, a Corte utilizou a noção de dignidade humana como respeito à individualidade, como afirmação das vontades e escolhas individuais que dão singularidade ao indivíduo, sem filtro moral último ou qualquer aspiração de universalidade que não seja aquela em que a dignidade humana funcione como um princípio prudencial dos sistemas democráticos nela fundados, funcionando como *ethos* da moralidade democrática³¹⁶.

Do *caselaw* sobre direito à vida privada, talvez o mais relevante caso seja o *Artavia Murilo y Otros (Fertilizacion in vitro) v. Costa Rica*, em que a IACtHR foi chamada a se

³¹³ Supreme Court of Justice of Mexico, Action of Unconstitutionality A.I. 2/2010, August 16, 2010, paras. 263 and 264. In Atala Riffo, parágrafo. 137.

³¹⁴ Atala Riffo, parágrafo. 136.

³¹⁵ Atala Riffo, parágrafo. 137 “For its part, the Supreme Court of Justice of Mexico has stated that:

³¹⁶ Cf. E. RABENHOSRT, op. cit., p. 48-9.

pronunciar sobre se a proibição de reprodução humana assistida através da fertilização *in vitro* constituía violação do direito à integridade física, psíquica e moral (art. 5,1), à vida privada e familiar (art. 11, 2) e de constituir família (art. 17,2). Os impetrantes alegaram que a proibição, realizada em sede de controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional da Costa Rica que havia declarado inconstitucional decreto que regulamentava a prática no país³¹⁷, junto com a pressão social que acompanhou na mídia a divulgação da notícia, impediu os casais de terem filhos biológicos, bem como causou grave instabilidade no matrimônio e na vida privada daqueles que queriam ter filhos e precisavam da técnica de fertilização *in vitro* para tanto.

Esta constitui, sem dúvida, uma das mais interessantes decisões da Corte, e por várias razões. Primeiro, o julgamento constitui um *case* interessante de diálogo judicial, na medida em que a Corte revisa sua própria jurisprudência³¹⁸, aprofunda o diálogo com a jurisprudência da ECtHR sobre o conceito de vida privada, e se posiciona sobre a difícil questão referente sobre quando surge a vida e o tratamento jurídico e grau de proteção jurídica que deve ser dado aos embriões.

Em relação à vida privada, a Corte entende que o conceito “has been interpreted in broad terms by the international human rights courts, when indicating that this goes

³¹⁷ A decisão da Corte Constitucional da Costa Rica se baseava no argumento de que a fertilização *in vitro*, tal qual realizada atualmente, violava o direito à vida, por exigir a destruição de embriões. Em seu julgamento, a IACtHR cita trecho da decisão da Corte Constitucional em que esta entende que os embriões “cannot be treated as an object for investigation purposes, be submitted to selection processes, kept frozen and, the most essential point for the Chamber, it is not constitutionally legitimate to expose it to a disproportionate risk of death”. (pará 76)

³¹⁸ Em *Atala Riffo and daughters v. Chile. Merits, reparations and costs*. Judgment of February 24, 2012. Series C No. 239, pará. 135, a Corte dialoga com o caselaw da ECtHR sobre o conceito de vida privada, citando expressamente trechos dos julgamentos e incluindo-os em sua argumentação. Pará. 135: “The scope of protection of the right to a private life has been interpreted in broad terms by the international human rights courts, when stating that it goes far beyond the right to privacy. According to the European Court of Human Rights, the right to a private life encompasses physical and social identity, an individual’s personal development and personal autonomy as well as their right to establish and develop relationships with other people and their social environment, including the right to establish and maintain relationships with people of the same sex. Moreover, the right to maintain personal relationships with other individuals, in the context of the right to a private life, extends to the public and professional spheres”. Dentro deste parágrafo, ver notas 158 e 159 que remetem à jurisprudência da ECtHR.

beyond the right to privacy” – incluindo todo o debate europeu em sua gramática e - o que é mais interessante – inserindo-o como parte de seu próprio repertório jurisprudencial, para construir os argumentos que alicerçam a posição majoritária da Corte neste julgado, qual seja o de proteger o direito à autonomia reprodutiva e acesso aos serviços de saúde reprodutiva disponíveis e, conseqüentemente, condenar a Costa Rica por violação do art. 5º,1, art. 7º, art. 11º, 2 e art. 17º,2, analisado em conjunto com o art. 1º,1.

No âmbito europeu, a noção de dignidade humana é central no tratamento jurisprudencial que a ECtHR tem dado à noção de ‘vida privada’, para fins de alcance da proteção inscrita no art. 8º, tendo sido este o espaço discursivo a partir do qual aspirações de reconhecimento da diferença tem encontrado abrigo para suas aspirações, como analisamos no capítulo anterior³¹⁹. Isto é possível porque, neste ponto, grande parte da jurisprudência da ECtHR sobre proteção da vida privada se afasta do modelo kantiano e avança o debate sobre o sentido de proteger a individualidade e a singularidade dos indivíduos, em questões referentes a identidades individuais e de grupos que muitas vezes estão em conflito com as percepções majoritárias na sociedade e espelhadas nas legislações e práticas sociais nacionais sobre o que é bom e desejável. No parágrafo 143, com suas muitas notas de rodapé, a Corte revisita e atualiza seu *caselaw* sobre o assunto, sintetizando os avanços de sua própria jurisprudência e do *caselaw* da ECtHR, afirmando que a proteção da vida privada abrange uma série de fatores associados à dignidade individual, que compreende a identidade individual e social e a autonomia individual.

143. [...] The protection of private life encompasses a series of factors associated with the dignity of the individual, including, for example, the ability to develop his or her own personality and aspirations, to determine his or her own identity and to define his or her own personal relationships. The concept of private life encompasses aspects of physical and social identity, including the right to personal autonomy, personal development and the right to establish and develop relationships with other human beings and with the outside world. The effective exercise of the right to private life is

³¹⁹ Sobre o assunto, ver capítulo 2, mais especificamente no ponto 2.3.2.

decisive for the possibility of exercising personal autonomy on the future course of relevant events for a person's quality of life. Private life includes the way in which individual views himself and how he decides to project this view towards others, and is an essential condition for the free development of the personality. Furthermore, the Court has indicated that motherhood is an essential part of the free development of a woman's personality. Based on the foregoing, the Court considers that the decision of whether or not to become a parent is part of the right to private life and includes, in this case, the decision of whether or not to become a mother or father in the genetic or biological sense.

A Corte também trouxe a jurisprudência da ECtHR sobre as relações entre o direito à vida privada e o direito à integridade pessoal, tendo no âmbito europeu esta noção se alargado para incluir direito a integridade física e mental, podendo surgir obrigações positivas do Estado em relação a tratamentos médicos, especificamente sobre acesso a serviço público de saúde reprodutiva.

147. Third, the Court emphasizes that, in the context of the right to personal integrity, it has analyzed some of the situations that cause particular distress and anxiety to the individual, as well as some serious impacts of the lack of medical care or problems of accessibility to certain health procedures. In the European sphere, case law has defined the relationship between the right to private life and the protection of physical and mental integrity. The European Court of Human Rights has indicated that, although the European Convention on Human Rights does not guarantee the right to a specific level of medical care as such, the right to private life includes a person's physical and mental integrity, and that the State also has the positive obligation to ensure this right to its citizens. Consequently, the rights to private life and to personal integrity are also directly and immediately linked to health care. The lack of legal safeguards that take reproductive health into consideration can result in a serious impairment of the right to reproductive autonomy and freedom. Therefore, there is a connection between personal autonomy, reproductive freedom, and physical and mental integrity
(...)

150. [...] *the scope of the rights to private life, reproductive autonomy and to found a family, derived from Articles 11(2) and 17(2) of the Convention, extends to the right of everyone to benefit from scientific progress and its applications. The right to have access to scientific progress in order to exercise reproductive autonomy and the possibility to found a family gives rise to the right to have access to the best health care services in assisted reproduction techniques, and, consequently, the prohibition of disproportionate and unnecessary restrictions, de iure or de facto, to exercise the reproductive decisions that correspond to each individual.*

Nesta mesma decisão, a noção de dignidade humana, tal qual orientada pela ECtHR em *Vo. v. France*, voltará a ser um conceito importante para resolver outro ponto candente deste caso, que diz respeito ao *status* dos embriões que, não por acaso, havia sido o ponto central da argumentação jurídica construída pela Corte Constitucional para declarar a inconstitucionalidade do decreto que regulamentava a fertilização *in vitro* na Costa Rica. Em resumo, a Corte Constitucional entendeu que “once conceived, a person is a person, and we are dealing with a living being, with the right to be protected by the law [...] since the right [to life] is declared for everyone, with no exception, it must be protected for both the individual who has been born, and also for the unborn child” (pará. 74), concluindo que a fertilização *in vitro* “clearly jeopardizes the life and dignity of the human being”.

O *status* do embrião envolve uma pergunta antiga que anima as paixões humanas mais profundas. Responder quando se inicia a vida exige uma tomada de posição que envolve profundas convicções morais, religiosas e culturais (pará. 177).

Neste ponto, a Corte entendeu ser diferente do *status* do embrião e do *status* de pessoa, para fins de proteção do direito à vida, nos termos do art. 4º da Convenção, entendendo que “it is not admissible to grant the status of person to the embryo” (pará. 223), e que “that “conception” in the sense of Article 4(1) occurs at the moment when the embryo becomes implanted in the uterus, which explains why, before this event, Article 4 of the Convention would not be applicable” (pará. 264).

De fato, a posição majoritária da Corte, pois a decisão foi por maioria de 5 juízes, tendo um voto contrário, interpretou que os termos “concepção” e “pessoa humana” devem

ser “assessed based on the scientific literature” (pará 176)³²⁰.

185. Regarding the dispute as to when human life begins, the Court considers that this is a question that has been assessed in different ways from a biological, medical, ethical, moral, philosophical and religious perspective, and it concurs with domestic and international courts that there is no one agreed definition of the beginning of life. Nevertheless, it is clear to the Court that some opinions view a fertilized egg as a complete human life. Some of these opinions may be associated with concepts that confer certain metaphysical attributes on embryos. Such concepts cannot justify preference being given to a certain type of scientific literature when interpreting the scope of the right to life established in the American Convention, because this would imply imposing specific types of beliefs on others who do not share them.

Citando ampla jurisprudência sobre o assunto de diversas cortes constitucionais no mundo³²¹, a IACtHR dedica os pará. 237, 238 e 239 à análise dos casos *Vo. v. France*³²² e *A, B e C v. Ireland*³²³ e *Evans v. United Kingdom*³²⁴. O diálogo é importante de ser

³²⁰ Novamente, o juiz Eduardo Vio Grossi foi bastante crítico desta tomada de posição da Corte, apontando que “*The Convention gave these terms no “special meaning” whereby the “intention of the parties” to the Convention is expressed.55 Neither did it submit itself to the definition of medical science. The Judgment fails to note that because of this, the interpreter must abide by the “ordinary meaning” attributed to the aforementioned terms. The most natural and obvious meaning of them is that of the dictionary, which, as pointed out, understands conception as the union of the egg and the spermatozoid. It is not appropriate, then, to have recourse to medical science for valuing or understanding the meaning and scope of the terms in reference. It is not what medical science understands for “conception” what matters, but what the Parties to the Convention intended by the term, which is the ordinary meaning of the term “conception” (found in the dictionary). Besides, a significant part —if not the majority—56 of the medical science57 agrees with the ordinary meaning of the term “conception.” The scientific definition of a term is relevant in as much as it has been integrated into law, or when the law submits itself to science, neither of which occur in the case at hand*”.

³²¹ Cf. pará 270-280 da decisão.

³²² *Case of Vo. v. France*, (No. 53924/00), GC, Judgment of 8 July 2004.

³²³ *Case of A, B and C v. Ireland*, (No. 25579/05), Judgment of 16 December 2010.

³²⁴ *Case of Evans v. United Kingdom*, (No. 6339/05), Judgment of 10 April 2007.

analisado sob muitas frentes, porque os casos tratam de situações diferentes entre si³²⁵ e nenhum deles se ocupa do tema colocado sob a jurisdição da IACtHR, qual seja o da adequação da fertilização in vitro com o direito à vida.

Entretanto, os casos da ECtHR citados pela IACtHR têm em comum o fato de que neles a Corte reconhece que não há consenso sobre a natureza e o *status* do embrião, mas que independente disto estes entes têm merecido progressiva proteção jurídica nos Estados sob sua jurisdição. Abraçando a noção francesa de “pessoa em potencial”³²⁶, a IACtHR entende que a potencialidade daquele ser e sua capacidade de se tornar pessoa “require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2”³²⁷.

Em seu *dissenting opinion*, o juiz Eduardo Vio Grossi teceu várias críticas à argumentação jurídica que embasou a decisão, e apontou que esta abordagem constitui um ponto de inflexão na jurisprudência da Corte.

It is evident that the Judgment represents a very significant shift in the Court’s case law. In order to find a basis for this change, the Judgment resorts to the interpretation of the terms “conception” and “in general.” This, because the Court considers that “for the purposes of the interpretation of Article 4(1), the definition of person stems from the mentions made in the treaty with regard to ‘conception’ and to ‘human being’.

³²⁵ Em *Vo. v. France*, trata-se de erro médico e culpa do médico quanto ao aborto indesejado realizado em hospital francês causado por erro na identidade da paciente. O segundo, *A, B e C v. Ireland*, sobre aborto; e o terceiro, *Evans v. United Kingdom*, sobre direito à maternidade x direito a não paternidade.

³²⁶ Sobre o conceito de pessoal em potencial, ver RABENHORST, op. cit., p. 72.

³²⁷ *Case of Vo. v. France*, (No. 53924/00), GC, Judgment of 8 July 2004, pará. 82: “At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or fetus [...], although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/fetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United Kingdom [...] – require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2. [...]”.

*When doing so, the Court resorts to Articles 31 and 32 of the Vienna Convention, which provide for the interpretation according to the ordinary meaning of terms, the systematic and historical interpretation, and the evolutive interpretation.*³²⁸

O juiz Eduardo Vio Grossi apontou que este julgamento constitui uma limitação da interpretação da jurisprudência da própria Corte em relação ao art. 4º que, até então, havia sido interpretado como direito fundamental não submetido a restrições.

This judgment seems to restrict the Court’s—up to now—consistent and uniform case law on the matter. This time around, the Court omits the phrase “[o]wing (to the) fundamental nature (of the right to life), restrictive approaches to it are inadmissible.” Although this has happened in previous decisions, the Judgment’s omission of this phrase becomes particularly relevant, because two preliminary annotations precede the reiteration of all other ideas regarding the right to life. The first annotation points out that “[t]o date, the Court’s case law has not ruled on the disputes that have arisen in this case”, and the second asserts that, “[i]n cases of extrajudicial executions, enforced disappearances and deaths that can be attributed to the failure of the States to adopt measures, the Court has indicated that the right to life is a fundamental human right, the full enjoyment of which is a prerequisite for the enjoyment of all other human rights.”

With these two annotations the Judgment would suggest that the Court’s case law in reference to the right to life is only applicable to “extrajudicial executions, enforced disappearances and deaths that can be attributed to the failure of the States to adopt measures”. Therefore, the right to life would not be applicable to the case under review because it applies to a different set of facts. Hence, the Judgment would be severely limiting the scope of what has already been set by the Court’s case law on this matter.

De fato, as observações por ele tecidas confirmam a premissa do presente capítulo

³²⁸ Cf. Dissenting opinion do juiz Eduardo Vio Grossi in *Artavia Murilo y Otros (Fertilizacion in vitro) v. Costa Rica*.

quanto às possíveis razões para o número pequeno de casos em que se observa uma disputa quanto ao sentido da noção de dignidade humana. Até este julgamento, a Corte não havia sido chamada a se pronunciar sobre questões deste tipo, que exigem uma operação discursiva mais complexa para justificar uma posição em relação a temas delicados como a natureza e o *status* do embrião, direito à autonomia reprodutiva e acesso aos tratamentos de saúde reprodutiva existentes.

3.3. Contexto de inserção do sistema jurídico brasileiro: a Constituição Federal de 1988 e o papel do Supremo Tribunal Federal

O direito brasileiro contemporâneo é um sistema característico da terceira onda de constitucionalismo na América Latina. Resultante do processo de redemocratização gestado durante toda a década de oitenta, depois de mais de vinte anos de regime ditatorial que se instalou em 1964 e se intensificou a partir de 1968, culminando com a publicação de Emenda Constitucional n. 1º/1969 que substancialmente revogou a Constituição já restritiva de direitos de 1967, o Brasil vive pela primeira vez, do ponto de vista de sua história constitucional, um regime democrático estável por mais de vinte anos.

A Constituição Federal de 1988 é assim a oitava carta constitucional da República Federativa do Brasil³²⁹ e base do direito positivo brasileiro contemporâneo que, já no seu art. 1º, ocupa-se de consagrar o Estado Democrático de Direito e fundamentar a ordem jurídica brasileira na soberania (art. 1º, I), cidadania (art. 1º, II), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e pluralismo político (art. 1º, V).

A dignidade é elevada, portanto, à categoria de fundamento do Estado e do Direito e a internacionalização do direito em matéria de direitos humanos operada nos anos

³²⁹ Sobre história constitucional brasileira, cf. J. M. CARVALHO. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi. Companhia das Letras, São Paulo, 1987. Na série histórica, tivemos as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Constituição de 1969, implementada pela Emenda Constitucional n. 1/1969.

sucessivos à promulgação da Constituição serão demonstrativos do compromisso formal que o Estado brasileiro terá em relação a esta temática³³⁰, reforçada em 2004 com a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004 que reafirmou a centralidade da proteção dos direitos humanos, dirimindo quaisquer possibilidades de dúvida quanto ao *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos³³¹ e encerrando o debate sobre a proibição de prisão civil do depositário infiel no Brasil³³².

O Supremo Tribunal Federal tem sua competência descrita no art. 102 da Constituição Federal, absorvendo a competência de corte constitucional em controle concentrado de constitucionalidade, verdadeiro ‘guardião da Constituição’, e última instância recursal em casos concernentes a questões constitucionais³³³. É composto por 11 ministros (art. 101, CF/88) divididos em duas turmas recursais e o pleno do tribunal. Sobre esta divisão estabelecida, a irônica observação do Ministro Marco Aurélio de Mello de que “temos três Supremos, as duas turmas e o plenário”³³⁴ em sede de julgamento de habeas corpus é exemplificativa das tensões vivenciadas recentemente pela Corte, especialmente no que concerne ao sentido da noção de dignidade humana.

Em sua atividade jurisdicional, o STF tem sido cada vez mais chamado a enfrentar

³³⁰ Durante os cinco primeiros anos de democracia política, o Brasil ratificou os principais instrumentos internacionais de direitos humanos até então aprovados. No âmbito das Nações Unidas, o Brasil ratificou em 1992 o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, ambos aprovados em 1966 pelo então Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, o Brasil ratificou em 1992 a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, porém sem se submeter à jurisprudência da IACtHR. A declaração de submissão à jurisdição da Corte nos termos do art. 62 só foi realizada em 1998. Sobre o assunto, cf. F. PIOVESAN. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. Saraiva, São Paulo, 2013.

