



ra função da dignidade como cláusula de barreira

Partindo-se do pressuposto — sabidamente objeto de controvérsia — que a

dignidade da pessoa humana, na qualidade de preceito consagrado pelo direito constitucional positivo (na condição de norma jurídica), possui a dupla natureza de princípio e regra^[1], sendo a primeira passível, mesmo que em situações excepcionais, de ponderação com outros princípios e bens jurídico-constitucionais, de modo a assegurar, em concreto, uma “concordância prática” (Konrad Hesse) também nessa seara, verifica-se que em diversos casos a dignidade da pessoa humana opera com regra jurídica, veiculando uma proibição de determinada conduta ou mesmo impondo uma determinada conduta (ação), sendo, portanto, esta a situação na qual a dignidade poderá assumir uma feição absoluta, pois afastada a possibilidade de ponderação e o recurso ao critério da proporcionalidade.

Nesse contexto, o caso mais emblemático (mas que segue polêmico) é o da proibição da prática da tortura. No caso brasileiro, de acordo com o que dispõe o artigo 5º, III, da Constituição Federal de 1988, a tortura, assim como todo e qualquer tratamento desumano e degradante, encontra-se vedada por norma de direito fundamental específica, com estrutura de regra, pois se trata de norma proibitiva de determinada conduta. Ainda que inexistisse dispositivo constitucional específico vedando expressamente a tortura, tal prática implica inequivocamente a coisificação e degradação da pessoa, transformando-a em mero objeto da ação arbitrária de terceiros, sendo, portanto, incompatível com a dignidade da pessoa, regra que veicula aspecto nuclear da proteção da dignidade da pessoa humana. Em síntese, não se há de falar aqui, ao menos não no sistema constitucional brasileiro, de um princípio da proibição da tortura.

Tal linha de entendimento, aliás, revela-se absolutamente afinada com a evolução jurídico-constitucional contemporânea e a opção do legislador internacional em matéria de direitos humanos, que, ainda mais no caso da tortura, guarda umbilical ligação com a proteção da dignidade da pessoa e da aplicação, neste caso, da referida fórmula-objeto, que veda toda e qualquer coisificação (instrumentalização) da pessoa humana. Convém registrar, no contexto, que entre nós já existe pacífica e reiterada posição do Supremo Tribunal Federal,^[2] chancelando a vedação absoluta da tortura, ainda que tal reconhecimento, por si só, não impeça a ocorrência de tal prática, mas tenha por efeito a sua ilegitimidade jurídica.



Da jurisprudência internacional, destacamos um dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, do dia 28 de julho de 1999 (caso Selmouni contra a França), onde — em que pese ter a Corte se declarado incompetente para o efeito de estabelecer uma indenização pelos danos causados — foi reconhecido que o uso da força por ocasião de um interrogatório, especialmente (mas não exclusivamente) quando caracterizado a tortura, é manifestamente incompatível com a vedação estabelecida pelo artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que proíbe a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante, assim como se trata de ato incompatível com a dignidade da pessoa humana.[\[3\]](#)

Também o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, desde o início de sua profícua judicatura, situa a hipótese da tortura e do tratamento desumano e degradante (inclusive mediante referência reiterada aos métodos utilizados no período nacional-socialista) como absolutamente vedada com base na dignidade da pessoa humana, colacionando-se, em caráter ilustrativo, decisão mais recente onde estava em causa a prática de tortura na esfera de investigação policial, o conhecido caso “Daschner”, no qual o Tribunal afirmou que a utilização da tortura reduz a pessoa inquirida à condição de mero objeto do combate ao crime, representando violação de sua pretensão de respeito e consideração constitucionalmente tutelada, além de destruir pressupostos fundamentais da existência individual e social do ser humano.[\[4\]](#)

Ainda no mesmo contexto, verifica-se que a tortura não se confunde com a (igualmente vedada pela regra já citada) a prática de atos degradantes e desumanos, que, para efeito de aferição da ocorrência de uma violação da dignidade da pessoa humana, podem e devem ser equiparadas às hipóteses de tortura, ainda que não esteja vedado ao legislador infraconstitucional (e mesmo ao Poder Judiciário), o estabelecimento de diferenças, designadamente no que diz com o tratamento jurídico da matéria, o que se dá, por exemplo, no caso da tipificação dos delitos de tortura e maus tratos, demonstrando até mesmo níveis de reprovabilidade maiores ou menores conforme o caso e o seu enquadramento[\[5\]](#).

Além disso, outras situações da vida podem ser incluídas no âmbito de proteção da regra que proíbe a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes, até mesmo pelo fato de que de tratamento degradante se trará, ao menos de acordo com a situação configurada em concreto. Aqui também a resposta há de ser positiva, como se dá nos atos de humilhação, que também representam uma violação da dignidade, embora a polêmica em torno de quais os atos que efetivamente podem ser enquadrados na hipótese. Um exemplo digno de nota, ainda mais em função da discussão que gerou na esfera pública, pode ser encontrado na Súmula do STF que restringiu o uso de algemas por parte da autoridade judiciária e policial, exigindo justificativa devidamente fundamentada para tanto. Embora questionável se o uso em si de algemas já representa uma violação da dignidade da pessoa (o que, se for admitido como correto, implica afirmar que a absoluta maioria dos Estados e de suas ordens jurídicas chancela prática indigna), o que merece destaque, sem prejuízo de outros aspectos a serem discutidos e da correção do uso do instituto da Súmula no caso, é a mensagem clara de que a humilhação pura e simples, o uso desnecessário e, portanto abusivo, de algemas ou mesmo outros meios que reduzem a pessoa à condição de objeto ou limitam fortemente sua capacidade de ação e liberdade, assim como a exposição pública e não raras vezes para efeitos “midiáticos” (reforçando o argumento da humilhação) da pessoa algemada, devem ser repudiados.

O caso da tortura e da vedação de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante assume, além disso, importância no que diz com a discussão a respeito da existência, ou não, de direitos absolutos, no



sentido de absolutamente imunes a qualquer tipo de intervenção restritiva. De outra parte, sem que se vá desenvolver o ponto propriamente dito, há que lembrar – mais uma vez! – que se está em face, no que diz com a estrutura normativa, de uma regra impeditiva de determinada (s) condutas (tal, como formulada expressamente no artigo 5º, inciso III, da CF), regra que, de outra parte, diz respeito justamente ao que se poderia enquadrar no âmbito do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a vedação da tortura e a impossibilidade de “flexibilização” (no sentido da ponderação com outras regras e/ou princípios) da regra correspondente, não se revela incompatível com a tese de que na sua condição de princípio a dignidade da pessoa humana não é absolutamente infensa a algum tipo de restrição (pelo menos no que diz com a definição do seu âmbito de proteção pelo legislador e pelo Juiz), embora se reconheça que o tema merece maior reflexão. A própria regra proibitiva da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante não deixa de assegurar uma razoável margem de apreciação por parte tanto do legislador (a quem incumbe, em primeira linha, selecionar os atos que se enquadram na hipótese) quanto por parte dos órgãos jurisdicionais, que terão inclusive a missão de avaliar a correção da opção legislativa ao definir o que (e o que não é) tortura ou mesmo o que configura (ou não) tratamento desumano ou degradante, ou, para mencionar outro exemplo importante, o que são penas cruéis, já que também vedadas por regra constitucional expressa no Brasil e em muitos outros Estados, mas também proscria no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Algo similar, apenas para ampliar o espectro, se passa com o assim chamado mínimo existencial, que, na acepção de Robert Alexy, exerce a função de um direito subjetivo definitivo a prestações (com ou sem articulação com outros direitos fundamentais) e em face do qual cedem os princípios colidentes^[6], o que não dispensa uma regulação legal do conteúdo do mínimo existencial e uma – nesse caso relativamente ampla – margem de conformação legislativa.