³³¹ Cf. PIOVESAN, op. cit.

³³² A Súmula Vinculante 25, de 16/12/2009, que proíbe esta modalidade de prisão civil, encerrou um debate de mais de 20 anos sobre a constitucionalidade do instituto em questão. A questão perpassava o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos. Isto porque a CF/88, no art. 5º, LXVII permitia a prisão do depositário infiel, como exceção à regra de proibição de prisão civil no país. O problema se colocou a partir de 1992, ano de ratificação de dois tratados internacionais - Pacto de San Jose da Costa Rica (1969, art. 7) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966, art. 11) – que vedavam a prisão civil do depositário infiel. Sobre a jurisprudência anterior da corte, cf. HC 87585/TO; RE 466343/SP; RE 349703/RS; HC 77527/MG/1998.

³³³ Cf. Regimento Interno do STF.

³³⁴ HC 77527/MG (2008)

questões controversas, no plano político, quanto à transição democrática. Muitos diplomas jurídicos aprovados durante a ditadura militar continuam a produzir os seus efeitos e há uma tendência de judicialização destas questões. O primeiro exemplo foi a julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Legal³³⁵ (ADPF) n. 130/2009³³⁶, que pugnava pela declaração de não recepção da chamada Lei de Imprensa, legislação aprovada na época da ditadura militar que estava em clara dissonância com a ordem constitucional democrática e foi declarada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 pelo STF. Este foi o primeiro dos casos que hoje ocupam parte da agenda política do STF e que, em alguns pontos, causam particular dificuldade, como o debate sobre a recepção constitucional da Lei de Anistia, debate importante no âmbito da justiça transicional onde o Brasil vem distoando política e juridicamente dos demais países do continente e matéria onde o STF se pronunciou de forma bastante diferente da jurisprudência consolidada no âmbito da IACtHR.

Durante os dez primeiros anos de jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal na vigência da Constituição Federal de 1988, a noção de dignidade humana foi pouco invocada e a solução de conflitos passou ao largo do debate sobre os sentidos da dignidade humana, ainda que esta tenha sido instrumentalizada em casos importantes concernentes à caracterização do crime de tortura e sobre inviolabilidade do corpo, ambos julgados de 1994. A noção torna-se central jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais a partir dos anos 2000.

3.4. A centralidade e os sentidos em disputa da noção de dignidade humana: mapeando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em 2014, uma pesquisa na base de dados do Supremo Tribunal Federal (STF) baseada apenas na palavra ‘dignidade’ informa a existência de 380 acórdãos do Supremo

³³⁵ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é instituto jurídico criado pela CF/88 no art. 102, parágrafo 1º, e posteriormente regulamentado pela Lei n. 9.882/99 que possibilita controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição.

³³⁶ ADPF 130/2009, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

Tribunal Federal³³⁷ e uma decisão em que foi declarada a repercussão geral³³⁸. No início de 2011, o sistema localizava 257 acórdãos que versavam, direta ou indiretamente, de dignidade humana. O sistema informático do tribunal permite realizar pesquisas avançadas por vários critérios (por ministro relator, data, órgão julgador, ementa/indexação, por legislação) e a individualização da espécie de decisão (acórdãos, repercussão geral, súmulas, súmulas vinculantes, decisões monocráticas, decisões da presidência, informativo e questões de ordem).

Para o presente estudo, foram analisadas todas as decisões colegiadas do Tribunal (o Pleno e as duas Turmas) em que a palavra ‘dignidade’ foi invocada na decisão.

TABELA 5 - Usos da noção de dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Acórdãos	380
Repercussão geral	1
Súmulas	-
Súmulas vinculantes	-
Decisões monocráticas	3319
Decisões da presidência	118
Questões de ordem	12
Repercussão geral	1

Fonte: Pesquisadora

Levando em consideração apenas o critério quantitativo em ordem cronológica,

³³⁷ Pesquisa realizada no banco de dados do Supremo Tribunal Federal, em 11 de novembro de 2014. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. O sistema de estatística judiciária do STF foi criado em 2004, nos termos da Resolução 284/2004,

³³⁸ O instituto processual da repercussão geral, nos termos do art. 543-B, parágrafo 1º do Código de Processo Civil (CPC), reserva o julgamento de recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia. Criado pela Lei 11.418/2006, o instituto foi criado para servir como instrumento de uniformização e celeridade à prestação jurisdicional no país.

observa-se que a noção da dignidade humana foi se infiltrando no discurso judicial da Corte de forma mais expressiva nos últimos 10 anos.

TABELA 6 - Usos da dignidade humana do Supremo Tribunal Federal: Pleno e Turmas

Ano	Nº de acórdãos
1988-1993	-
1994	4
1995-1999	12
2000	8
2001	1
2002	8
2003	6
2004	11
2005	11
2006	29
2007	36
2008	46
2009	21
2010	29
2011	33
2012	40

Fonte: Pesquisadora

Do ponto de vista processual, distinguem-se duas situações que ensejam pronunciamento do STF: ações que chegam à corte em grau de recurso e aquelas cuja competência é originária do STF. No primeiro grupo, o *habeas corpus* (HC) é o instrumento jurídico mais recorrente dentre as decisões analisadas, confirmando o importante papel do *writ* na garantia de direitos nos casos concretos. Além deste, encontramos decisões baseadas no princípio da dignidade humana também em recursos extraordinários (RE), mandados de segurança (MS), inquéritos (INQ), dentre outras

formas processuais de acesso ao Supremo Tribunal Federal, o que é demonstrativo da centralidade da noção na jurisprudência do tribunal.

No que tange às ações originárias do STF, especialmente aquelas voltadas à garantia do controle concentrado de constitucionalidade, é fecunda a jurisprudência no sentido de utilização do princípio da dignidade humana como fundamento de decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC).

TABELA 7 - Usos da dignidade em Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade

Ano	Julgamento
2007	- ADI 3768/DF, sobre constitucionalidade do Estatuto do idoso, no tocante à gratuidade do transporte público; - ADI 3.112/DF, constitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento.
2008	- ADI 3510/DF, sobre constitucionalidade da lei de biossegurança; - ADI 2649/DF, sobre constitucionalidade da lei que garante gratuidade de transporte a pessoas com deficiência.
2009	- ADPF 130/DF, sobre constitucionalidade da Lei de Imprensa.
2010	--
2011	- ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, sobre <i>status</i> da união homoafetiva; - ADI 1856/RJ, constitucionalidade de lei fluminense que autorizava briga de galo;
2012	- ADPF 186/DF/2012 sobre constitucionalidade das cotas

ADI 4270/SC, sobre constitucionalidade lei
que não cria defensoria pública do Estado de
Santa Catarina;
- ADI 2937/DF, Estatuto do Torcedor.

Fonte: Pesquisadora

A partir de 1994, com o julgamento de dois *habeas corpus* que serão analisados individualmente, o STF começou a se utilizar mais do princípio da dignidade humana. Inicialmente, de forma incidental, e com o passar dos anos, foi se consolidando a centralidade da dignidade humana nos julgados de maior repercussão política e social, especialmente no casos de controle concentrado de constitucionalidade.

Este repentino protagonismo causou, dentro do tribunal, debates significativos acerca da indefinição dos sentidos em disputa quando da utilização da noção de dignidade humana entre os ministros. Para alguns, é preciso pensarem contornos conceituais do princípio, e acendeu um interesse de definir o termo, de forma a evitar o uso inapropriado da dignidade humana.

Este esforço, por parte de acadêmicos, mas sobretudo por parte dos Ministros do STF, dentro e fora da atividade jurisdicional, é indicativo do tipo de problemáticas que o uso da noção de dignidade humana comporta no direito e, de certa forma, pode ser interpretado como uma tendência de pensar os problemas jurídicos a partir da referência do positivismo jurídico que são sintetizadas por Hart no prefácio de *O Conceito de Direito*, qual seja a crença de reconstrução do positivismo através da construção de definições capazes de solucionar as dificuldades que as palavras *criam* ao abarcarem conceitos³³⁹. Não por acaso, no prefácio, Hart afirma que “neste campo de estudos [do direito] é particularmente verdade que podemos usar, como disse o prof. J. L. Austin, “a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena”³⁴⁰.

Se esta abordagem comporta problemas que as críticas jusrealistas buscaram evidenciar

³³⁹ H. HART. *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. vi.

com a qual Hart rivalizou³⁴¹, este tipo de reflexão hartiana acerca da noção de dignidade humana é particularmente emblemática deste problema, qual seja, da relação entre a capacidade dos enunciados linguísticos de vincular os intérpretes e o Estado de Direito³⁴².

É simbólico que, às vésperas da nomeação para Ministro do STF, o constitucionalista consagrado, professor titular da UERJ e advogado Luís Roberto Barroso, que atuou como advogado em processos importantes perante o STF³⁴³, tenha publicado livro - “*A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*”³⁴⁴ - dedicado à reflexão sobre a natureza jurídica e conteúdo mínimo do princípio da dignidade humana³⁴⁵. Por este percurso se encaminham a literatura jurídica sobre a temática.³⁴⁶

Dentro do tribunal, alguns debates entre os ministros durante as sessões de julgamento revela o desconforto em torno da centralidade e excesso de opacidade³⁴⁷ do conceito e disputa em torno dos sentidos no uso da noção.

³⁴¹ Cf. E. SANTORO. *Estado de Direito e Interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

³⁴² SANTORO, op. cit., p. 42.

³⁴³ Luís Roberto Barroso, antes de ser nomeado Ministro do STF, atuou como advogado em casos de grande repercussão social e midiática no STF, sendo vitorioso em casos complicados a ADI 3510/DF (2008), que dizia respeito à constitucionalidade da lei de biossegurança e possibilidade de pesquisa com células-tronco, em advogou em nome do Movimento em prol da vida (MOVITAE); ADPF 54/DF (2012), que dizia respeito à recepção, pela Constituição Federal, de interpretação do código penal brasileiro que proibia a interrupção de gravidez em caso de fetos anencéfalos, em que ele atuou em nome do Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde; e por fim, integrou a equipe de advogados que defenderam Cesare Battisti na EXT 1085/IT (2009), tendo saído vitorioso também neste caso que teve grande cobertura midiática e fortes repercussões políticas para ambos os países.

³⁴⁴ O texto foi originalmente publicado sob o título “*Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in thansnational discourse*” nos Estados Unidos, como resultado das pesquisas de Barroso durante o período em que esteve na Universidade de Harvard como *visiting scholar*.

³⁴⁵ L. R. BARROSO. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*, Fórum, Belo Horizonte, 2013.

³⁴⁶ G. MENDES. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*, Saraiva, São Paulo, 2011; C. L. A. ROCHA. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

³⁴⁷ BARROSO, *ibidem*.

Sobre esta disputa, o julgamento da ADI 4424/2012 é paradigmática. Nela, o Min. Luiz Fux saudava o fato de que “vivemos a era da dignidade”³⁴⁸ e em seu voto relacionava a noção à tradição kantiana ao afirmar “ainda no Século XVIII, Immanuel Kant nos ensinava que, independente de nossas crenças religiosas, é uma exigência da racionalidade reconhecer que o ser humano não tem preço, tem dignidade, e que não é possível fazer dele meio para a consecução do que quer que seja”. Citando Michael Sandel, o Ministro questionou o uso da dignidade humana para garantir a autonomia da vontade, informando dos perigos do que seria a “celebração completa do consentimento”³⁴⁹. Sendo esta uma visão explicitamente kantiana e individual do Min. Luiz Fux, as argumentações jurídicas dos demais ministros, mesmo entre aqueles que aparentemente se remetem menos ao discurso kantiano e defendem o uso da dignidade humana como um juízo de ponderação entre dois direitos em conflito, como é o caso de Gilmar Mendes, tendem, em algumas situações, a utilizar a noção de dignidade como *worth*, dentro da tradição kantiana, como quando defende a ilegalidade de instauração de processos sem o preenchimento dos requisitos formais já que “o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto em

³⁴⁸ Cf. Voto do Ministro Luiz Fux no julgamento conjunto da ADI 4424 e da ADC 19, em 2012, onde afirma, “Senhor Presidente, me debruçando esta manhã sobre o tema, eu verifiquei que realmente não há possibilidade de solucionarmos essa questão sem perpassarmos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tão bem explorado no voto do Ministro Marco Aurélio. E é muito bom que se deixe enfatizado, e eu pude colher através de vários insertos que, na visão kantiana, as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade; o que significa dizer que o homem, conquanto ser humano, não pode dispor da mais íntima propriedade; o homem pode não ter absolutamente nada de bem material, mas sempre terá um patrimônio imaterial, que é a sua dignidade, porque vivemos a era em que há a sobrepujança do ser sobre o ter”.

³⁴⁹ CF. Voto proferido pelo Min. Luis Fux “Analisando a filosofia de Kant, Michael Sandel, professor de Harvard, ensina que alguns preceitos básicos de justiça, como a igualdade, se utilizados indiscriminadamente, podem conduzir à barbárie e à ruína da dignidade humana. Nas suas palavras: “a ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações que apenas um libertário convicto poderia apoiar; um Estado mínimo, o que exclui a maioria das medidas para diminuir a desigualdade e promover o bem comum; e uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir afrontas à própria dignidade” (SANDEL, Michael. Justiça: O que é fazer a coisa certa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 135-136).

processos estatais”³⁵⁰. Esta abordagem kantiana se verifica inclusive nos discursos dissonantes, como no caso do julgamento da ADPF 153/DF, em que o Min. Relator do processo Eros Grau defendeu o paradigma kantiano – “Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano” – para depois subvertê-lo e, criticando o que considera uso inapropriado da dignidade humana para realizar a tirania dos valores, o Ministro proclamou a validade da Lei da Anistia brasileira na contra tendência do debate sobre justiça transicional e direito à verdade, especialmente no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos que, como vimos, realiza uma jurisprudência bastante consonante nesta temática, uma vez que retira a possibilidade de soluções políticas outras que não seja através daquela por ela alcançada jurisprudencialmente e que impõe a obrigação ao Estado de afastar quaisquer obstáculos jurídicos à persecução penal das autoridades envolvidas nas graves violações de direitos humanos ocorridos durante estados de exceção, ditaduras e/ou conflitos armados. Eros Grau encerra seu voto afirmando que “a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação que o instituto da anistia viola a dignidade humana”.

Podemos também destacar a posição do Min. Cezar Peluso no julgamento da ADI 1856/RJ sobre a possibilidade de utilização do princípio da dignidade humana para fundamentar a proibição de brigas de galo, sob o argumento de que este tipo de prática “implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano”, ofendendo a proteção da dignidade humana³⁵¹. Neste diapasão, é interessante acompanhar o debate dos ministros neste julgado, porque o entendimento do Min. Cezar Peluso é seguido pelos Min. Carlos Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, tendo este último se pronunciado sobre “tendência mundial neste sentido”, inclusive citando a recente proibição das touradas em Madrid para afirmar que “quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da

³⁵⁰ MENDES, op. cit., p. 50.

³⁵¹ Cf. nota de esclarecimento do Min. Cezar Peluso no julgamento da ADI 1856/RJ, julgada em 2011.

dignidade humana”³⁵². Neste mesmo julgado, a Min. Cármen Lúcia tece uma reflexão relevante em termos de dignidade humana como autonomia, tomando entretanto também ela uma perspectiva paternalista, em termos kantianos no que concerne aos objetivos do Estado:

Se a coletividade sozinha não conseguir fazer com que o folclore e a cultura seja produção em benefício da vida e da dignidade, incumbe ao Estado vedar práticas que conduzam a isso. É uma tônica que, a meu ver, precisamos dar; não é o Estado que tem de ficar proibindo ou impondo às pessoas condutas que dignifiquem, mas a sociedade é que deve fazer isso. A sociedade tem de ser democrática para termos um Estado verdadeiramente democrático, na linha do que Vossa Excelência acaba de se referir. Quer dizer, há tanta violência, mas a violência, que parte de cada um, precisa ser coibida só nos excessos.

Especificamente sobre a dignidade humana, foi a Segunda Turma que, dentro do STF, primeiro consolidou o entendimento em torno da centralidade da noção em 2004, quando do julgamento do HC 84254/PI/2004, em que o princípio da dignidade humana foi apontado como “o vetor interpretativo da Constituição Federal, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente”.

O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática

³⁵² Cf. nota de esclarecimento do Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI 1856/RJ, julgada em 2011: “Excelência, é exatamente essa intervenção que eu pretendia fazer, porque há um movimento mundial nesse sentido. Proibiram-se agora as touradas em Barcelona. A Europa está preocupada com o tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros. Por quê? Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana”.

*consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.*³⁵³

Em 2005, o Tribunal Pleno confirmou o entendimento anteriormente fixado pela Segunda Turma, no sentido de colocar a noção de dignidade humana como centro interpretativo do direito brasileiro, fundamento da “ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”³⁵⁴.

No que tange às garantias individuais, o STF reconduziu o debate sobre o alcance da proteção do direito ao devido processo legal, presunção de inocência e direito à ampla defesa, tríade constitutiva do direito a julgamento justo ou *fair trial*, como corolários da dignidade humana. Especificamente no âmbito do direito penal, o STF realizou limitações importantes na legislação brasileira sobre drogas (Lei 11.343/2006) e outros diplomas legais exemplares da sociedade punitiva³⁵⁵ e avançou, ainda que timidamente, sobre o direito dos presos e a proibição de tratamento cruel, desumano ou degradante, sumulando entendimento sobre a limitação do uso de algemas, e julgando casos esparsos sobre direito à saúde dos presos e prisão domiciliar, sem entretanto intervir abertamente na questão de imposição de padrões mínimos de condições prisionais para assegurar tratamento prisional digno. Em todos estes casos, o debate se enquadra dentro do quadro universalista e, se é acertado dizer que houve um tratamento jurisprudencial garantista, a exemplo da IACtHR e da ECtHR, o STF não problematizou a questão da autonomia, trabalhando o discurso universalista e, não raras vezes, deixando entrever o uso da dignidade como *worth*.

No campo punitivo, é profícua a jurisprudência do STF, especialmente no âmbito das

³⁵³ HC 84254/PI, julgado em 2004, Min. Rel. Celso de Mello.

³⁵⁴ HC 85237/DF, 2005.

³⁵⁵ Sobre sociedade punitiva, cf. D. GARLAND. Introduction: the meaning of mass imprisonment. IN: D. GARLAND (org.). Mass imprisonment: social causes and consequences. Sage Publications, London, Thousand Oaks, New Delhi, 2001; GARLAND, David. Sociological perspectives on punishment. Crime and justice. Vol. 14 (1991), p. 115-165; Garland, D. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano 7, n. 11 (1 semestre de 2002). Rio de Janeiro: Revan, 2003. GALRAND, D. Frameworks in inquiry in the sociology of punishment. British Journal of Sociology – BJS. Vol. 14, march 1990.

garantias penais e processuais penais³⁵⁶. A dignidade humana, na maior parte das vezes, é um instrumento a que o tribunal recorre para limitar o poder punitivo, mas seu uso acendeu debate acalorado no que tange à possibilidade de instrumentalização da noção para fazer crescer o poder punitivo do Estado, no âmbito penal. Para além do debate já mencionado sobre a caracterização do crime de tortura contra criança e adolescente (art. 233 do ECA)³⁵⁷, o STF foi confrontando com o debate sobre a caracterização do crime de redução à condição análoga à escravidão³⁵⁸, momento em que o debate sobre os sentidos e usos da noção de dignidade humana foi o principal objeto de debate entre os ministros. Ainda no campo das consonâncias, destacamos o desenvolvimento jurisprudencial do princípio da igualdade como consequência da dignidade humana e base da proibição absoluta da discriminação.

No campo das dissonâncias, o STF também avançou em registo não kantiano nas questões referentes ao sentido e alcance das proteções quanto ao direito à privacidade e à vida privada, onde o STF vem construindo uma jurisprudência de proteção da autonomia individual e de limites à interferência estatal, em especial para assegurar o *status* constitucional das uniões homoafetivas, constitucionalidade da lei de biossegurança. Destaca-se ainda neste campo dissonante o julgamento da ADPF 153/DF em que o STF julgou a recepção da lei de anistia e rechaçou o que chamou de uso inapropriado da noção de dignidade humana para realização de uma ‘tirania dos valores’. É um caso particularmente importante porque o Brasil, com este julgamento, se distancia da jurisprudência então consolidada da IACtHR sobre o direito à verdade e das demais cortes constitucionais da América Latina que vem declarando a nulidade de suas respectivas leis de anistia e iniciado um processo de investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos no período da ditadura militar, ao mesmo tempo em que abre um espectro de novas possibilidades de compreensões do direito à verdade.

³⁵⁶ A maior parte das decisões se deram em habeas corpus e não foram posteriormente sumuladas, fazendo com que tribunais inferiores e juízes de 1º grau continuem a ignorar o entendimento do STF sobre direitos e garantias penais e processuais penais.

³⁵⁷ Cf. HC 70389/SP/1994.

³⁵⁸ Cf. RE 541627/PA; RE 398041/PA/2006, Inq 3412/AL/2012; Inq 2131/DF/2012.

3.4.1. Os primeiros casos: os HC 70389/SP e HC 71373/RS

Os HC 70389/SP e HC 71373/RS, ambos julgados em 1994³⁵⁹, são os primeiros julgamentos em que o STF utilizou o princípio da dignidade humana na construção de sua linha argumentativa: no primeiro caso, como bem jurídico protegido na proibição de tortura contra criança e adolescente que criminaliza, mas não tipifica a conduta na legislação brasileira; e, no segundo caso, como bem jurídico protegido através da proteção do direito de disponibilidade do próprio corpo.

No HC 70389/SP, policiais militares recorreram ao STF da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que confirmou entendimento no sentido de que os policiais, acusados de agredir e torturar adolescente em delegacia com o intuito de obter confissão, deveriam responder, perante a Justiça comum estadual, por crime de tortura (art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990) e, perante a Justiça Militar estadual, por crime de lesão corporal (previsto no art. 209 do Código Penal Militar). Duas questões jurídicas foram ali colocadas: primeiro, conflito de competência e necessidade de definição do órgão judiciário competente para julgar o caso, sob pena de dupla punição pena; e, depois, a constitucionalidade do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que criminalizava a prática de tortura contra criança e adolescente sem, entretanto, definir a conduta.

Em seu voto, o relator do processo, Ministro Sydney Sanches, declarou a inconstitucionalidade do art. 233 do ECA porque “quando se trata de figura típica, de crime autônomo, a conduta do agente deve ser definida na lei, não podendo ser confiada ao critério do Juiz, sob pena de inobservância ao art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, princípio, aliás, já inserido no Código Penal de 1940 (art. 1º)”³⁶⁰. Com o mesmo argumento, o Ministro Marco Aurélio de Mello terminou o seu voto apontando que

³⁵⁹ Até 1994, nenhuma decisão da corte havia sequer citado o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que tenhamos alguns exemplos de julgados em que se trate da dignidade do juiz, da lei, da justiça.

³⁶⁰ HC 70389/SP, voto do relator Min. Sydney Sanches.

“ousou mesmo dizer que, como está, o artigo 233 encerra, na verdade, considerada a denúncia, a ambiguidade desta, a instrução penal, as balizas indispensáveis à boa defesa e à sentença, uma verdadeira tortura”.

O Ministro Celso de Mello, divergindo do voto do relator, construiu a tese da constitucionalidade da tipificação aberta do crime de tortura dada pelo ECA, a partir do princípio da dignidade humana.

A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.

A divergência aberta pelo Min. Celso Mello venceu e o *habeas corpus* foi deferido para cassar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça e prosseguir no julgamento quanto ao art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente na justiça comum e declarar a constitucionalidade do referido dispositivo, marcando paradigmaticamente a posição do STF quanto à constitucionalidade do art. 233 do ECA, com base no argumento de que a tortura constitui prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa.

Em novembro do mesmo ano, no julgamento do HC 71373/RS, a Corte voltaria a proferir acórdão baseado na dignidade humana, desta vez como limite à atuação judicial. Em Ação Civil de Investigação de Paternidade, o juízo de 1ª grau havia inicialmente reconhecido o direito do réu de se recusar a realizar prova pericial. Entretanto, ao longo do processo, a juíza de 1ª instância mudou o entendimento e ordenou realização da prova pericial sob pena de condução sob vara, sob o argumento de que o corpo do réu era “objeto de direitos” e não se poderia falar em direito de

disponibilidade sobre o próprio corpo, prevalecendo o interesse das menores e a busca pela ‘verdade’ a que os avanços tecnológicos no campo genético haviam possibilitado³⁶¹. A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) confirmou o entendimento do juízo de 1ª instância e o *habeas corpus* foi impetrado ao STF com o fito de sustar a ordem de realização forçada de prova pericial. O entendimento firmado neste julgado é paradigmático porque, até os dias atuais, impõe limites à atuação judicial em ações civis de investigação de paternidade. A partir da noção de dignidade humana, a Corte deferiu o HC no sentido de proibir a condução forçada do réu para coleta de material genético, indicando que a solução das questões concernentes à paternidade, diante de casos de recusa de realização de exame de DNA, deve ser resolvido no plano jurídico-instrumental³⁶².

Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

³⁶¹ HC 71272/RS, p. 399-400: “No presente caso estão em jogo interesses de duas menores. Outrossim, pelo que está nos autos, uma das partes está faltando com a verdade e o exame dirime dúvida estabelecendo, praticamente em definitivo, com quem está a verdade, desmascarando-se ou a oportunista ou o que tenta eximir-se da responsabilidade da paternidade. Não há motivo para que o réu se negue ao exame, a menos que esteja com receio do resultado. Hoje, com o avanço das pesquisas genéticas, é inconcebível que não seja feito tal exame neste tipo de ação. Assim, determino a realização do exame, a ser realizado pelo Dr. Jobim, já compromissado. Oficie-se para marcação da data. Deverá o réu comparecer, assim que intimado, sob pena de condução sob vara, eis que, no caso, seu corpo é ‘objeto de direitos’, não sendo cabível invocar ‘direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo’”.

³⁶² O relator do processo no STF, Min. Francisco Resek, posicionou-se pelo indeferimento do *writ*, tendo vencido a divergência aberta pelo Min. Marco Aurélio, Ministro relator do acórdão neste caso.

Os dois julgados de 1994, analisados conjuntamente há distância de vinte anos, guardam embrionariamente dois aspectos fundamentais dos tipos de utilização da noção de dignidade humana no STF que merecem ser evidenciados.

O primeiro circunscreve-se no campo processual. No Brasil, o *habeas corpus* tornou-se a ‘via heróica’, na expressão de muitos Ministros, ou a única via para fazer chegar ao STF os debates sobre o sentido das liberdades individuais, autonomia e dos direitos em geral, razão pela qual foi a partir de dois *habeas corpus* que o STF se pronunciou sobre a constitucionalidade de um tipo penal aberto (art. 233 do ECA) e sobre os limites de atuação estatal na realização de provas periciais que exigem doação de material genético (em casos de ações civis de investigação de paternidade). O *habeas corpus* continua até os dias atuais, apesar das tentativas processuais de limitar o seu uso, um dos instrumentos hábeis a provocar o tribunal e se pronunciar sobre o sentido das liberdades e, para tanto, não raras vezes, o tribunal o faz com base na noção de dignidade humana.

Em segundo lugar, a partir de uma reflexão sobre o uso pragmático com que a noção foi instrumentalizada em ambos os casos, a imagem da dignidade humana como uma faca de dois gumes (two-edged sword), para usar a expressão de Klaus Mathis³⁶³, convém para ilustrar ‘as duas lâminas’ da dignidade humana. No HC 70389/SP, a Corte utilizou a noção como fundamento da proibição da prática de tortura, constituindo o núcleo duro implícito do tipo penal em aberto descrito no art. 233 do ECA, permitindo o processamento de policiais militares por este crime cuja prática o senso comum saberia identificar e seria, no caso concreto, preenchida pelos juízes já que a época o Brasil não havia ainda aprovado lei que tipificava o crime de tortura, o que só veio a ocorrer com a promulgação da Lei n. 9.455/97. Já no HC 71373/RS, a noção de dignidade humana é instrumentalizada como limite à atuação estatal no que concerne à realização forçada de provas periciais que exigem doação de material genético (no caso específico, para comprovação de paternidade), em utilização delicada da proteção às escolhas individuais frente ao direito à paternidade e constituindo hoje em um ponto de tensão na

³⁶³ Cf. MATHIS, Klaus. Human Dignity as a Two-edged Sword. In: BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan (org.). Human Dignity as a Foundation of Law: proceedings of the Special Workshop held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Beijing, 2009. Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2013.

agenda judicial do STF que deve, nos próximos anos, voltar a enfrentar a questão.

3.4.2. Discursos consonantes

3.4.2.i. Direito de defesa, direito ao devido processo legal e presunção de inocência: a tríade do direito ao *fair trial*

O direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, proibição de provas ilícitas e o princípio da presunção de inocência são explicitamente protegidos nos incisos LIV, LV, LVI e LVII do rol do art. 5º da Constituição Federal, dedicado ao elenco não exaustivo dos direitos e garantias individuais³⁶⁴. Todos estes direitos, fundantes da noção de *fair trial* e da própria noção de Estado de Direito, estão consolidados na jurisprudência do STF como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana³⁶⁵ como direitos fundamentais inalienáveis, relacionando o direito de acesso à justiça³⁶⁶ e direito à tratamento isonômico universal, como bases para o exercício da cidadania e da distinção entre o Estado policial e o Estado de Direito.

³⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

³⁶⁵ Cf. HC 89176/PR/2006, HC 86879/SP/2006, HC no 73.590-SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.12.1996; e HC no 70.763-DF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.09.1994. No HC 89176/PR/2006, o Min. Gilmar Mendes pontuou que “O direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana”; RE 515427/GO/2007, Min. Rel. Gilmar Mendes, em que se decretou nulidade do processo por inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002.

³⁶⁶ Sobre o assunto, cf. ADI 4270/2012 em que o STF declarou a inconstitucionalidade de lei estadual de Santa Catarina que violava o direito à justiça gratuita, nos termos do art. 5º, LXXIV.

Esta abordagem, presente em todos os julgados que se ramificam em diferentes áreas do direito, coloca o valor intrínseco do ser humano como pedra angular fundante da obrigação positiva do Estado de garantir o *rule of law* de direitos ao mesmo tempo universais – e, portanto, impassíveis de serem negados a uma pessoa ou grupo em função de qualquer condição social, tema onde a jurisprudência do STF sobre direitos dos estrangeiros e proibição de tratamentos discriminatórios se firmou também em termos de impossibilidade de reduzir o estrangeiro a estado de submissão “incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana”³⁶⁷ - e indisponíveis, sob o manto da inalienabilidade.

Foi sob esta perspectiva que o STF entende o direito de defesa como pedra angular da argumentação jurídica a partir da qual o STF restringiu possibilidade de que legislações específicas, particularmente no âmbito penal, vedem *in abstracto* possibilidade de concessão de liberdade provisória³⁶⁸, em *caselaw* bastante sintomático das tensões hoje em curso entre os poderes legislativo e judiciário quanto à política penal sobre drogas e garantias processuais penais em geral.

Sob o argumento de violação do direito de defesa, o STF reafirmou necessidade de requisitos da denúncia³⁶⁹, validade de citação³⁷⁰, duração razoável do processo³⁷¹, direito à prestação jurisdicional³⁷², proibição de cerceamento do direito de defesa³⁷³,

³⁶⁷ EXT 633/CH/1996.

³⁶⁸ Cf. ADI 3.112/DF/2007.

³⁶⁹ HC 84768/PE/2005, Min. redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. Na ementa da decisão, lê-se que “A técnica da denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Precedentes. 2 - Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Violação também do princípio da dignidade da pessoa humana”. A partir do HC 87768/RJ/2006, de relatoria do Min. Eros Grau, a Segunda Turma mudou o entendimento e firmou novos parâmetros quanto aos requisitos da denúncia, impondo a necessidade de individualização da conduta dos sócios (em crime societário) em função do direito da defesa e da dignidade da pessoa humana. Cf. HC 84409/SP/2004, HC 86000/PE/2006; HC 86395/SP/2006; HC 89105/PE/2006; HC 85327/SP/2006.

³⁷⁰ HC 88548/SP/2008, Min. Relator Gilmar Mendes.

³⁷¹ HC 102923/AL/2010, Min. Relator Gilmar Mendes.

³⁷² Rcl 5758/SP/2009, Min. Rel. Cármen Lúcia. Neste julgado, o pleno do tribunal firmou entendimento no sentido que “A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz. Não é razoável que, diante das

requisitos para abertura de processo investigativo³⁷⁴ como direitos que seriam corolários da dignidade humana e, portanto, indisponíveis na seara política e universais.

No que concerne à validade das provas, o STF baseou a proibição de uso judicial de prova obtida de forma ilícita na dignidade da pessoa humana e no direito à ampla defesa³⁷⁵, ao mesmo tempo em que consolidou entendimento no sentido de que não fere a dignidade da pessoa humana utilização de escutas telefônicas autorizadas como prova de outros delitos *a priori* não investigados e descobertos no curso da investigação³⁷⁶. O STF ainda se pronunciou sobre a insignificância penal, em dois julgamentos primorosos de limitação poder de punir estatal, bem como no âmbito penal militar³⁷⁷.

O tratamento jurisprudencial do direito ao devido processo legal abriu espaço para uma jurisprudência acentuadamente garantista na Corte. Consolidou-se entendimento de que o direito ao devido processo legal e à presunção de inocência são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana e constitui pedra angular da argumentação jurídica a partir da qual o STF restringiu possibilidade de que legislações específicas, particularmente no âmbito penal, vedem *in abstracto* possibilidade de concessão de liberdade provisória³⁷⁸, em *caselaw* bastante sintomático das tensões hoje em curso entre os poderes legislativo e judiciário quanto à política penal sobre drogas e garantias processuais penais em geral. É o caso do tratamento jurisprudencial que o STF deu ao texto da Lei 11.343/2006 que instituiu no Brasil o Sistema Nacional de Políticas

peculiaridades do caso e da idade avançada da exequente, se determine suspensão da execução trabalhista e se imponha à parte que aguarde o julgamento definitivo da ação apontada como paradigma nesta Reclamação”.

³⁷³ HC 87111/RS/2006.

³⁷⁴ HC 82969/PR/2003, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes. Em seu voto, o Min. pontuou que “A mera instauração de inquérito, quando evidente a atipicidade da conduta, constitui meio hábil a impor violação aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana”. Já no RHC 95035/GO/2008, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie. Em seu voto, a Min. relatora pontuou que “Tal ocorre pela simples razão de ainda ser necessária a adoção de medidas e providências de cunho investigativo, não havendo que se cogitar de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana tão somente em virtude do início do procedimento investigativo”.

³⁷⁵ Cf. HC 79512/RJ/1999, Min. Rel. Sepúlveda Pertence. HC 91867/PA/2012, Min. Rel. Gilmar Mendes.

³⁷⁶ INQ/2424/RJ/2007, Min. Rel. Cezar Peluso.

³⁷⁷ Cf. HC 109277/SE; HC 111017/RS/2012. No âmbito penal militar, cf. HC 94524/DF; HC 90125/RS; HC 92961/SP/2007.

³⁷⁸ Cf. ADI 3.112/DF/2007.

Públicas sobre Drogas (SISNAD). A referida lei prescreve medidas para prevenção ao uso e estabeleceu “normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”, definindo os crimes correlatos ao tráfico de drogas no país e revogando a legislação anterior na temática de “combate às drogas” (Lei n. 6.368/76 e Lei 10.409/2002)³⁷⁹.

O STF se pronunciou sobre a constitucionalidade do art. 44³⁸⁰ da referida lei que veda, em casos de crimes de tráfico de drogas e correlatos por aquela lei regidos, a concessão de liberdade provisória. Em uma série de julgados, o STF firmou entendimento no sentido de que a manutenção da prisão exige fundamento específico, constituindo violação da dignidade humana a manutenção da prisão com base em fundamentos inidôneos³⁸¹.

O primeiro destes casos, o HC 94916/RS/2008, é particularmente interessante do ponto de vista da argumentação jurídica que, a unanimidade, foi concedido pela 2ª turma do tribunal. Tratava-se de *habeas corpus* impetrado em favor de uma mulher “paciente primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, flagrada com pequena quantidade de maconha quando visitava o marido na penitenciária”³⁸². O fato se consumou em 2002, tendo sido a ré incurso nos arts. 12 e 18 da Lei n. 6.368/76. O crime de tráfico de drogas, qualificado como crime hediondo, a princípio não permitia concessão de liberdade provisória.

Afastando-se da questão sobre a constitucionalidade de lei que proíbe concessão de liberdade provisória, o Min. Rel. Eros Grau argumentou no sentido de que aquela

³⁷⁹ A supracitada lei, que apresenta avanços em relação à legislação anterior, insiste em viés punitivo e é responsável por grande parte do encarceramento no Brasil.

³⁸⁰ Lei n. 11.343/2006. Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

³⁸¹ Cf. HC 91676/RJ/2009; HC 99832/MG/2009; HC 99832/MG/2009; HC 98103/RS/2010; HC 100872/MG/2010; HC 100745/SC/2010; HC 97579/MT/2010; HC 98966/SC/2010; HC 111166/MT/2011; HC 106299/RS; HC 106449/SP/2011; HC 108508/SC/2011; HC 105494/RJ (2011); HC 105750/SP/2012; HC 110705/RJ/2012; HC 105915/RR/2012; HC 110844/RS/2012.