Para que fique suficientemente clara a nossa posição, o que se está a dizer é que eventual margem de ação para definição com vistas a extração de efeitos jurídicos — ainda mais quando se trata de justificar a imposição de sanções — do que significa tortura e/ou tratamento desumano e degradante (ou mesmo mínimo existencial), não equivale a dizer que, mesmo com o objetivo de salvar vidas de terceiros, se possa – no âmbito de uma “ponderação” das dignidades dos envolvidos – considerar juridicamente legítima a prática da tortura, muito embora não sejam tão poucos assim os defensores de tal possibilidade.^[7] Com efeito, volta-se a frisar que a regra impeditiva da tortura e de tratamento desumano e degradante já poderia (como de fato, assim o tem sido em diversos ordenamentos jurídicos) ser deduzida diretamente como expressão da dignidade da pessoa humana, no âmbito de um conteúdo mínimo universalizável, como, de resto, demonstra a evolução no plano do próprio direito internacional dos direitos humanos onde, seja no plano regional, seja no plano universal, a tortura foi categoricamente proscria.

O exemplo da vedação da tortura, por sua vez, bem ilustra a habitualmente referida função da dignidade da pessoa humana como cláusula (ética e jurídica) de barreira, que fundamenta uma espécie de “sinal de pare”, inclusive no sentido de operar como um “tabu” (no sentido de não ter sua validade absoluta condicionada a qualquer justificativa de matriz dogmática, não estar sujeito a uma ponderação e dela não necessitar para efeitos de ter sua eficácia jurídica e de regulação reconhecida),^[8] a estabelecer um “território proibido”, onde o Estado não pode intervir e onde, além disso, lhe incumbe assegurar a proteção da pessoa (e sua dignidade) contra terceiros. Por outro lado, que mesmo tal uso da dignidade —



independentemente da correção — importa repisar — da posição assumida no sentido da proibição da tortura e de outras condutas manifestamente ofensivas à dignidade — não se revela imune a controvérsias, vai aqui assumido, assim como se assume a opção de aqui e por ora não desenvolver o tópico. Além disso, em tempos de recrudescimento da criminalidade e da prática da violência pública e privada, há que estar atento para bloquear discursos que busquem legitimar, inclusive mediante apelos plebiscitários, a liberação da tortura como método oficial, ou, pelo menos, tolerável, de investigação e repressão.

[1] Cf. por todos ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p., posição que no Brasil tem sido secundada, entre outros, por nós mesmos (v. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 79 e ss.) e por SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43 e ss.

[2] Cf., por exemplo, a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 70.389-SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello e publicado no DJ em 23.06.1994, hipótese em que se tratava de tortura contra criança e adolescente.

[3] Cf. decisão citada na *Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme*, 2000, p. 123 e ss., seguida de um comentário de Pierre Lambert.

[4] Cf., BVerfG (K), NJW 2005, 656 (657), tradução livre da seguinte passagem no original: “Die Anwendung von Folter macht die Vernehmungsperson zum blossen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs und zerstört grundlegende Voraussetzungen der individuellen und sozialen Existenz des Menschen”.

[5] Sobre o debate, v. SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. “Direitos humanos, tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminas (IBCcrim)*, São Paulo: RT, nº 113/2015.

[6] Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 465 e ss. Tal entendimento (muito embora nem sempre as decisões judiciais demonstrem argumentativamente e de modo controlável como no caso concreto se dá o juízo de ponderação) tem sido recorrentemente adotado na prática decisória dos Tribunais brasileiros, inclusive pelo STF, quando em causa direitos sociais a prestações (v., por ex. o julgamento da STA 175, março de 2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes).

[7] Na doutrina alemã (embora em casos extremos e quando grave o risco de vida para outras pessoas e inexistentes outros meios eficientes para evitar o dano) v. BRUGGER, Winfried. *Menschenwürde .Menschenrechte, Grundrechte*, op. cit., p. 23. Nos Estados Unidos da América, onde o tema alcançou



significativa repercussão especialmente após o trágico atentado de 11.09.2001, v., dentre tantos, a discussão proposta por Richard Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006, p. 77 e ss.

[8] Sobre a dignidade da pessoa humana como “Tabu” v., por todos, POSCHER, Ralf, “Die Würde des Menschen ist Unantastbar”, *JZ* 2004, p. 756 e ss.

Date Created

21/08/2015