³⁸² HC 94916/RS/2008, p. 243. De acordo com o relatório do Ministro Eros Grau, a conduta foi realizada no ano de 2002, tendo sido a ré incurso nos arts. 12 e 18 da Lei n. 6.368/76. O crime de tráfico de drogas, qualificado como crime hediondo, a princípio não permite comporta concessão de liberdade provisória.

situação constituiria uma exceção à regra que diz ser incabível a liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes. Nos termos de seu voto, “a exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral”, uma vez que “a norma geral deixaria de sê-lo se a contemplasse”. Ainda segundo Eros Grau, “a exceção está no direito, ainda que não se a encontre nos textos do direito positivo”. Neste sentido, o voto do Ministro ressaltou as peculiaridades do caso concreto e a consequente violação da dignidade humana que a manutenção da prisão de Tatiana Rosa Pretto acarretaria, sendo ela ré primária, com bons antecedentes, emprego e endereço fixos, ainda atestava ser portadora de doença grave (durante o processo a ré descobriu ter contraído HIV) e mãe de criança que dela dependia inclusive economicamente.

A este tribunal incumbe a elevada missão de afirmar a força normativa da Constituição e de conferir efetividade à dignidade do ser humana, que o seu artigo 1º declara. A paciente apresenta estado de saúde debilitado – diz o Juiz da causa – e dela depende inclusive economicamente uma filha. Submetê-la ao cárcere, isso é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Daí que a captura da exceção se impõe. Aliás, é da inclusão de situações como tais no ordenamento – e da exclusão de outras, a pretexto de razoabilidades e proporcionalidades – que depende a regularidade do seu funcionamento. Direi mesmo que a preservação dos princípios impõe, seguidas vezes, a transgressão das regras.

Concedo a ordem, a fim de que a paciente permaneça em liberdade até a eventual sentença penal condenatória transitada em julgado.

Ainda em 2008, a nota de esclarecimento dado pelo Min. Celso de Mello³⁸³, no julgamento do HC 94498/MS/2008, merece transcrição:

³⁸³ No HC 94498/MS/2008, de relatoria da Min. Ellen Gracie, a Segunda Turma do STF foi unanimemente contra o deferimento do habeas corpus. Em sua nota de esclarecimento, o Min. Celso de Mello buscou fazer uma ressalva quanto à parte da argumentação utilizada por Ellen Gracie, qual seja, a da impossibilidade legal de deferimento de liberdade provisória em crime de tráfico de drogas. Entretanto, a Segunda Turma concordou quanto ao não deferimento porque havia razões concretas, na decisão do juízo de 1º grau, para não conceder a liberdade provisória.

Entendo que a avaliação quanto à admissibilidade, ou não, da concessão da liberdade provisória deve competir, exclusivamente, ao Poder Judiciário, em função do exame de cada situação individual ocorrente, sob pena de transgressão aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do “due process of law”, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este último princípio sob a perspectiva da ‘proibição do excesso’.

Em decorrência de tal compreensão, tenho para mim que não se revela constitucionalidade lícito, ao Poder Legislativo, substituir-se, mediante verdadeira e inadmissível “sentença legislativa”, à vontade dos magistrados e Tribunais, que hão de aferir, em cada hipótese ocorrente, a presença, ou não, de razões concretas que justifiquem a concessão ou denegação da liberdade provisória.

Com o HC 101505/SC/2009, a Segunda Turma do STF firmou entendimento no sentido de que a prisão em flagrante não é um óbice à concessão de liberdade provisória. No HC 97346/SP/2010, o tribunal pontuou que “a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade de prisão preventiva”.

No que concerne à prisão cautelar, o STF consolidou, nos termos do julgamento do habeas corpus n. 85237/DF³⁸⁴, entendimento no sentido de que a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana na medida em que transgride à garantia do devido processo legal.

Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar [...] A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento

³⁸⁴ HC 85237/DF, julgado em 2005.

constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII).

HC 85237/DF, julgado em 17/03/2005, Tribunal Pleno, Min. Rel. Celso de Mello.

Neste julgado, o STF mudou o entendimento fixado no HC 80.325/RJ de que a superveniência da sentença de pronúncia afastaria a configuração do injusto constrangimento. O réu estava preso há quatro (4) anos e cinco (5) meses e, nos termos do voto do relator, o tribunal pleno do STF entendeu que houve excesso de prazo da prisão cautelar, causado pelo Estado. Entre 2005 e 2013, o STF vem confirmando este entendimento, impondo o critério da razoabilidade para definir o prazo legal de prisão cautelar, em função do tipo de crime (severidade da pena em potencial), complexidade do processo e as razões para o atraso do julgamento³⁸⁵.

No recurso ordinário em sede de habeas corpus RHC n. 86822/MS/2007, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, uma questão até aquele momento tratada como mera questão processual, tornou-se objeto de nova interpretação pela Segunda Turma do STF. Naquele julgado, que dizia respeito à possibilidade de recorrer em liberdade (em sede de recurso especial e/ou extraordinário que, até aquele momento, “não impedia a prisão do condenado”³⁸⁶), a Segunda Turma do STF modificou seu entendimento sobre o assunto, sob o argumento de necessidade de proteção da dignidade humana. Por unanimidade, o habeas corpus foi concedido, nos termos do voto do relator, para o qual a manutenção da prisão cautelar exige uma fundamentação específica, sob pena de se considerar a manutenção da prisão em antecipação da execução da pena, que violaria a

³⁸⁵ Sobre o excesso de tempo de prisão cautelar, ver HC 94294/SP/2008; HC 87676/ES/2008; HC 92604/SP/2008; HC 91662/PR/2008; HC 92729/SP/2008; HC 84931/CE/2005; HC 85237/DF/2005; HC 87721/PE/2006; HC 87776/SP/2006; HC 88025/ES/2006; HC 87461/RJ/2006; HC 87241/RJ/2006; HC 86915/SP/2006; HC 91161/BA/2007; HC 90074/CE/2007; HC 100053/ES/2009; HC 100111/SP/2009; HC 100574/MG/2009; HC 98878/MS/2009; HC 100574/MG/2009; HC 97476/RJ/2009; HC 97476/RJ/2009; HC 93793/PE/2009; HC 95464/SP/2009; HC 102189/BA/2010; HC 85988/PA/2010; HC 98579/SP/2010; HC 98621/PI/2010; HC 106435/SP/2011; HC 107108/SP/2012; HC 105437/SP/2012; HC 113611/RJ/2012; HC 111482/SP/2012.

³⁸⁶ Antes deste julgado, cf. HC 85351/RO/2005, Min. Rel. Gilmar Mendes.

dignidade da pessoa humana³⁸⁷.

Também considero que se não pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si. Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana.

Caso se entenda, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada.

RHC 86822/MS (2002), Min. Relator Gilmar Mendes.

O primeiro processo de extradição importante, no que tange à utilização da noção de dignidade humana, foi o EXT 633/CH/1996, cuja decisão é histórica, porque impôs um parâmetro jurisprudencial importante para os casos vindouros. A República Popular da China requeria então a extradição de Qian Hong, condenado por crime de estelionato punível com pena de morte. Baseado no princípio do direito ao devido processo legal como reflexo da dignidade humana, o STF negou o pedido de extradição porque a tipificação penal foi entendida como precária e insuficiente. No processo de relatoria do Min. Celso de Mello, ressaltou-se a qualidade de sujeito de direito do extraditando:

O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais

³⁸⁷ Sobre a jurisprudência do STF neste assunto, cf. HC 91232/PE/2007; HC 91176/SP/2007; HC 91333/MG/2007; HC 84029/SP/2007; RHC 89550/SP/2007; RHC 86822/MS/2007; HC 85417/RS/2008, Min. Rel. Ellen Gracie; HC 98212/RJ/2009; RHC 93172/SP/2009; HC 84078/2009; HC 94408/MG/2009; HC 84078/MG/2009; HC 107547/SP/2011.

inalienáveis, dentro os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do due process os law. EXT 633/CH/1996

No EXT 986/BO/2007, o STF voltou a se pronunciar sobre a obrigação do tribunal, em processos de extradição, de manter e respeitar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. Neste caso, o tribunal sinalizou no sentido de que “a proteção judicial efetiva permite distinguir o estado de direito do estado policial e a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial da realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica”. Em pleitos extradicionais, o STF impôs a “aplicação do princípio do devido processo legal, que exige o fair trial não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual, mas de todo o aparato jurisdicional”, consolidando a necessidade de garantia universal e plena ao *fair trial* em processos de extradição.

3.4.2.ii. Proibição de tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, III, assegura que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e, no inciso XLVII proíbe expressamente a pena de morte³⁸⁸, perpétua, trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. Do ponto de vista formal, portanto, a Constituição assume compromisso com os direitos dos presos e impõe padrões modernos de punitividade, impedindo qualquer debate formal sobre a adequação ou não deste tipo de penalidade, sendo portanto incidental – quase que somente quando de processos de extradição – que a temática vem à apreciação da Corte. Como no Brasil o direito penal e processual penal é de competência da União, não há diversidade de sistemas penais à moda estadunidense que possam trazer entraves jurídicos relevantes de serem trazidos à apreciação do STF. Entretanto, e este é um dado que insiste em não ser invisibilizado, a administração do

³⁸⁸ A Constituição abre exceção para possibilidade de aplicação de pena de morte em caso de guerra, nos termos do art. 84, sem, entretanto, jamais o Brasil ter aplicado a pena e constrar entre os países que materialmente tem banido a pena de morte.

sistema prisional e das polícias, civil e militar, são atribuições dos Estados.

A realidade prisional brasileira, por sua vez, é um descalabro que afronta e rebaixa as aspirações da democracia brasileira e de cujas denúncias reiteradas dos órgãos de monitoramento internacional e nacional pode-se inferir o grau de severidade dos problemas que, como afirma Luciano Oliveira, parece estarmos fadados reviver. Em seu *Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura*, Oliveira busca explicar como a abolição da tortura e demais penalidades ‘desumanas’ no plano formal historicamente serviu como garantia a uma pequena elite contra a brutalidade policial e prisional, sem entretanto em momento algum terem o condão de operar reformas na práxis policial brasileira, uma das mais violentas do mundo, ou no sistema prisional³⁸⁹.

Sobre esta realidade de tortura, maus tratos e condições nacional e internacionalmente reconhecidas como desumanas³⁹⁰, o poder judiciário - demais órgãos do sistema de justiça criminal - enfrentou timidamente e de forma circunstancial. Em parte, é possível advogar uma justificativa estrutural, segundo a qual as violações de direitos humanos nos sistemas prisionais são pouco judicializadas em função da fragilidade do nosso sistema de defensoria pública e que os tribunais têm poucas oportunidades de intervir nas práticas prisionais brasileiras. Este argumento, entretanto, não justifica a leniência do poder judiciário e do Ministério Público, sendo recentes os avanços nesta questão, muito em parte resultado da atividade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o seu projeto de mutirões carcerários que, a partir de 2008, tem reunido sistematicamente uma verdadeira força-tarefa de juízes que se deslocam por todo o sistema prisional nacional (que inclui algumas poucas instituições prisionais federais e é composta prioritariamente por redes prisionais estaduais) para analisar a situação processual das pessoas que cumprem pena, além de inspecionar unidades carcerárias, com o objetivo de evitar irregularidades e garantir o cumprimento da Lei de Execuções Penais.

O STF, portanto, tem uma jurisprudência ainda pouco relevante nesta temática. A

³⁸⁹ L. OLIVEIRA. *Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura*. Editora Brasiliense, Brasília, 1994.

³⁹⁰ São reiteradas as declarações do poderes executivos federal e estaduais acerca do estado inaceitável das prisões brasileiras. Apenas à guisa de exemplo recente, poderíamos pontuar a declaração do Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, em 2012, de que preferiria morrer a ser preso no Brasil para em seguida reconhecer necessidade de ampla reforma do sistema prisional pátrio.

violação sistemática dos direitos das pessoas presas continua a ser uma característica perversa da sociedade brasileira. Sobre o tema, com exceção da limitação do uso de algemas a situações em que o uso é necessário sob pena de consistir em forma de humilhação que consiste em tratamento degradante³⁹¹, o STF caminha de forma tímida no julgamento dos casos de tortura cometidas por policiais, bem como nas insipientes tentativas de imposição de padrões mínimos de condições prisionais.

Em sede de *habeas corpus* e recurso extraordinário (eficácia limitada), o STF tem avançado casuisticamente na interpretação da Lei de Execução Penal (1984) e demais leis e textos normativos que regem o direito penitenciário no Brasil.

A partir da noção de dignidade humana, o STF autorizou progressão de regime em casos de condenação por crimes hediondos³⁹², deferiu prisão domiciliar em caso de paciente acometido de grave doença, mesmo diante de impedimento legal³⁹³, direito à livramento condicional como forma de reinserção do preso³⁹⁴, direito do preso à

³⁹¹ HC 91952/SP/2008, Min. Rel. Marco Aurélio de Mello; HC 89429/RO/2006, Min. Cármen Lúcia.

³⁹² HC 82959/SP/2006, que declarou inconstitucional o art. 2, parágrafo 1, da Lei 8.072/1990, que impunha o início do cumprimento da pena em regime fechado para os crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo. como regime retardava o direito do preso à progressão de regime em casos de crimes regidos por aquela lei. Cf. HC 104312/SP/2010.

³⁹³ HC 98675/ES/2009. EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE ACOMETIDO DE ENFERMIDADES GRAVES. RECONHECIMENTO, PELO ESTABELECIMENTO PRISIONAL, DE QUE NÃO TEM CONDIÇÕES DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADA. PRISÃO DOMICILIAR. HIPÓTESE NÃO ENQUADRADA NO ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. ARTIGO 1º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL [PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA]. 1. Autos instruídos com documentos comprobatórios do debilitado estado de saúde do paciente, que provavelmente definhará na prisão sem a assistência médica de que necessita, o estabelecimento prisional reconhecendo não ter condições de prestá-la. 2. O artigo 117 da Lei de Execução Penal determina, nas hipóteses mencionadas em seus incisos, o recolhimento do apenado, que se encontre no regime aberto, em residência particular. Em que pese a situação do paciente não se enquadrar nas hipóteses legais, a excepcionalidade do caso enseja o afastamento da Súmula 691-STF e impõe seja a prisão domiciliar deferida, pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana [artigo 1º, inciso III da Constituição do Brasil]. Ordem concedida.

³⁹⁴ HC 99652/RS/2009. EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. SUSPENSÃO. PRÁTICA DE NOVO CRIME DURANTE O PERÍODO DE PROVA. ABSOLVIÇÃO TRANSITADA EM

realização de trabalho externo autônomo³⁹⁵, jornada de trabalho normal do preso³⁹⁶.

Em relação a penas cruéis, a questão foi afrontada em sede de processos de extradição quando, no país requerente, o extraditando poderia vir a ser submetido à pena ou tratamento cruel. O primeiro destes casos foi o EXT 855/CL/2004, em que a extradição foi deferida somente depois que o Chile, país requerente, comprometeu-se formalmente a comutar a pena perpétua, proibida no Brasil nos termos do art. 5º, XVII, 'b' da Constituição Federal no rol dos direitos e garantias individuais, em pena privativa de

JULGADO. RESTABELECIMENTO DA LIBERDADE CONDICIONAL. 1. Para maior respeito à finalidade reeducativa da pena, o livramento condicional constitui a última etapa da execução penal, timbrada, esta, pela ideia central da liberdade responsável do condenado, de modo a permitir-lhe melhores condições de reinserção social. 2. A Lei de Execução Penal é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. 3. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais. 4. No caso, o livramento condicional do paciente foi suspenso, sob o fundamento da acusação de prática de crime doloso no curso do período de prova. Increpação da qual o paciente foi absolvido por sentença transitada em julgado. 5. Ordem concedida para restabelecer o livramento condicional.

³⁹⁵ HC 110605/RS/2011. Ementa: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. AUTORIZAÇÃO PARA O TRABALHO EXTERNO AUTÔNOMO. REQUISITOS DO ART. 37 DA LEP. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO PRECISA DO LOCAL E HORÁRIO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. I – Não se mostra razoável exigir do reeducando outro requisito além dos critérios objetivos e subjetivos previstos na Lei de Execução Penal, especialmente se este já comprovou sua condição de microempresário regularmente estabelecido. II – O trabalho externo do paciente é de suma relevância no processo de sua reeducação e ressocialização, elevando-se à condição de instrumento de afirmação de sua dignidade. III – No caso sob análise, a apresentação pelo paciente de registro como microempresário, indicando o número do CNPJ e o seu endereço comercial, em documento no qual a sua atividade está descrita como “instalação e manutenção elétrica”, é circunstância suficiente para a concessão do benefício pleiteado. IV – Na hipótese, a comprovação das atividades exercidas poderá ser feita por meio de notas fiscais de prestação de serviço, recibos, orçamentos e outros documentos semelhantes. V – Ordem concedida para permitir ao paciente exercer trabalho externo, nas condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Bagé/RS.

³⁹⁶ HC 96740/RS/2011.

liberdade, com duração máxima de 30 anos (tempo máximo de pena privativa de liberdade autorizado no país, nos termos do art. 75 do Código Penal). Neste caso, o STF mudou o entendimento quanto aos requisitos da extradição e impôs, a partir deste julgado, requisitos mais severos no que tange aos direitos e garantias individuais do extraditando no que concerne ao direito a não ser submetido a penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes³⁹⁷.

EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE 30 ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5º, XLVII, "b"). - A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, "b" da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva.(...)"

O caso teve, à época, ampla repercussão midiática no Brasil, porque o extraditando em questão, para além dos crimes cometidos na Chile (sequestro e assassinato do senador chileno Jaime Guzmán), também haviam sido condenados no Brasil por extorsão mediante sequestro, formação de quadrilha e tortura no que veio a ser tornar o famoso caso do sequestro do publicitário Washington Olivetto, que passou 53 dias em cativo, e foi resgatado com ampla cobertura midiática. No processo EXT 1008/CO/2007, o STF trancou processo de extradição, reconhecendo a impossibilidade de extradição em casos de reconhecimento formal, por parte do Estado brasileiro, do status de refugiado pelo

³⁹⁷ Cf. Rcl 11243/IT/2011, conhecido como Caso Battisti.

Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), nos termos do art. 33 da Lei 9.474/1997³⁹⁸ sem prejuízo ou interferência entre os poderes.

EMENTA: Extradicação: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando - então sacerdote da Igreja Católica - em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Questão de ordem. Reconhecimento do status de refugiado do extraditando, por decisão do comitê nacional para refugiados - CONARE: pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradicação: aplicação da Lei 9.474/97, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes.

1. De acordo com o art. 33 da L. 9474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradicação que tenha implicações com os motivos do seu deferimento. 2. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo - a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado - o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. 3. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder - desde que compreendido na esfera de sua competência - não significa invasão da área do Poder Judiciário. 4. Pedido de extradicação não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando.

EXT 1.008/CB. Min. Rel. p/ acórdão, Min. Sepúlveda Pertence.

Neste processo, foi vencido o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, que defendia interpretação ao art. 33 da Lei 9.474/1997 conforme art. 5º, LII e art. 102, I, g da CF/1988, “para que a extradicação somente seja obstada nos casos em que se impute ao

³⁹⁸ A referida lei criou mecanismos de implementação do Estatuto do Refugiado de 1951, no Título V que trata “Dos efeitos do Estatuto dos Refugiados sobre a Extradicação e a Expulsão”, arts. 33-35. Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradicação baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

extraditando ‘crime político ou de opinião ou ainda quando as circunstâncias subjacentes à ação do estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada’³⁹⁹.

3.4.2.iii. Proibição da discriminação

A Constituição Federal de 1988 reservou especial atenção ao combate à discriminação, elencando já no art. 3º, IV que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, reafirmando o princípio da igualdade no caput do art. 5º em que se lê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Ainda no art. 5º, o inciso XLI impõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e o inciso XXXI trata especificamente do direito à isonomia dos portadores de deficiência quando proíbe “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Ainda no bojo da Constituição, artigos específicos vedam possibilidade de discriminação contra crianças⁴⁰⁰, portadores de deficiência⁴⁰¹ e filhos,

³⁹⁹ Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 250.

⁴⁰⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

⁴⁰¹ Art. 227, II: criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). Cf. Na ADI 2649/DF/2008, o STF julgou constitucional a lei que garante gratuidade do transporte de pessoas portadoras de deficiências.

em relação à filiação⁴⁰².

O tratamento jurisprudencial do direito à igualdade e proibição da discriminação é consonante com o paradigma do pós-guerra, nos mesmos termos da proibição de tortura e tratamentos desumanos. O STF produz um discurso universalista baseado na noção de valor intrínseco do ser humano, tratando o direito à igualdade como direito fundamental indisponível cuja proteção decorre da necessidade de respeitar a dignidade humana, que é o bem jurídico protegido. Em um dos principais países de importação de mão-de-obra negra escravizada, cuja história está marcada pela escravidão negra e pelo racismo, o silêncio do STF sobre discriminação racial deve ser lida com atenção e é sintomático que sobre o assunto a única decisão importante seja o julgamento da ADPF 186/DF/2012 em que o Tribunal declarou a constitucionalidade da política de cotas raciais na Universidade da Universidade de Brasília (UNB), pioneira na construção de políticas afirmativas no âmbito do acesso à educação pública superior, exemplo posteriormente seguido por grande parte das universidades federais do país.

No que concerne aos direitos dos estrangeiros, o *caselaw* garantiu isonomia de tratamento em caso de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, direito dos refugiados, direito do estrangeiro de peticionar, bem como no que tange à imposição de requisitos formais em processos de extradição. No HC 91657/SP, julgado em 2007, o STF entendeu que “apesar de sua especificidade e da necessidade das devidas cautelas em caso de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, é desproporcional o tratamento que vem sendo dado ao instituto. Necessidade de observância, também na prisão preventiva para extradição (PPE), dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de expor o extraditando a situação de desigualdade em relação aos nacionais que respondem a processos criminais no Brasil”. Em relação ao direito do estrangeiro, a Segunda Turma do STF, por unanimidade de votos, HC 94404/SP/2008, reconheceu que o direito do estrangeiro a todas as prerrogativas básicas que garanta a preservação do ‘*status libertatis*’ e do devido processo legal.

⁴⁰² Art. 227, parágrafo 6: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSIÇÃO DE QUE O RÉU POSSA INTERFERIR NAS PROVAS E NA LEI DO CRIME ORGANIZADO (ART. 7º) - CONVENÇÃO DE PALERMO (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL) - INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO POSITIVO INTERNO BRASILEIRO (DECRETO Nº 5.015/2004) - INADMISSIBILIDADE DA INVOCAÇÃO, PARA EFEITO DE PRISÃO CAUTELAR, DO ART. 11 DA CONVENÇÃO DE PALERMO COMO SUPORTE DE LEGITIMAÇÃO E REFORÇO DO ART. 7º DA LEI DO CRIME ORGANIZADO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DEFERIDO, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS".

O caso é particularmente interessante porque a Segunda Turma do STF questiona a constitucionalidade do art. 7º da Convenção de Palermo, da qual o Brasil é signatário, que veda aprioristicamente possibilidade de concessão de liberdade provisória em caso

de crime organizado. A Segunda Turma entendeu que o magistrado utilizou, para decretar a prisão cautelar, critérios incompatíveis com a jurisprudência do STF, quais sejam a gravidade objetiva do delito e clamor público, e pontuou que “cláusulas inscritas nos textos internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciais nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema positivo”.

Citando farta jurisprudência consolidada do STF no sentido de declarar inconstitucional vedação apriorística de possibilidade de concessão de liberdade provisória⁴⁰³, a Segunda Turma concedeu o *habeas corpus* em função do princípio da igualdade, da isonomia e da proibição de tratamento discriminatório.

A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os

⁴⁰³ Nos termos do voto do Min. Rel. Celso de Mello “A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível com a presunção de inocência e com a garantia do “due process”, dentre outros princípios consagrados na Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito. Precedente: ADI 3.112/DF. - A interdição legal “in abstracto”, vedatória da concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI 3.112/DF), considerados os postulados da presunção de inocência, do “due process of law”, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este na perspectiva da proibição do excesso. - O legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal. - Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário, aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.”.

direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.

Cabe ainda analisar o conteúdo do HC 94477/PR/2011, mais uma vez julgado pela Segunda Turma do STF que, a unanimidade, deferiu o *habeas corpus* para permitir ao estrangeiro não domiciliado no Brasil o direito de comutar a pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, cassando a decisão contrária do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia indeferido o *writ* com base no argumento de que “não se aplica a substituição da pena ao réu estrangeiro que não possui residência no país (...)no caso, inviável a concessão do benefício, porquanto o paciente reside no Paraguai”. Em seu voto, o Min. Rel. Gilmar Mendes, a partir do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88) e da igualdade (art. 5º, CF/88), deferiu o *habeas corpus* por entender ilegítimo o tratamento desigual ao estrangeiro, no que tange à concessão do benefício. De se ressaltar que, em seu voto, Min. Gilmar Mendes cita voto-vista do Min. Cezar Peluso no HC 97.147/MT:

Não é esta, porém, a leitura mais curial, sobretudo porque a garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comporta exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreende que, sem razão perceptível, o Estado deixe de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas que, suposto estrangeiras sem domicílio no país, se encontrem sob o império de sua soberania.

Voto-vista do Min. Cezar Peluso no HC 97.147/MT.

Novamente nesta circunstância, o STF aponta para a noção de dignidade humana como o bem jurídico protegido, ou seja, como fundamento do direito universal e indisponível de igualdade que impede tratamento desigual, sem que haja uma razão objetiva e razoável que justifique a desigualdade.

3.4.2.iv. Para fins de caracterização de tipos penais: a sintomática controversia em torno da qualificação do crime de redução à condição análoga à escravidão

Por fim, o STF enfrenta um debate tenso sobre a possibilidade de utilização da noção de dignidade humana não só como bem jurídico protegido por certos tipos penais, mas como elemento subjetivo do tipo penal, o que levantou debate sobre a admissibilidade de tipos penais abertos e a questão do princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal. Como vimos, este foi o ponto central do debate que norteou uma das primeiras decisões do STF baseadas na noção de dignidade humana, quando do julgamento do HC 70389/Sp, em 1994, em que se questionava a constitucionalidade do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente que criminalizava a prática de tortura, sem, entretanto, definir o tipo penal, o que só veio a ocorrer com a entrada em vigor da Lei 9.455/97 que tipificou a prática de tortura no Brasil, e sinalizamos debate sobre os requisitos do tipo penal em casos de injúria⁴⁰⁴, a distinção entre injúria qualificada e racismo⁴⁰⁵ e crime contra a organização do trabalho⁴⁰⁶.

De todos os casos, certamente aquele em que a noção de dignidade humana foi mais disputada no plenário do STF foi na caracterização dos crimes de redução à condição análoga à escravidão⁴⁰⁷, especialmente no julgamento do INQ 3412/AL/2012⁴⁰⁸, em que o tribunal deveria se pronunciar sobre o recebimento da denúncia por crime de redução à condição análoga à escravidão, nos termos do art. 149 do CP⁴⁰⁹ que tipifica o crime

⁴⁰⁴ INQ 2543/AC/2008, Min. Rel. Marco Aurélio de Mello.

⁴⁰⁵ INQ 1458/RJ/2003; HC 82424/RS/2003.

⁴⁰⁶ RE Agr 587530/SC/2011. Ementa: (...) É da mais recente jurisprudência desta Suprema Corte, o entendimento de que, para fins de fixação da competência da justiça federal, o enquadramento na categoria de crimes contra a organização do trabalho, vai além de condutas ofensivas ao sistema de órgãos e instituições que visam a proteção dos trabalhadores. A dignidade do homem, protegida amplamente pela Constituição da República, não pode ser olvidada, devendo ser atrelada àquele componente orgânico (RE nº 398.041/PA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 19/12/08).

⁴⁰⁷ RE 541627/PA; RE 398041/PA/2006 ; Inq 3412/AL/2012; Inq 2131/DF/2012.

⁴⁰⁸ Sobre a jurisprudência do STF sobre o assunto, cf. INQ 2131/DF/2012, RE 541627/PA; RE 398041/PA/2006, RE 480.138/RR, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.04.2008; RE 508.717/PA, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 11.04.2007. 7

⁴⁰⁹ Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em

colocando como elemento do tipo “condições degradantes de trabalho”. O Min. Marco Aurélio de Mello, relator do processo e voto vencido, defendeu o não recebimento da denúncia sob o argumento de que “os autos do inquérito nada mais revelam senão condições laborais, embora questionáveis sob a óptica do Direito do Trabalho, comuns à realidade agrícola brasileira, em especial, repito, quando utilizada mão de obra sazonal”, criticando “transmudar inobservância, mesmo que contumaz, a normas de índole nitidamente trabalhista em desrespeito a lei penal”. Os Min. Dias Toffoli e Gilmar Mendes seguiram o relator e se posicionaram contra o recebimento da denúncia, defendendo que é parte essencial do tipo penal em questão a limitação do direito de ir e vir e criticaram a utilização dos parâmetros do Ministério do Trabalho para caracterização da condição degradante de trabalho. O Min. Gilmar Mendes, dentre os mais aguerridos contra o recebimento da denúncia, fez uma longa explanação em que defendeu a necessidade de partir da “realidade da área rural” brasileira para julgar casos deste tipo, sob pena de declarar todo trabalho rural no Brasil como regime de escravidão, citando o que chamou de “morte do senso comum”:

E acho até, pelo conhecimento que tenho da área rural, vejo as portarias do Ministério do Trabalho, que estão servindo de subsídios para a interpretação da legislação penal, e confesso que fico até um pouco assustado [...] trouxe até um livro de um autor americano que falava sobre a morte do senso comum nos Estados Unidos, dizendo da maratona a que submeteu Madre Teresa de Calcutá quando, após receber o Nobel, tentou comprar uma casa para abrigar pessoas que estavam abandonadas nas ruas de Nova Iorque. E ela teve grande dificuldade, porque verificou que, para atender aos

razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

requisitos de novos abrigos, o prédio tinha que ter elevador. Então, as pessoas – diz esse autor –, elas podem morar na rua, mas se se trata de abrigar-se, num abrigo com essa destinação, o prédio tem que ter determinado perfil. [...] Vamos encontrar situações – e há dados aí publicados – em que o proprietário rural é quase tão pobre quanto o empregado rural. Isso acontece em algumas áreas do País, e sabemos bem disso. E, aí, vai se dizer: "Ah, é trabalho escravo?" De ambos, se formos olhar a renda. Então, é preciso fazer realmente esse tipo de avaliação. Acho importante o debate, porque certamente ele já vai contribuir para iluminar esses iluminados que são (ininteligível) de trabalho, que cumprem uma função importante no sentido de coibir também o trabalho irregular, de coibir os abusos.

Abrindo a divergência que sairia vencedora naquele julgamento, a Min. Rosa Weber defendeu o recebimento da denúncia e alicerçou sua argumentação em discurso híbrido que ora remete à noção kantiana de dignidade humana (as coisas têm valor; as pessoas têm dignidade), ora abre espaço para uma interpretação dissonante do uso da noção quanto aponta para a possibilidade de interpretar que ser tratado com dignidade é ter domínio sobre si mesmo e, portanto, o direito de escolha e de auto-determinação.

Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa "reduzir alguém a condição análoga à de escravo". Exemplificando, não há registro no caso presente de que algum dos trabalhadores tenha sido proibido de abandonar o seu trabalho, mas não tenho dúvidas de que eles não persistiriam trabalhando em condições degradantes ou exaustivas se dispusessem de alternativas. Ser escravo é não ter domínio sobre si mesmo.

A Min. Rosa Weber continua sua argumentação no sentido de que nem toda violação

dos direitos trabalhistas configura trabalho escravo, mas “*se a afronta aos direitos assegurados pela legislação regente do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes*”, a Ministra aponta ser possível o enquadramento no crime do art. 149 porque reduzir alguém à condição análoga à escravidão acontece quando se tem a “*privação de sua liberdade e de sua dignidade, mesmo na ausência de coação direta contra a liberdade de ir e vir*”. A divergência foi seguida pelo Min. Luiz Fux que, em seu voto, pontuou que o tipo penal em questão é um tipo penal da modernidade.

Esses tipos penais são tipos da modernidade; são tipos que visam a coibir essas condições em que o pobre trabalhador brasileiro se vê instado a exercer as suas funções no afã de sustentar minimamente a sua família. De sorte que, quando se tipifica uma conduta como redução à condição análoga a de escravo, evidentemente que é um tipo penal do nosso tempo. Por isso que a doutrina e, agora, a jurisprudência vêm destacando que, nessa situação, se encontram aqueles que exercem as suas funções em circunstâncias humilhantes e aviltantes da sua dignidade.

O Min. Dias Toffoli, em seu voto, criticou duramente a divergência aberta, em particular o voto do Min. Luiz Fux, por entender que havia ali uso equivocado do princípio da dignidade humana no âmbito penal. Em discussão acalorada, o Min. Dias Toffoli pontuou que “*tenho para mim que utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana para receber uma denúncia em matéria penal é um passo exagerado*”. O debate que se deu a partir deste momento do julgamento está transcrito no acórdão do tribunal e merece citação:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas é que eu não aceito o vezo de ter utilizado de forma promiscua a dignidade da pessoa humana, acho que apliquei com a dignidade que o caso merece.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

No entendimento de Vossa Excelência. Eu tenho o meu entendimento. O meu

entendimento é que em matéria penal temos que ser restritivos. Onde está o tipo do art. 149? Vamos à tipologia e à topologia do dispositivo. O art. 149 do Código Penal está na Seção I do Capítulo VI do Título I da Parte Especial. O que é a Parte Especial? Trata ela dos tipos penais propriamente ditos. O que é o Título I? Crimes contra a Pessoa. Capítulo VI: Dos Crimes contra a Liberdade Individual. A propedêutica diz o seguinte: qual é o bem jurídico aqui que está protegido pelo legislador da matéria penal? A liberdade individual. Seção I desse dispositivo: Crimes contra a Liberdade Pessoal. É aqui que está o tipo do art. 149.

O Min. Cesar Peluso, por sua vez, acompanhou a divergência aberta pela Min. Rosa Weber e colocou a noção de dignidade humana como epicentro do debate sobre o tipo penal em questão que protegeria a dignidade do trabalhador.

Todos os tipos penais introduzidos pela Lei nº 10.803/2003 têm, como sujeito passivo do crime, o trabalhador. É textual em todos os tipos penais. Então, não há dúvida nenhuma, a lei restringiu a objetividade jurídica do crime. E, ao restringir o campo para a tutela específica do trabalhador, ficou só formalmente, pelo número do art. 149, sob o título da defesa da liberdade, mas o objeto da tutela material já não é a liberdade, é a dignidade da pessoa na posição de trabalhador. É a dignidade da pessoa na posição de trabalhador. Já não se trata de delito contra a liberdade pessoal, trata-se de delito contra a dignidade da pessoa, considerada na condição social de trabalhador. Daí por que o nome juris tradicional, mantido na introdução da descrição dos tipos - diz "reduzir à condição" -, é mera reminiscência da sua origem histórica, não mais elemento definidor da objetividade do tipo penal, porque o que este enuncia agora é o seguinte: constitui crime, que tem esse nome tradicional, submeter um trabalhador, por exemplo, a condições degradantes de trabalho.

A questão está longe de ser encerrada porque integra a disputa narrativa contemporânea no Brasil quanto à luta contra o trabalho escravo num país caracterizado pela desigualdade social fundante da história escravocrata que é marca distintiva das contradições e ambivalências sociedade brasileira nos dias atuais e onde o judiciário

desempenha um papel importante. A luta contra a escravidão moderna é a outra face da luta por condições dignas de trabalho no sentido de condições de standards mínimos de garantias trabalhistas asseguradas na legislação interna e internacional, fruto das reivindicações dos movimentos proletários, de um lado, e da capacidade do capitalismo de cooptar e arrefecer movimentos revolucionários, de outro. Isto explica as alterações recentes na redação do tipo penal e as várias propostas de alteração desta em andamento no Parlamento brasileiro, na medida em que estas tensões evidenciam a disputa quanto à imposição de parâmetros mínimos de respeito aos direitos trabalhistas e à *dignidade do trabalhador* no sentido de dotá-lo de condições de trabalho e respeito dentro dos parâmetros do direito trabalhista. Nesta luta política e necessariamente pedagógica, o judiciário ocupa um espaço importante na medida em que conforma as práticas que antes eram apenas violações de direitos trabalhistas em um discurso moral de condenação da escravidão. Esta operação é percebida e digerida no âmbito do STF e, não por acaso, sai vitorioso o argumento de viés kantiano que, neste caso, para além da força persuasiva de seus argumentos fundantes do humanismo liberal, não encontra obstáculos no debate sobre autonomia porque a questão se concentra na universalização do direito à igualdade do que no consentimento frágil ou nenhum de pessoas muito pobres em situação de grande fragilidade social.

3.4.3. Discursos dissonantes

3.4.3.i. Direito à vida privada

No campo dos espaços de proteção do direito à vida privada e à intimidade e limitação do espaço de intervenção estatal, o STF tem uma jurisprudência recente bastante protetiva, em termos de discursos sobre a dignidade humana, da individualidade e da autonomia, nos casos em que a noção de autonomia foi problematizada, da vontade como preponderante sobre a noção de autonomia kantiana. O STF optou, quase sempre – porque cabe a ressalva quanto ao entendimento cravado no âmbito do julgamento do caso Glória Trevi, cujas particularidades serão evidenciadas –, por proteger o direito a eleger as próprias escolhas, tomando em alguns casos decisões paradigmáticas no

campo dos espaços da religiosidade e a afirmação da laicidade do Estado, bem como em questões da bioética, pronunciando-se sobre constitucionalidade da lei de biossegurança⁴¹⁰, interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos⁴¹¹, inviolabilidade do corpo para fins de investigação de paternidade⁴¹² e *status* da união homoafetiva⁴¹³.

Sobre a questão da inviolabilidade do corpo, o STF se pronunciou poucas vezes sobre o direito à paternidade e ao nome, impondo parâmetros e limites à coleta forçada de material genético em casos de ações civil de investigação de paternidade, como no HC 71373/RS/1994. Em 2002, o STF se viu confrontado em um caso bastante particular. Glória Trevi, então extraditanda no processo EXT 783 e recolhida nas dependências da Polícia Federal em Brasília em prisão preventiva de extradição, faz denúncia no processo de “estupro carcerário” e a gravidez é posteriormente confirmada. Instaura-se processo disciplinar e criminal no âmbito da própria polícia federal, para averiguação das denúncias gravíssimas que, àquela altura, já estampavam os principais jornais do país. Ao longo do processo, Glória Trevi proíbe realização de exame de DNA para fins de identificação de paternidade, e o juiz federal da 10ª Vara autorizou coleta forçada da placenta, durante o parto. O STF, diante do pedido de Glória Trevi ver respeitado o direito à intimidade e de preservar a identidade do pai, autorizou a coleta forçada da placenta para fins de investigação da paternidade, a partir de argumento de prevalência da moralidade administrativa, persecução penal, direito à honra e à imagem dos policiais federais acusados de estupro e direito à imagem da própria instituição. Apesar das críticas e tentativas judiciais de impedir a execução da ordem judicial, esta foi

⁴¹⁰ ADI 3510/DF/2008.

⁴¹¹ ADPF 54/DF/2012.

⁴¹² Cf. HC 71373/RS/1994 (já analisado, vide ponto 2.2.1.1.); HC 76060/SC/1998. É preciso olhar com atenção para o QO-RCL 2040, julgamento da questão de ordem da RCL 2040/2002, em que o STF garantiu a possibilidade de coleta forçada durante o parto de parte da placenta da mãe da criança, Glória Trevi, para realização de exame de DNA e reconhecimento do policial que teve relações sexuais com a extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, em caso de provável violência sexual que estava sendo investigado pelo Ministério Público Federal. Por fim, RE 363889/DF/2011, que abre possibilidade de relativização da coisa julgada para realização de exame de DNA para fins de investigação de paternidade.

⁴¹³ ADPF 132/RJ/2001 e ADI 4277/DF/2011.

cumprida e posteriormente Trévi foi extraditada, com o filho, para o Chile. No RE 248869/2003, a Segunda Turma do tribunal firmou entendimento de que o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível”⁴¹⁴, abrindo espaço para reformulação futura do entendimento do STF sobre o assunto, já que a inviolabilidade do corpo, enquanto espaço de intimidade e realização do alcance da proteção ao direito à vida privada entrará em conflito com o direito à filiação enquanto direito indisponível. Sobre o tema, o STF ainda não se posicionou novamente de maneira incisiva, tendo apenas em 2011, foi reconhecida a repercussão geral quando do julgamento do RE 363889/DF/2011, Min. Rel. Dias Toffoli, o pleno do STF considerou que o direito à busca da identidade genética é manifestação da dignidade da pessoa humana e deve prevalecer sobre a coisa julgada, “em razão da existência de anterior demanda em que não foi possível a realização de exame de DNA, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita e por não ter o Estado providenciado a sua realização”⁴¹⁵.

Em relação ao debate bioético, o julgamento da ADI 3510/DF, em 2008, é paradigmático, sendo o primeiro caso de controle concentrado de constitucionalidade em que a noção de dignidade humana desempenhou um papel fundamental na argumentação do tribunal. Discutia-se a constitucionalidade da Lei 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, que disciplina no Brasil o plantio e a comercialização de organismos geneticamente modificados (OGM), também conhecidos como produtos transgênicos, e autoriza o uso de células-tronco de embriões humanos para pesquisas, parte em que se concentrou o debate no âmbito do STF.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF pugnava pela declaração de inconstitucionalidade da parte da lei que autorizada o uso de células-tronco de embriões

⁴¹⁴ Ementa do julgamento do RE 248869/2003, Min. Rel. Maurício Corrêa.

⁴¹⁵ Na decisão, o relator citou decisão da Corte Constitucional Alemã sobre o acesso à informação sobre a paternidade. Na íntegra, lê-se que “a que se está a fazer, neste caso, é dar ênfase ao direito fundamental à informação genética, que já foi examinado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no famoso caso da “informação sobre a paternidade” (...). Trata-se de pura e simplesmente reconhecer que houve evolução nos meios de prova e que a defesa do acesso à “informação sobre a paternidade” deve ser protegida porque se insere no conceito de direito da personalidade”.

humanos para a pesquisa, sob o argumento de que a prática constituía violação do direito à vida, bem como a prática de aborto e violação do princípio da dignidade da pessoa humana. O tribunal entendeu que a legislação não constitui violação do direito à vida⁴¹⁶, sendo constitucional o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, sendo “as normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e a o planejamento familiar”⁴¹⁷. O tribunal utilizou a noção de dignidade humana como fundamento do

⁴¹⁶ No julgado, o tribunal distinguiu as noções de embrião, o feto e a pessoa humana. Cf. ADI 3510/DF/2008. Na íntegra da decisão, lê-se que “A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”.

⁴¹⁷ Cf. ementa da ADI 3510/DF/2008: LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião “in vitro”, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias

direito ao planejamento familiar (reflexo da autonomia individual) e à paternidade responsável, ambos direitos que garantem a um casal a possibilidade de recorrer a processo 'in vitro' de fecundação artificial de óvulos, sendo-lhes reconhecido o direito de não utilizar todos os óvulos fecundados, sob pena de impor à mulher tratamento desumano ou degradante.

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º

(inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

Esta decisão, certamente histórica, também coloca o direito à saúde como corolário do direito à vida digna⁴¹⁸, identificando na Lei de Biossegurança um instrumento à serviço da ciência para pôr fim a doenças graves.

Outra decisão com grande impacto político e social e baseado na noção de dignidade como autonomia da vontade e possibilidade de realizar o sentido de suas metáforas foi o julgamento da ADPF 54/DF em que o plenário do STF considerou, por unanimidade nos termos do voto do relator Min. Marco Aurélio de Mello, incompatível com a Constituição Federal de 1988 interpretação do Código Penal de 1940 que, na ausência de excludente de ilicitude, incluía a interrupção de gravidez em casos de fetos anencéfalos como conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal. A decisão, de eficácia geral, encerrou possibilidade de interpretação incriminadora da conduta da mulher que escolhe não levar adiante a gravidez nestes casos⁴¹⁹ e uma das jurisprudências importantes do STF, na medida em que correlaciona

⁴¹⁸ ADI 3510/DF/2008. Na íntegra da decisão, lê-se que “Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental”.

⁴¹⁹ No Brasil, a interrupção da gravidez é crime, nos termos dos arts. 124, 125, 126, estando, nos termos do art. 128, as excludentes de ilicitude.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por medico.

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

o debate sobre os limites da punitividade frente à realização da autonomia individual enquanto concretização dos direitos sexuais femininos – antiga reivindicação do movimento feminista - e a laicidade do Estado brasileiro.

3.4.3.ii. Direito à verdade

Em 29 de abril de 2010, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153⁴²⁰, o STF declarou que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos (art. 1º, pará 1) se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar. Por maioria de votos, o STF rechaçou a tese de que a referida lei, em seu art. 1º, para 1⁴²¹, não havia sido recepcionada pela ordem constitucional instaurada em 1988. O julgamento, como era de se esperar, foi acompanhado com grande atenção pela imprensa e pela sociedade civil, tendo grandes consequências simbólicas e práticas, tendo em vista que a referida lei constitui o óbice normativo à enxurrada de processos que se seguiriam por crimes ‘de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política’, cometidos durante a ditadura militar.

Ementa: Lei n. 6.683/79, a chamada “lei de anistia”. Artigo 5, caput, II e XXXIII da Constituição do Brasil; princípio democrático e princípio republicano: não violação. Circunstâncias históricas. Dignidade da pessoa humana e tirania dos valores. Interpretação do direito e distinção entre texto normativo e norma jurídica. Crimes

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁴²⁰ Ficaram vencidos os Min. Ricardo Lewandovisk e Carlos Ayres Britto.

⁴²¹ Lei 6.683/79. Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (grifo nosso)

conexos definidos pela lei n. 6.683/79. Caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Jurisprudência do supremo tribunal federal na sucessão das frequentes anistias concedidas, no Brasil, desde a República. Interpretação do direito e leis-medida. Convenção das nações unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. Artigo 5, XLIII da constituição do Brasil. Interpretação e revisão da lei da anistia. Emenda constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, poder constituinte e auto-anistia. Integração da anistia da lei de 1979 na nova ordem constitucional. Acesso a documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à memória.

O debate se encerra dentro da gramática da justiça transicional e se relaciona com o direito à verdade e à memória. O que interessa a este trabalho é que boa parte do Conselho Federal da OAB se baseou no princípio da dignidade humana que, em consonância com os princípios democráticos e republicanos afirmados na CF/88 impediriam a interpretação da lei da anistia como um óbice ao julgamento de crimes acontecidos durante a ditadura militar⁴²².

6. Acrescenta não ser possível, consoante o texto da Constituição do Brasil, considerar válida a interpretação segundo a qual a Lei n. 6.683/79 anistiará vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Sustenta que essa interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais.

7. A eventual declaração, por esta Corte, do recebimento do parágrafo 1 do art. 1º da

⁴²² A Associação Juizes para a Democracia ingressou no feito na qualidade de *amicus curiae*, e postulou que o STF reconhecesse “com base em seus próprios precedentes, na doutrina, e na legislação material e processual em vigor, a inexistência de conexidade entre delitos praticados pelos agentes repressores do regime militar e os crimes políticos praticados no período, de forma a afastar a incidência do pará 1 do art. 1º da Lei 6.683/79, e que as eventuais situações concretas que ensejem a aplicação destes dispositivos sejam apuradas singularmente pelos Juízos competentes para a instrução penal” (ADPF 153/DF/2010, fl. 149).

Lei 6.683 implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democrático e republicano; [iii] ao princípio da dignidade da pessoa humana.

8. Por fim, alega que os atos de violação da dignidade humana não se legitimam com a reparação pecuniária [Leis ns. 9.140 e 10.559] concedida à vítimas ou aos seus familiares, vez que os responsáveis por atos violentos, ou aqueles que comandaram esses atos, restariam imunes a toda punição até mesmo encobertos pelo anonimato.

9. Requer que esta Corte, dando interpretação conforme à Constituição, declare que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar.

O Min. Eros Grau, relator do processo e do acórdão, proferiu voto extenso em que, resgatando o histórico da luta pela aprovação da lei de anistia e fazendo um debate sobre a narrativa histórica tal qual colocada na inicial, defendeu a tese de que a lei de anistia constituiu um acordo histórico (“o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização”⁴²³ (pará 20, voto do relator) que só pode ser compreendido dentro das circunstâncias históricas de sua aprovação, impedindo uma revisão *a posteriori* pelo judiciário.

Em relação especificamente ao argumento de que a dignidade dos brasileiros que resistiram à ditadura foi utilizada como “moeda de troca em um acordo político”, Grau partiu da premissa kantiana para, a partir de Hartmann, criticar a utilização da dignidade humana para construção do que chamou de tirania dos valores. Em seu voto, defendeu a lisura do acordo político realizado em 1979 para i) progressivamente o Brasil voltar a um regime democrático; ii) e condicionar o debate sobre a revisão deste acordo ao Poder Legislativo, retirando o debate da esfera do judiciário. Eis o argumento do relator

⁴²³ Em seu voto, o Min. Faz uma revisitação à história da luta pelos termos da Lei de Anistia e da repressão de então à própria OAB. Neste sentido, aponta que “reduzir a nada essa luta (...) é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção. Sem ela, não teria sido aberta a porta do Colégio Eleitoral para a eleição de “Dr. Tancredo””, como diziam os que pisavam o chão da História”(pará.21).

Min. Eros Grau:

Tem razão a Arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano.

Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor [valor de quem se arroga a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais o valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. Então, como diz Hartmann, quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o ethos humanos, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.

Sem de qualquer modo negar o que diz a Arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço [o que subscrevo], tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação que o instituto da anistia viola a dignidade humana.

Com este entendimento, o STF conseguiu compor uma discursividade híbrida que, se de um lado confirma a premissa kantiana (as coisas têm preço, a pessoa tem dignidade), de outros subverte sua lógica – de universalidade e indisponibilidade dos direitos decorrentes da dignidade. Ao recolocar o debate em termos de escolhas políticas, ou seja, no campo da disponibilidade frágil dos consensos democráticos sobre o que queremos, e não sobre o que *temos* que fazer, a decisão do STF se afasta do paradigma kantiano e da jurisprudência da IACtHR sobre o direito à verdade, que se inscreve dentro de um discurso universalista de indisponibilidade dos direitos que *devem* ser protegidos. A disputa sobre o sentido da dignidade é o elemento chave da subversão da discursividade kantiana que é operada através da recuperação das reflexões propostas

pelo filósofo alemão Nicolai Hartmann em *Ethik*, 1926⁴²⁴ acerca da tirania dos valores que mais tarde serão essenciais para o pensamento de Carl Schmitt sobre os valores como espectros de deuses desencantados⁴²⁵. Esta perspectiva crítica acerca do uso da dignidade por aquele que se arroga na capacidade de impor “na qualidade e quantidade em que o mensure”, apropriando-se do valor para proclamá-lo conforme de seu critério particular, é a base a partir da qual o STF reconheceu que os crimes cometidos durante a ditadura militar violaram a dignidade da pessoa humana, mas este valor não pode ser utilizado para *retribuir* que a proclamação do instituto da anistia viola esta mesma dignidade humana.

⁴²⁴ N. HARTMANN. *Ethik*, 3ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1949, p. 576 (“Jeder Wert hat wenn er einmal Macht gewonnen hat über eine Person die Tendenz, sich zum alleinigen Tyrannen des ganzen menschlichen Ethos aufzuwerfen, und zwar auf Kosten anderer werte, auch solcher, die ihm nicht material entgegengesetzt sind”).

⁴²⁵ C. SCHMITT. *Die Tyrannei der Werte*. Hamburg: Lutherisches Verlagshaus, 1979.

CAPÍTULO 4.

DAS CONVERGÊNCIAS ÀS DIVERGÊNCIAS: OS ESPAÇOS DE PROTEÇÃO DA INDIVIDUALIDADE EM DISPUTA

Tanto os pré-modernos (juristas europeus – formalismo e positivismo) quanto os pós-modernos (juristas estadunidenses – realismo jurídico) procuraram desesperadamente fugir das consequências da modernidade. Para ambas as posições, o monstro a ser exorcizado é sempre o mesmo: a subjetividade do juiz, o risco que decida segundo seus interesses pessoais, suas convicções ou suas idiossincrasias⁴²⁶.

Se os múltiplos usos da noção de dignidade humana alcançaram na jurisprudência contemporânea um grau de complexidade desafiador que não podem ser reconduzidos em termos de uma unidade de sentido, os mapeamentos jurisprudenciais sugerem uma consistência discursiva. Com efeito, padrões discursivos convergentes no trato de muitas reivindicações por proteção de direito sinaliza um equilíbrio instável entre proteção da autonomia individual impessoal e a proteção da individualidade. É, neste sentido, revelador que estas convergências se apresentem tanto em nível de consonâncias, quanto em nível de dissonâncias discursivas, apontando uma racionalidade um tanto quanto ambígua no campo da retórica dos direitos humanos, que se somam as indefinições no campo das divergências consonantes e dissonantes, onde as Cortes disputam entre si os sentidos da noção de dignidade em questões de grande tensão política que têm repercussões pragmáticas na proteção dos direitos humanos.

4.1. Um ponto de partida em comum

Apesar das singularidades de cada processo de juridicização, as três experiências compartilham as mesmas raízes filosóficas e da tradição judaico-cristã que possibilitaram o consenso do pós-guerra, dentro de um quadro de internacionalização

⁴²⁶ SANTORO, *Estado de Direito e interpretação. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito*, p. 47-48.

dos direitos humanos, inserido na ideologia do globalismo jurídico⁴²⁷, enquanto explicação para as transformações das estruturas políticas e dos aparatos normativos que se deram em função do aprofundamento dos ditos processos de globalização. Duas das experiências analisadas são, inclusive, resultantes deste processo, na medida em que se constituem como principais órgãos de monitoramento dos seus respectivos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. A experiência brasileira, por sua vez, insere-se neste cenário durante a década de oitenta, durante o processo de redemocratização do país que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, já no art. 1º, III, juridiciza a noção e abre espaço constitucional para recepção de novos direitos advindos de tratados internacionais a que o Brasil seja parte, antecipando o processo de internacionalização dos direitos humanos que o Brasil realizaria na década de noventa.

Nas três jurisdições, a centralidade da noção de dignidade humana é resultado da atividade jurisprudencial da ECtHR, mas a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 já acenava implicitamente para a noção ao mencionar no preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais perfeito exemplo da promessa do pós-guerra, em viés do cosmopolismo universalista kantiano. Em 1997, com a adoção pelo da *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Dignidade de todos os Seres Humanos em relação à Aplicação da Biologia e Medicina* e seu *Protocolo Adicional sobre a Proibição de Clonagem de Seres Humanos*, a noção foi explicitamente juridicizada no Conselho da Europa.

No âmbito do sistema interamericano, a noção de dignidade tem centralidade nos instrumentos jurídicos e na atividade da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda que o filtro procedimental que dificulta o acesso à Corte seja um obstáculo ao pronunciamento mais consistente sobre o tema.

⁴²⁷ Cf. D. ZOLO. *I Signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998.

4.2. Das convergências

4.2.1. Das convergências consonantes

As convergências discursivas se consolidam no campo de duas proibições basilares do projeto de modernidade política e da retórica moderna dos direitos humanos, conectando-se com as afirmações resultantes das revoluções burguesas do séc. XVII e XVIII, em particular à afirmação das ideias beccarianas no campo da punitividade iluminista e do igualitarismo francês, no campo da afirmação do direito à igualdade. Com efeito, os tratamentos jurisprudenciais da proibição de tortura e tratamento desumano e degradante e da proibição de discriminação são realizados em termos de discurso universalista, constitutivo de direitos indisponíveis, onde o valor do ser humano é informador dos direitos garantidos, em clara consonância com a promessa do pós-guerra.

Na maior parte destes discursos, não existe grande problematização dos espaços de individualidade, uma vez que consistem em tratamentos não consentidos onde a vítima – de tortura, de tratamento desumano ou tratamento discriminatório – busca no judiciário a proteção contra este tipo de violação, a partir de estratégias de legitimação cognitiva no campo jurídico. Em todos estes casos, a tensão discursiva é menor e não por acaso é muitas vezes invocada por Waldron como exemplo do uso da dignidade como *status* normativo que garante a todos, e não mais só aos nobres, o direito de não ser torturado ou discriminado, pois ensejam discursos perfeitamente explicáveis em termos consonantes, tanto a partir da perspectiva do paradigma do pós-guerra, quanto na abordagem waldroniana.

A questão sobre os tratamentos consentidos – onde o indivíduo não partilha a mesma percepção que uma dada comunidade acerca do sentido de um determinado fato, não sendo para este degradante aquilo que aos olhos de uma comunidade está marcado pela reprovação moral - foi enfrentada apenas pela EctHR e, nos poucos casos em que os espaços da individualidade são tensionados neste campo, a Corte tendeu a um discurso universalista que se sobrepõe à proteção da autonomia individual, exatamente nos

termos kantianos que proíbem alguém de tratar a si mesmo de forma ‘indigna’, relativizando o consentimento, ainda que retoricamente esta operação seja realizada com recurso à noção de margem de apreciação como um instrumento retórico importante neste tipo de questões. Mesmo se afastando dos argumentos das cortes constitucionais de origem - ver teor da decisão da *House of Lords* no caso *Laskey* – a Corte reproduz instabilidade discursiva com que as jurisdições lidam com questões desta natureza, na medida em que exterioriza a desigualdade de tratamento em função de preconceitos (ou “juízos de valor”) culturalmente orientadas.

O fato de que questões deste tipo estejam ocupando a jurisdição europeia – ainda que de forma minoritária, é por si só indicativo de novas reivindicações políticas por reconhecimento de direitos que não alcançaram consenso nos respectivos Parlamentos nacionais, afirmando-se no centro da tensão entre a proteção impessoal da autonomia e a proteção da individualidade. Estes são exemplos importantes do que Santoro aponta como característica das sociedades marcadas pelo politeísmo de valores onde existe o acirramento das estratégias de legitimação cognitiva conflitantes⁴²⁸ em que a autonomia do indivíduo pode ser medida em termos de capacidade de construção de metáforas eficazes dentro de um determinado jogo linguístico do qual o direito constitui um espécie particularmente influente na delimitação dos espaços de liberdade e autonomia da individualidade.

Este é o caso das reivindicações pautadas no direito à morte digna, concernente à autonomia da vontade em casos de doenças graves em estágios avançados, tem sido disputados em termos de conflitos entre o direito à vida e a proibição de tratamento desumano, contrbalanceando a proteção da dignidade e a proteção contra a indignidade. As reivindicações pela morte digna pautam o discurso em termos de direito de não ser submetido a tratamento cruel e, portanto, em termos de indignidade, enquanto que a resistência ao reconhecimento da reivindicação pelo direito de autonomia individual nesta temática foca o discurso mais na obrigação estatal de garantir a dignidade universal que habita todos os indivíduos. Este é um campo de problemáticas latentes resultantes de novas questões no campo da bioética, onde os avanços tecnológicos no campo da medicina alteraram significativamente as condições e as

⁴²⁸ SANTORO, 1999, p. 470-471.

questões relacionadas ao término da vida, com novos métodos de prolongamento artificial da vida.

No que concerne ao alcance da proibição de tratamento desumano, as Cortes produziram uma teia discursiva voltada à imposição de limites impessoais e universais – ditos, portanto, *humanitários* -, ainda que as três jurisdições demonstrem particular preocupação com o respeito à divisão dos poderes e ao direito do Estado de investigar, processar e punir os indivíduos - com um amplo espaço político para decidir quanto à forma de punição adequada no caso da ECtHR que, em casos delicados, recorre com frequência à noção de margem de apreciação.

Neste campo, o STF tem uma jurisprudência deficitária, tanto em termos quantitativos, quanto em termos qualitativos. O tribunal foi pouco confrontado e, mesmo quanto o faz, sinaliza um silêncio eloquente das dificuldades com que o Brasil avança na imposição de critérios impessoais no campo da punitividade e na afirmação do direito a tratamento igualitário e proibição de práticas discriminatórias em um país marcado pela escravidão negra, onde persistem índices alarmantes de desigualdade social, com corte de classe, raça e gênero muito indicativos do tipo de sociedade que se construiu pós-abolição da escravatura negra no final do séc. XIX.

É, neste contexto, sintomático que a maior parte da jurisprudência brasileira sobre a proibição da discriminação seja relacionada aos direitos dos migrantes e, no único caso importante julgado sobre a proibição da discriminação racial, este tenha sido através de provocação dos setores mais conservadores que visavam a declaração de inconstitucionalidade da política de reserva de vagas com base em critério étnico-racial iniciado por uma universidade pública brasileira, a Universidade de Brasília, tendo neste caso o STF tomado uma decisão histórica no sentido de afirmar a validade das políticas afirmativas. Sobre a proibição da tortura e tratamento cruel, desumano e degradante, a questão não é tratada em termos de direitos fundamentais, mas incidentes no curso de ações penais. O STF avançou pouco em termos de imposição de parâmetros mínimos de condições prisionais ou expansão da noção de tortura para englobar, ao contrário das duas cortes internacionais que têm, sobre o assunto, importante jurisprudência no campo da proteção dos direitos dos presos. Nesta seara, a profícua jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos constitui parâmetro internacional, tendo adquirido ao

longo dos anos bastante autoridade no campo da punitividade. É ausente o debate sobre o estado de superlotação e profunda precariedade do sistema prisional brasileiro que constantemente é declarado, por órgãos oficiais e internacionais de monitoramento, como masmorras medievais ou lugares de prática sistemática de tortura e maus tratos. Entretanto, é salutar que, em sede de *habeas corpus*, comecem a chegar ao Supremo casos que problematizam a legalidade das regras frente à realidade prisional brasileira e, nestes poucos casos, recentes decisões apontam mudanças na tônica do discurso sobre direito dos presos e espera-se aprofundamento deste debate nos próximos anos.

Na perspectiva da ECtHR e da IACtHR, o tratamento jurisprudencial de ambas as proibições deu lugar a um *caselaw* consolidado em termos de *jus cogens*, afirmado como núcleo duro dos direitos humanos e, nestes termos, proibições universais de cujos direitos são indisponíveis e inderrogáveis. Este é um ponto importante porque, se sob a proibição de tratamento desumano as Cortes tendem a convergir em discurso universalista de indisponibilidade dos direitos protegidos como corolários da dignidade humana, reivindicações por reconhecimento da essencialidade da efetivação de direitos sociais sob pena de submeter um indivíduo ou um grupo de indivíduos a tratamento desumano e degradante – como estratégias de legitimação cognitiva - tendem a possibilitar espaços importantes de defesa de direitos econômicos, sociais e culturais. Não por acaso, nos casos em que estas possibilidades discursivas foram testadas – ver *D. v. United Kingdom* - houve acirramento das tensões políticas entre a Corte e os Estados que temem a construção de um espaço discursivo que destrua os obstáculos retóricos que impedem a efetivação do direito à habitação, saúde, seguridade social, entre outros, sem os quais objetivamente os indivíduos são relegados à própria sorte e submetidos a uma situação de grande vulnerabilidade ou, no jogo linguístico jurídico, “submetidos a tratamentos degradantes”.

Esta é a tônica das recentes decisões da ECtHR que inter-relacionam a proibição de tratamento desumano e a proibição de discriminação, ao reconhecer que certos processos sistemáticos de discriminação podem constituir tratamento degradante, proibição pela Convenção, abrindo espaço para reconhecimento de direitos coletivos e direitos sociais de grupos historicamente excluídos – esta é uma das razões pelas quais a jurisprudência divergente dissonante da IACtHR sobre direito à vida como direito à

vida digna enfrenta tanta resistência, na medida em que abre espaços discursivos para o reconhecimento de reivindicações do mínimo existencial como necessário para a realização plena da vida e da auto-determinação. Este é um espaço retórico importante de luta hoje no campo da proteção de direitos humanos onde a ECtHR construiu historicamente boa parte de sua autoridade persuasiva como ‘corte de direitos’, tendo sido a primeira corte internacional, inclusive antecipando-se aos tratados e leis nacionais, que avançou no sentido de definir os termos da proibição inscrito no art. 3º, a partir do estabelecimento de critérios para classificar os conceitos jurídicos, de um lado, e, a partir disto, hierarquizar a gravidade das violações. Seu *caselaw* ilumina a jurisprudência da IACtHR sobre o assunto e é sintomático que o Brasil insista no isolamento, especialmente nesta temática basilar de imposição de condições prisionais *dignas* e proibição de processos sistemáticos de discriminação.

Por fim, na inter-relação entre direito à vida privada e a proibição de discriminação nasce um espaço jurídico híbrido que impõe como discurso universalista de proteção de direito indisponível à igualdade frente a diferenças de tratamento em função de *status* que concernem à vida privada - onde a noção de dignidade humana se desloca discursivamente em termos de proteção da individualidade - e que não podem ser utilizados como critérios para excluir ou dificultar o acesso a um determinado direito.

4.2.2. Das convergências dissonantes

Sob o marco discursivo de proteção à intimidade e à vida privada e familiar, as três Cortes convergem nas dissonâncias. Tais julgamentos constituem sinais visíveis de mudanças na forma de propor o debate sobre o sentido das liberdades, autonomia individual e os limites ao poder de agir do Estado e operam com instabilidade. Este *caselaw* é sintomático do tipo de reivindicação por proteção de direitos em sociedades pluralistas e do tipo de dificuldade que estas questão têm em termos de incapacidade de alcançar consensos, de um lado, e do novo papel do judiciário em termos de proteção da individualidade na contemporaneidade frente à fragmentação das identidades e enfraquecimento das soberanias estatais, em um quadro de crise do Estado de Direito,

de outro. Neste campo, as Cortes utilizam a noção de dignidade como autonomia individual, no sentido de proteção da individualidade. A jurisprudência da ECtHR é, mais uma vez, neste campo, modelo a partir da qual a IACtHR faz constante referência, avançando no sentido de afirmar o direito à identidade como parte do direito à vida privada.

Estas são decisões que têm particular impacto nas políticas nacionais e internacionais, no imaginário coletivo sobre o que é *certo* e o que é *errado*, na vida cotidiana de milhares de pessoas, sendo portanto um foco de atenção de debate político acompanhada com interesse pela mídia internacional, impondo uma reflexão sobre as propostas de convivência coletiva disponíveis em disputa em ambientes marcado pela crescente pluralidade de percepções de mundo.

4.3. Divergências

4.3.1. Entre divergências consonantes e dissonantes

Os espaços em aberto onde as Cortes divergem quanto aos sentidos da dignidade encerram as possibilidades discursivas no campo do direito de defesa, direito da criança, direito à verdade e direito à vida. São especialmente relevantes as divergências que apontam para a essencialidade da proteção de direitos econômicos, sociais e culturais contra os quais os Estados liberais sempre reafirmaram suas resistências, e no campo da justiça de transição, onde persiste um campo de grande tensão política por construção de narrativas da história – e o nome ‘direito à verdade’ é particularmente sintomático de uma forma de enfrentar esta delicada questão – e onde os atores disputam, no campo das narrativas, estratégias políticas de legitimação dos direitos.

A IACtHR é responsável pelas duas mais importantes divergências, sinalizando uma aproximação estratégica com o discurso universalista de dignidade humana no que tange ao tratamento jurisprudencial do direito à verdade e, entretanto, dissonante em relação ao direito à vida. O STF, por sua vez, é o único dos três tribunais a trabalhar o direito de defesa e o direito ao devido processo legal em termos de proteção da

dignidade humana.

No primeiro caso, a IACtHR tem um tratamento jurisprudencial singular do direito à vida como direito à vida digna. Em discurso universalista consonante com às aspirações do pós-guerra, a Corte submete o direito à vida ao respeito à dignidade humana para depois subverter o registro consonante e avançar na construção dissonante de uma jurisprudência que abre, do ponto de vista pragmático, espaços importantes para reivindicações de alguns direitos sociais em termos de proteção da vida, como são exemplos os casos *Ninos dela Calle* e *Indigenous Community v. Paraguay*. Não existe, no âmbito brasileiro ou europeu, quaisquer correspondência, ainda que tais disputas estejam sendo travadas, judicialmente, mas fora do espectro discursivo sobre dignidade. No campo da justiça de transição, a IACtHR e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos consolidaram uma política de enfrentamento ao fenômeno dos desaparecimentos forçados a partir da noção de direito à verdade, colocado em termos de um discurso universal cujos direitos são indisponíveis. Se sob este *caselaw* não existe problematização em termos de proteção da individualidade, esta recai sobre os espaços da política. A decisão do STF sobre a recepção da Lei de Anistia constitui o melhor exemplo de uma divergência dissonante, na medida em que se afasta da jurisprudência da IACtHR sobre direito à verdade, especificamente no que diz respeito à possibilidade de persecução penal dos responsáveis por tortura e desaparecimentos forçados durante a ditadura militar, e a tendência, na América Latina, de revisão das leis de anistia e persecução penal das autoridades responsáveis por crimes durante as ditaduras militares, a partir da crítica à possibilidade de instrumentalização da dignidade para realização de uma tirania dos valores.

4.4. O quadro dos espaços em disputa: equilíbrios instáveis

As tensões que conformam as disputas políticas quanto aos espaços de proteção da individualidade na contemporaneidade têm fomentado, no campo jurídico, a consolidação de um discurso híbrido que pretende harmonizar duas perspectivas diferentes, e potencialmente conflitantes, de autonomia individual.

O discurso judicial sobre a noção da dignidade é exemplar desta tentativa de

hibridização, enquanto marco discursivo destas disputas no campo jurídico. Ora o judiciário recorre ao registro de autonomia individual impessoal para afirmar a universalidade de direitos e reafirmar o sentido e o alcance de proibições basilares do projeto de modernidade política que impôs padrões igualitários de tratamento *humano* a todos, e ora protege a autonomia como proteção da individualidade, abrindo espaços importantes para afirmação de novos direitos resultantes do politeísmo dos valores que, intensificados pelos processos de globalização, constituem os marcos das sociedades contemporâneas e um dos aspectos constitutivos da crise do Estado de Direito.

Como o presente estudo de caso apontou, as Cortes têm buscado afinar um discurso comum e tendem a citar jurisprudência estrangeira a sua própria jurisdição como forma de justificar suas escolhas quanto ao sentido da proteção da dignidade humana, especialmente nos casos de registro dissonante onde todas as três experiências jurisdicionais têm recorrido ao diálogo jurisdicional como forma de fortalecimento de uma rede discursiva legitimadora de intervenções em temas delicados e relativamente novos, seja em função dos avanços tecnológicos, seja em função da afirmação de novas reivindicações no campo da moralidade, sobre os quais é recente a intervenção do poder judiciário.

Este diálogo é responsável por grande parte das convergências consonantes e dissonantes no campo dos discursos sobre a dignidade humana. Este estudo sugere a existência de um equilíbrio entre duas concepções contraditórias de proteção da autonomia, com padrões de uso que são indicativos de um quadro de racionalidade jurisprudencial.

As oscilações discursivas são, portanto, previsíveis, uma vez que respondem a uma estratégia jurisprudencial de separação dos espaços discursivos dedicados à proteção da autonomia impessoal e daqueles dedicados à proteção da individualidade. Quando uma questão se resolve dentro de um destes espaços, a jurisprudência tem conseguido obter sucesso em termos de equilíbrio discursivo, mas a instabilidade acontece sempre que uma questão perpassa espaços de consonância e dissonância, o que parece consistir em uma tendência, uma vez que as Cortes têm construído pontes entre os espaços discursivos individuais (proibição de tratamento cruel, proibição de discriminação, direito à vida privada, etc.) e esta interação, ao mesmo tempo urgente e necessária – já

que a violação de direitos está sendo cada vez mais disputada em termos de inter-relação entre direitos protegidos pelo direito -, tende a complexificar ainda mais o quadro dos espaços em disputa, forçando a reconfiguração dos termos deste equilíbrio instável.

A este quadro problemático de convergências, tanto consonantes, quanto dissonantes, somam-se as indefinições no campo das divergências, onde as Cortes aspiram a afirmar seu protagonismo judicial em matéria de direitos humanos e trazem novas abordagens de enfrentamento de uma determinada questão jurídica, a partir de propostas discursivas bastante sugestivas que merecem ser acompanhadas para se analisar a capacidade persuasiva das Cortes em suas divergências que hoje, tendo em que vista que estas mesmas divergências de hoje disputam a construção de uma nova convergência sobre o assunto, com claras e importantes repercussões na retóricas e na prática da proteção dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Buscarei retomar e relacionar os três argumentos centrais com os quais procurei problematizar as questões das raízes e dinâmicas da incerteza quanto ao grau de estabilidade dos discursos judiciais sobre a noção de dignidade humana e a repercussão que estes múltiplos usos jurisprudenciais têm na tutela ou negação de direitos para, a partir do estudo de caso, identificar similitudes e diferenças, convergências e divergências nos usos da noção de dignidade humana, que pudessem trazer novos elementos para a compreensão das oscilações discursivas neste campo.

O primeiro argumento que busquei fundamentar é de que toda tentativa de delimitar o sentido da dignidade humana se relaciona com convicções profundamente arraigadas quanto ao que é bom e desejável e que tais convicções são por si só problemáticas em sociedades plurais, onde o consenso sobre estas questões é difícil, quando não inalcançável. Neste sentido, tomei a juridicização da noção de dignidade humana no pós-guerra como um índice epistemológico de novos problemas no campo jurídico, uma vez que a noção foi introduzida em um momento histórico muito específico do ponto de vista das convergências em torno destas mesmas convicções, e instrumentalizada como fundamento da ordem jurídica internacional e de qualquer Estado de que se pretendesse civilizado.

O segundo argumento consiste na tese de que, nos termos e circunstâncias em que se cristalizou nos documentos internacionais de direitos humanos, especialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, a convergência em torno da noção de dignidade humana se circunscreveu dentro dos parâmetros kantianos, sendo afirmada como valor intrínseco de todos aqueles dotados de razão, dentro de uma deontologia segundo a qual a autonomia consiste na obrigação de seguir as leis morais universais.

Esta convergência tem uma característica, a fragilidade, que os usos jurisprudenciais aos poucos tornaram visível: em sociedades plurais, é difícil ter consenso quanto ao que é bom e desejável, sendo a explosão de identidades um fenômeno típico da contemporaneidade. Nestas sociedades, as questões levadas ao judiciário crescem em

quantidade e em problematidade e o poder judiciário é levado a ter que se posicionar sobre questões que não se colocavam a ele pouco tempo atrás, seja por novas reivindicações de reconhecimento de direitos, seja em virtude de possibilidades de intervenção humana resultantes de avanços tecnológicos que trazem questões quanto aos limites éticos de uso da tecnologia. O judiciário deve decidir se protege a universalidade indisponível dos direitos ou se protege a individualidade que, muitas vezes, oprimida por aquela perspectiva.

Por fim, defendi que é possível identificar os discursos que ainda operam no registro do pós-guerra e que chamei de consonantes com o paradigma moderno dos direitos humanos e que eles têm em comum três características que servem de critério para classificação que procurei fazer: universalidade do discurso jurídico, indisponibilidade do direito que se *precisa* proteger; e uma noção de autonomia kantiana que, quando problematizada, não é sinônimo de autonomia da vontade e pode, em determinadas situações, operar para reprimi-la.

No estudo comparado, identificamos padrões discursivos convergentes no tratamento jurisprudencial de três direitos basilares do discurso contemporâneo dos direitos humanos: o direito a não ser submetido à tortura ou pena ou tratamento cruel, desumano e degradante; direito a não ser discriminado; direito à vida privada e à intimidade. O discurso jurisprudencial é unânime ao identificar que o bem jurídico protegido por estes direitos é a dignidade humana. Nos dois primeiros casos, os direitos subjetivos são decorrentes de fórmulas jurídicas proibitivas endereçadas precipuamente ao Estado, ainda que a jurisprudência tenha depois expandido o alcance das proibições para particulares, criando para o Estado a obrigação subsequente de prevenir e punir condutas dos indivíduos que praticam tratamento desumano ou discriminatório contra indivíduos ou grupos dentro de seu território; no terceiro caso, o espaço de construção jurisprudencial do alcance da proteção do direito à vida privada e à intimidade, formulados nestes termos, deu lugar a um *caselaw* importante sobre os limites de interferência do Estado nas escolhas individuais e na vida, de forma mais geral, das pessoas sob sua jurisdição.

Em relação à proibição de tratamento desumano, o estudo comparado identificou que a jurisprudência não foi ainda confrontada com questões que problematizem a autonomia

da vontade, tendo dado a esta proibição um tratamento de universalidade e indisponibilidade – o que também acontece com o tratamento jurisprudencial da proibição de discriminação - dos direitos resultantes das proibições impostas ao Estado, dando indicativos claros de que o fundamento estaria na noção de *worth*.

Especificamente no que concerne à proibição de tratamento desumano, reivindicações baseadas na afirmação das escolhas pessoais no que diz respeito à eutanásia e tratamentos médicos em casos muito graves certamente poderão alterar este quadro consonante na jurisprudência analisada, porque problematizam a questão do espaço concedido às escolhas pessoais no coração da interface entre o direito à vida e o direito a não ser submetido a tratamento desumano.

Os discursos sobre a proibição da discriminação, por sua vez, trazem muitas indicações importantes do tipo de discurso híbrido que a noção de dignidade pode comportar. Consistindo no direito à igualdade de acesso aos demais direitos, o direito a não-discriminação existe sempre em relação a outro direito e tem este tratamento jurisprudencial: é analisado sempre em função do acesso a outro direito – à educação, ao devido processo legal, à defesa, etc. – e, nos poucos casos em que se problematizou a autonomia da vontade, como no caso dos debates sobre o acesso à educação discriminatório em relação à religião – observou-se um forte grau de instabilidade discursiva.

Ainda no campo das convergências, é relevante observar que foi a partir do direito à vida privada e à intimidade que as três cortes desenvolveram uma jurisprudência dissonante e avançaram na proteção da individualidade, trabalhando as respectivas jurisprudências em termos de proteção da individualidade que recoloca o debate sobre os direitos das pessoas de escolher seu próprio destino e se auto-determinar, fabricando espaços jurisprudenciais muito importantes para afirmação de novos direitos no campo das identidades de gênero, autonomia sexual feminina e novos debates no campo da bioética. No âmbito da IACtHR, o alcance do direito à vida privada abriu espaço para a construção jurisprudencial de um *vero e proprio* direito à identidade individual e de grupo cujo bem jurídico protegido seria a dignidade humana, certamente distante dos parâmetros kantianos.

No campo das divergências, as distorções se concentram no tratamento jurisprudencial

que as cortes dão ao direito à vida, direito à verdade e direito a *fair trial*. Enquanto ECtHR e STF não remetem a discussão sobre o sentido e o alcance da proteção ao direito à vida em termos de proteção à dignidade da pessoa humana, a IACtHR construiu a tese de que o direito à vida protege dois bens jurídicos – vida e dignidade humana – em uma jurisprudência que permite a inserção da proteção de alguns direitos sociais para garantir o direito à vida e a condições de vida digna. No que tange ao direito à verdade, observa-se hoje um foco de especial tensão entre o STF e a IACtHR no que tange à possibilidade de persecução penal dos responsáveis por graves violações de direitos humanos durante o período militar: enquanto a IACtHR tem jurisprudência consolidada no sentido de que o direito à verdade é corolário da dignidade humana, o STF afirmou o direito à verdade em crítica velada ao caselaw da IACtHR ao criticar o pretense uso inapropriado da dignidade humana para o que o STF chamou de realização de uma tirania dos valores.

Em relação ao direito de defesa e *fair trial*, o STF formula a jurisprudência mais explicitamente kantiana e endereça toda a discussão concernente as garantias processuais à proteção da dignidade humana, repetindo a fórmula kantiana - “as coisas têm preço, o homem tem dignidade” - para justificar a vedação absoluta de que o homem (e a mulher!) seja utilizado como meio para a obtenção de um fim. A ECtHR e a IACtHR não problematizam o direito de defesa e o direito ao *fair trial* como corolários da dignidade humana, ainda que em algumas poucas situações a noção tenha sido instrumentalizada neste sentido, mas parecem consolidar o entendimento de que estes direitos são expressão da liberdade.

Em conjunto, as consonâncias e dissonâncias discursivas podem soar desarmônicas, e talvez esta seja uma metáfora musical que pode servir bem à compreensão do estágio de transformação dos problemas sociais e da dificuldade com que as cortes tem buscado responder com pretensa harmonia discursiva a problemas cada vez mais complexos, onde a tensão ruidosa se acentua diante da dificuldade em decidir entre reivindicações de individualidades e pretensos valores ditos universais, que se não o forem, certamente são culturalmente fundantes de um projeto de modernidade política oitocentista bastante potente e problemático que, resgatado como tábua de salvação de reconstrução da fundamentação do discurso jurídico no pós-guerra, parece cada dia mais fadado a

reconhecer seus limites e prestar contas acerca de suas ambivalências e contradições. É neste sentido que gostaria de voltar, por um instante, o olhar para a instalação *Terremoto in Palazzo*, realizada por Joseph Beuys em 1981, e que serve de epígrafe imagética a esta tese, juntamente a uma citação de Nietzsche sobre a fragmentação do indivíduo e as ambivalências do moderno. A obra é realizada por Beuys a convite do galerista napolitano Lucio Alemio, idealizador do projeto *Terrae Motus* como resposta ao terremoto que havia destruído as cidades de Nápoles, Irpinia e a Basilicata em novembro de 1980. A fragmentação dos pedaços de vidro espalhados por todo o ambiente, as mesas apoiadas sobre os únicos frascos de vidro intactos e o ovo colocado por sobre uma das mesas é emblemática da fragilidade, instável e necessária, dos dias atuais, com reflexos evidentes no campo jurídico, enquanto uma forma de expressão dos conflitos e do discurso moral. É, portanto, sintomático que o protagonismo jurisprudencial da noção de dignidade seja um fenômeno dos últimos vinte anos e que parece estar se intensificando na solução dos casos mais complicados e de maior repercussão. O protagonismo caminha *pari passo* com as mudanças e avanços nos novos tipos de reivindicação de direitos, de um lado, e com as dinâmicas discursivas sobre o jurídico, de outro, estando a noção de dignidade humana, e as múltiplas possibilidades de preenchimento de conteúdo e significado, em disputa. Talvez, tal qual os poucos frascos de vidro intactos que servem de apoio instável para as mesas em um cenário de desconstrução, a dignidade seja um tipo de vidro que, se a transparência e fragilidade ensejam dúvidas pertinentes quanto ao conteúdo e a resistência, é o material que serve de alicerce para uma linguagem de direitos no estágio avançado de fragmentação das identidades individuais e sociais, de um lado, e enfraquecimento da capacidade estatal de exercer controle e cura da sua população, de outro, ambas características das sociedades plurais na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, E. “Emotions in Kant’s Later Moral Philosophy: Honor and the Phenomenology of Moral Value”, in *Kant’s Ethics of Virtue*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2008.
- ALVARIÑO, J.R. *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*, Universas Rey Juan Carlos, Madrid, 2005.
- ARENDT, H. *The Origin of Totalitarianism*, Harcourt, Brace & World, New York, 1951.
- AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. John Murray, London, 1832.
- BARROSO, L.R. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*, Fórum, Belo Horizonte, 2013.
- BAUMAN, Z. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Zahar, Rio de Janeiro, 2005.

- BERKSON, L.C. *The concept of cruel and unusual punishment*, Lexington Books, London, 1975.
- BRUGGER, W. – KIRSTE, S. *Human Dignity as a Foundation of Law: proceedings of the Special Workshop held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Beijing*, 2009. Stuttgart: Verlag, 2013.
- CANOTILH O, J. J. G. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2008.
- CARVALHO, J. M. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. Companhia das Letras, São Paulo, 1987.
- CASSESE, A. *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma, 2006.
- CASSESE, A. *Inhuman states: Impisonment, detention and torture in Europe today*, Polity Press, Cambrigde, 1996.
- CASTRO, E. V. *No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é*. In: SZTUTMAN, Renato (org.). Eduardo Viveiros de Castro. Coleção Encontros. Azougue, Rio de Janeiro, 2008.

- CICERO *De Officiis*, trad. ing., London Heinemann, London, 1968.
- CIUFFOLETTI *Dal Fenomeno del Judicial Borrowing al Dialogo Transnazionale fra*
S. *Corti. I Nuovi Orizzonti del Dibattito Dottrinale*. Tese de doutorado,
A.A. 2010/2011, Università degli Studi Pisa.
- CIUFFOLETTI Juridical status and rights of irregular migrants in an international
S.; comparative perspective: the normative realities of Brazil and Italy.
VIEIRA, A. *Sociology Study*, Vol. 3, Num. 7, July 2013 (Serial Number 26), 2013.
D.
- COJOCAIU, Moving beyond Goodwin: a fresh assessment of the European Court of
C. HUMAN RIGHTS' Transgender Rights Jurisprudence. In: *Interrights*
Bulletin, vol. 17, n. 3, 2013.
- COMPARATO, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Saraiva, São Paulo, 2004.
F.K.
- DELEUZE, G. *Nietzsche e a Filosofia*. Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1976.
- DUBOUT, E; *Les Droits Fondamentaux: Charnieres entre Ordres et Systemes*
TOUZÉ, S. *Juridiques*. Pedone, Paris, 2010.
- DUPRÉ, C. Unlocking human dignity: towards a theory for the 21st century.
European Human Rights Law Review, 2009, 2, 190-205.

- DURKHEIM, E. *A Divisão do trabalho social - vol. 2.* Presença, Lisboa, 1984.
- ELIAS, N. *O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização*, vol. 2. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1993.
- EVANS, M. – *Preventing Torture: a study of the European Convention for the*
MORGAN, R. *Preventing of Torture and Inhuman or Degrading treatment or punishment*, Oxford, 1998.
- FELDMAN, D. Human dignity as a legal value: Part 1. Public Law 1999 Win 682-702.
- FELDMAN, D. Human dignity as a legal value: Part 2. Public Law 2000 Spr, 61-76.
- FELIPE, M. “Shooting Down Hijacked Aeroplanes? Sorry, We’re Humanists. A
B.;
Comment on the German Constitutional Court Decision of 15 February
SANTIAGO, J. 2006, Regarding the *Luftsicherheitsgesetz* (2005 Air Security Act)”,
M. R. *European Public Law*, vol. 14, 4, 2008, p. 565-584.
- FOUCAULT, M. *Les mots e les choses. Une archéologie des sciences humaines.* Paris: Gallimard, 1966.
- FOUCAULT, M. *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976.

M.

FOUCAULT, M. *Technologies of the Self: a Seminar with Michel Foucault*, The University of Massachusetts Press, Amherst, 1988.

FOUCAULT, M. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Editions Gallimard, Paris, 1975.

GARLAND, D. (ORG.) *Mass imprisonment: social causes and consequences*. Sage Publications, London, Thousand Oaks, New Delhi, 2001.

GARLAND, D. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 7, n. 11 (1 semestre de 2002). Rio de Janeiro: Revan, 2003.

GARLAND, D. Sociological perspectives on punishment. *Crime and justice*. Vol. 14 (1991), p. 115-165.

GARLAND, D. Frameworks in inquiry in the sociology of punishment. *British Journal of Sociology – BJS*. Vol. 14, march 1990.

- GIACOIA JUNIOR, O. *Nietzsche x Kant: uma disputa a respeito de liberdade, autonomia e dever*. Casa da Palavra, São Paulo, 2012.
- GIDDENS, A. *Modernidade e identidade*. Zahar, Rio de Janeiro, 2002.
- GRIFFIN, J. *On Human Rights*. Oxford University Press, Oxford-New York, 2008.
- HALL, S. *A identidade cultural na pós-modernidade*. DP&A, Rio de Janeiro, 2006.
- IACHR *The right to truth in the Americas*. OEA/Ser.L/V/II.152, 2013.
- KANT, I. *An answer to the question: what is Enlightenment?* in Id., *Practical Philosophy*, Cambridge University press, Cambridge, 1996.
- KANT, I. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785*; trad. ing. *Groundwork of the Metaphysics of Morals* in Id., *Practical Philosophy*, Cambridge University press, Cambridge, 1996.
- KANT, I. *The metaphysics of morals, 1797*, in Id., *Practical Philosophy*, Cambridge University press, Cambridge, 1996.

- HART, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
- HART, H.L.A. *Essays On Bentham: Jurisprudence And Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982.
- HARVEY, D. *A Condição Pós-Moderna*. São Paulo, Loyola, 1993.
- HAYLES, K. *How We Became Posthuman*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1999.
- HENNETTE-VAUCHEZ, S. A Human Dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence. *I CON* (2011), vol. 9, n. 1, 32-57.
- HÉRITIER, F. *Maschile e femminile: il pensiero della differenza*. Laterza, Roma, 2010.
- MACKLIN, R. *Dignity is a useless concept*. *British Medical Journal*, n. 327, 2003.
- MARGUÉNAU D, J.P. *La Cour Européenne des Droits de L'Homme*. Dalloz, Paris, 2002.
- MCCRUDDE N, C. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", 19,

E.J.I.L., 2008.

- MILLNS, S. *Respect for Human Dignity: an Anglo-French comparison*. University of Kent at Canterbury, Canterbury, 2004.
- MENDES, G. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*, Saraiva, São Paulo, 2011.
- NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- NIETZSCHE, F. *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, 1887, trad. br. Companhia das Letras, São Paulo, 2009.
- NIETZSCHE, F. *Escritos sobre Direito*. São Paulo: Ed. Loyola, 2009.
- NIETZSCHE, F. *Die fröhliche Wissenschaft*, trad. port. Companhia das Letras, São Paulo, 2012.
- OLIVEIRA, L. *Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura*. Editora Brasiliense, Brasília, 1994.
- PINKER, S. *The Stupidity of Dignity*. Artigo publicado no editorial do “The New REpublic”, em 28 de Maio de 2008. Disponível em <http://pinker.wjh.harvard.edu/articles/media/The%20Stupidity%20of%2>

0Dignity.htm

- PHUONG, C. *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge, University Press, 2004.
- PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. Saraiva, São Paulo, 2013.
- RABENHORS
T, E. R. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*, Brasília Jurídica, Brasília, 2001.
- RABENHORS
T, E. R. *A Normatividade dos Fatos*. Veira Livros, João Pessoa, 2003.
- RADIMSKA,
R. La différence des sexes en tant que fondement de la vision et de la division du monde, *Sens public*, n. 10., 2003.
- RAZ, J. *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Chicago, 1986.
- ROCHA,
C.L.A. *O Princípio Constitucional da Igualdade*, Editora Lê, Belo Horizonte, 1990.
- RODOTÀ, S. *Il diritto di avere diritti*. Laterza, Roma, 2012.

- ROSS, ALF *On Law and Justice*. Steven & Sons Ltd., London, 1958.
- ROSS, ALEX. *The rest is noise: listening to the twentieth century*, 2007, trad. port. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ROSEN, M. *Dignity: its history and meaning*. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2012.
- SANDEL, M. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SANTORO, E. *Diritto come questione sociale*. Torino: Giappichelli, 2010.
(ORG.)
- SANTORO, E. *Diritto e diritti. Lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*. Torino: Giappichelli, 2008.
- SANTORO, E. *Estado de Direito e interpretação. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- SANTORO, E. *Autonomia individuale, libertà e diritti: una critica dell'antropologia liberale*. Pisa: ETS, 1999.
- SANTOS, B. S. *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*. Butterworths, London, 2004.
- SARMENTO, D. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. *In: LEITE, George Salomão et al. (coord.). Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: LEITE, George Salomão et al. (coord.). Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- SLAUGHTER, A. *International Law in a World of Liberal States*. *In: 6 European Journal of International Law* 503 (1995).
- WESTERSON, J. Reproductive health information and abortion services: Standards developed by the European Court of Human Rights. *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 122 (2013) 173-176, p. 175.
- WISNIK, J.M. *O som e o sentido*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

- YOUNG, E.A. “Foreign Law and the Denominator Problem”, 119 Harv. L. Rev., 2005.
- WALDRON, J. *Dignity, rank and rights*. Oxford University Press, Oxford, 2012.
- WALDRON, J. *Dignity and defamation: the visibility of hate*. *Harvard Law Review* Vol. 123, No. 7 (MAY 2010), pp. 1596-1657.
- WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*, organizado por J. Winkelmann, Mohr, Tübingen, 1956, trad. it. Comunità, Milão, 1986.
- WEBER, M. *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, trad. br. Cengage Learning, São Paulo, 2008.
- WITTGENSTEIN, L. *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, Oxford, 1953, trad. ing. rev. Wiley-Blackwell, Oxford, 2009.
- WHITMAN, J. Q. *On Nazi ‘Honor’ and the New European ‘Dignity’*, in C. JOERGES e N. SINGH GHALEIGH (org.). *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

- WHITMAN, J. *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in Yale Law Journal” (113), 1151, 2004.
- ZOLO, D. *Globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza & Figli Spa, 2005.
- ZOLO, D. *La strategia della cittadinanza*, in ID., (org.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*. Laterza, Roma Bari, 1994.
- ZOLO, D. *I Signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998.